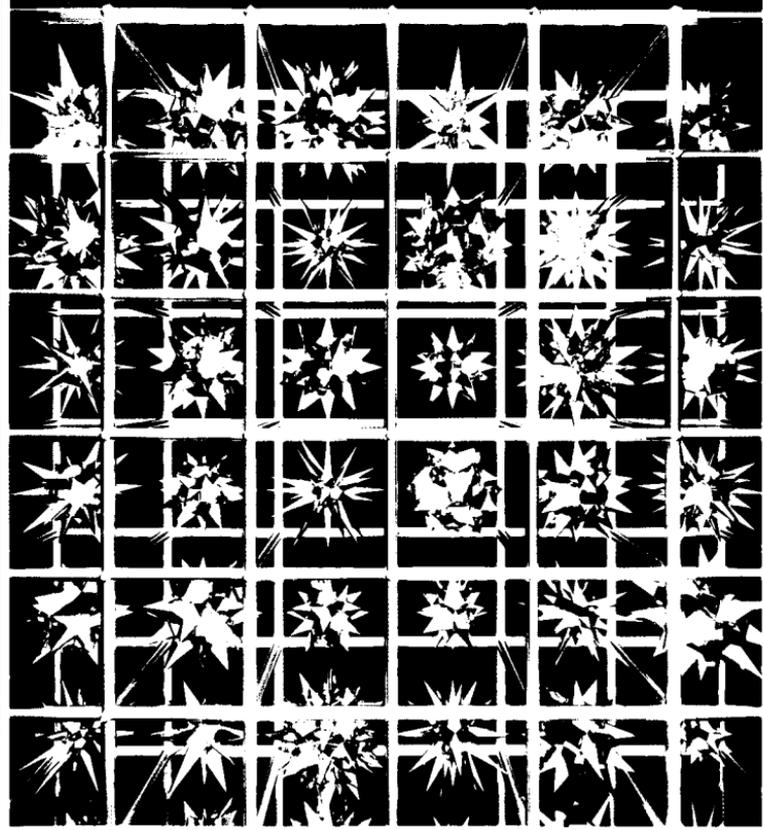


sofía del Derecho

Robert Alexy

El concepto y
la validez del derecho



gedisa
editorial

Robert Alexy

**EL CONCEPTO
Y LA VALIDEZ
DEL DERECHO**

Serie CLA•DE•MA
Filosofía del derecho

Cla•De•Ma/Derecho

Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña

En la actualidad, la filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución. La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del Derecho en el ámbito de la lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica, más que presentar soluciones definitivas.

- | | |
|---|---|
| ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO | ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com? |
| HAROLD HONGJU KOH Y RONALD C. SLYE (compiladores) | Democracia deliberativa y derechos humanos |
| JORGE F. MALEM SEÑA, JESÚS OROZCO Y RODOLFO VÁZQUEZ (compiladores) | La función judicial Ética y democracia |
| ROBERT MCKIM Y JEFF MCMAHAN (compiladores) | La moral del nacionalismo Vol. I Orígenes, psicología y dilemas de parcialidad de los sentimientos nacionales |
| ROBERT MCKIM Y JEFF MCMAHAN (compiladores) | La moral del nacionalismo Vol. II Autodeterminación, intervención internacional y la tolerancia entre las naciones |
| MARTIN DIEGO FARRELL | Ética en las relaciones internas e internacionales |
| RAÚL CALVO SOLER | Uso de normas jurídicas y toma de decisiones |
| JORGE F. MALEM SEÑA | La corrupción Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos |
| TOM CAMPBELL | La Justicia Los principales debates contemporáneos |

EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

Robert Alexy

gedisa
editorial

Título del original en alemán:
Der Begriff und Geltung des Rechts
Publicado originalmente por Verlag Karl Albert GmbH
Friburg/München
© Verlag Karl Alber, 1992

© Robert Alexy, 1994, 1993, 1994.

Traducción: Jorge M. Seña

Ilustración de cubierta: Juan Santana

Segunda edición: febrero de 2004, Barcelona

Derechos reservados para todas las ediciones en castellano

© Editorial Gedisa, S.A.
Paseo Bonanova, 9 1º-1ª
08022 Barcelona, España
Tel. 93 253 09 04
Fax 93 253 09 05
Correo electrónico: gedisa@gedisa.com
<http://www.gedisa.com>

ISBN: 84-9784-028-3
Depósito legal: B. 9361-2004

Impreso por Romanyà/Valls
Verdaguer, 1 - 08786 Capellades (Barcelona)

Impreso en España
Printed in Spain

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma.

Índice

EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

Capítulo 1. El problema del positivismo jurídico

- I. *Las posiciones básicas* 13
- II. *La importancia práctica de la polémica acerca del positivismo jurídico* 14
 - 1. Injusticia legal 15
 - 2. Creación judicial del derecho 17

Capítulo 2. El concepto de derecho

- I. *Los elementos principales* 21
- II. *Los conceptos de derecho positivistas* 21
 - 1. Conceptos de derecho primariamente orientados a la eficacia 22
 - 1.1. Aspecto externo 22
 - 1.2. Aspecto interno 23
 - 2. Conceptos de derecho primariamente orientados a la instauración normativa 24
- III. *Crítica de los conceptos de derecho positivistas* 26
 - 1. La tesis de la separación y la tesis de la vinculación 27
 - 2. Un marco conceptual 29
 - 2.1. Conceptos de derecho libres de validez y no libres de validez 30
 - 2.2. Sistemas jurídicos como sistemas de normas y como sistemas de procedimientos 30
 - 2.3. La perspectiva del observador y la del participante 31
 - 2.4. Conexiones clasificantes y cualificantes 32
 - 2.5. Combinaciones 32
 - 3. La perspectiva del observador 33
 - 3.1. Normas aisladas 34
 - 3.2. Sistemas jurídicos 37
 - 4. La perspectiva del participante 41
 - 4.1. El argumento de la corrección 41
 - 4.2. El argumento de la injusticia 45
 - 4.2.1. Normas aisladas 45

- 4.2.1.1. El argumento lingüístico 46
- 4.2.1.2. El argumento de la claridad 48
- 4.2.1.3. El argumento de la efectividad 51
- 4.2.1.4. El argumento de la seguridad jurídica 57
- 4.2.1.5. El argumento del relativismo 58
- 4.2.1.6. El argumento de la democracia 61
- 4.2.1.7. El argumento de la inutilidad 62
- 4.2.1.8. El argumento de la honestidad 64
- 4.2.1.9. Resultado 67
- 4.2.2. Sistemas jurídicos 68
- 4.2.2.1. La tesis de la irradiación 69
- 4.2.2.2. La tesis del derrumbe 71
- 4.3. El argumento de los principios 73
- 4.3.1. La tesis de la incorporación 75
- 4.3.2. La tesis moral 79
- 4.3.3. La tesis de la corrección 81

Capítulo 3. La validez del derecho

- I. *Conceptos de validez* 87
 - 1. El concepto sociológico de validez 87
 - 2. El concepto ético de validez 88
 - 3. El concepto jurídico de validez 88
- II. *Colisiones de validez* 90
 - 1. Validez jurídica y validez social 90
 - 1.1. Sistemas de normas 90
 - 1.2. Normas aisladas 91
 - 2. Validez jurídica y validez moral 92
 - 2.1. Sistemas de normas 92
 - 2.2. Normas aisladas 94
- III. *La norma fundamental* 95
 - 1. La norma fundamental analítica (Kelsen) 96
 - 1.1. El concepto de norma fundamental 96
 - 1.2. La necesidad de una forma fundamental 98
 - 1.3. La posibilidad de una norma fundamental 102
 - 1.4. El contenido de la norma fundamental 104
 - 1.5. Status y tareas de la norma fundamental 105
 - 1.5.1. Tareas 105
 - 1.5.1.1. Transformación de las categorías 106
 - 1.5.1.2. Determinación de criterios 106
 - 1.5.1.3. Creación de unidad 107
 - 1.5.2. Status 107
 - 1.5.2.1. Presupuesto necesario 108

- 1.5.2.2. Presupuesto posible 109
- 1.5.2.3. Norma pensada 110
- 1.5.2.4. Fundamentabilidad 113
- 2. La norma fundamental normativa (Kant) 116
- 3. La norma fundamental empírica (Hart) 121

Capítulo 4. Definición

Bibliografía 127

UNA CONCEPCIÓN TEÓRICO-DISCURSIVA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

- I. *Introducción* 131
- II. *La polémica acerca del concepto de razón práctica* 132
- III. *Una concepción kantiana de la racionalidad práctica: la teoría del discurso* 136
 - 1. La idea básica de la teoría del discurso 136
 - 2. El status de la teoría del discurso como teoría de corrección y de racionalidad práctica 139
 - a) Discurso y buenas razones 139
 - b) La necesidad de la comunicación 140
 - 3. Sobre la fundamentación de las reglas del discurso 141
 - 4. La aplicación de la teoría del discurso 150

SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA

- I. *Constitutionalismo y legalismo* 159
- II. *Un modelo de sistema jurídico de tres niveles* 161
 - 1. Reglas y principios 161
 - 2. El modelo de sistema jurídico de reglas 165
 - 3. El modelo de sistema jurídico de reglas/principios 167
 - 4. El modelo de sistema jurídico de reglas/principios/procedimiento 172
- III. *Razón práctica* 174

DERECHOS INDIVIDUALES Y BIENES COLECTIVOS

- I. *Los conceptos de derecho individual y de bien colectivo* 179

1. El concepto de derecho individual 179
 - a) Un modelo de tres niveles de los derechos individuales 180
 - (1) Las fundamentaciones de los derechos 180
 - (2) Los derechos como posiciones y relaciones jurídicas 182
 - (3) Imponibilidad 184
 - b) La teoría de los principios 184
 2. El concepto de bien colectivo 186
 - a) La estructura no distributiva de los bienes colectivos 186
 - b) El status normativo de los bienes colectivos 187
 - c) La fundamentación de los bienes colectivos 188
- II. *Las relaciones conceptuales entre los derechos individuales y los bienes colectivos* 190
1. Cuatro tesis 190
 2. Los derechos individuales como medios para bienes colectivos 191
 3. Los bienes colectivos como medios para derechos individuales 193
 4. La relación de identidad 196
 - a) La relación de identidad general 197
 - b) La relación de identidad especial 197
 - c) La relación de abstracción 197
 5. La relación de independencia 198
- III. *Las relaciones normativas entre los derechos individuales y los bienes colectivos* 200
1. El problema de la reducción 200
 - a) La irreductibilidad de los derechos individuales 200
 - b) La irreductibilidad de los bienes colectivos 202
 2. El problema de la ponderación 203
 - a) La colisión entre derechos individuales y bienes colectivos 204
 - b) La ponderación entre derechos individuales y bienes colectivos 205
 - c) La precedencia *prima facie* de los derechos individuales 207

**EL CONCEPTO
Y LA VALIDEZ DEL DERECHO**

Capítulo 1

El problema del positivismo jurídico

El problema del positivismo jurídico

I. Las posiciones básicas

El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años,¹ siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.

Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: «Por ello, cualquier contenido puede ser derecho».²

Por lo tanto, para el concepto positivista de derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad³ y el de la eficacia

¹ Para sólo mencionar un ejemplo, a la pregunta de Alcibiades dirigida a Pericles y de la que nos informa Jenofontes: «Así, pues, cuando un tirano se apodera del Estado y prescribe a los ciudadanos lo que deben hacer, ¿es esto también una ley?» (Jenofonte 1917: 16), se siguen dando diferentes respuestas cuando por «ley» se entiende una ley jurídicamente válida.

² Kelsen 1960: 201.

³ Las expresiones «legalidad conforme al ordenamiento» y «legalidad dotada de autoridad» pueden ser utilizadas como sinónimas y como no sinónimas. Son utilizadas como sinónimas cuando se refieren por igual a normas que estatuyen la competencia para dictar normas, es decir, dicen quién y de

social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico⁴ resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios.⁵ A todas ellas es común el hecho de que lo que es derecho depende de lo que es impuesto y/o es eficaz. La corrección del contenido, cualquiera que éste sea, no juega aquí ningún papel.

En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales. Una vez más, aquí son posibles las más diversas interpretaciones y acentuaciones.

II. La importancia práctica de la polémica acerca del positivismo jurídico.

La polémica acerca del concepto de derecho es una polémica acerca de qué es derecho. Todo jurista tiene al respecto una idea más o menos clara, que se expresa en su praxis. El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho. Otra

qué manera está autorizado a dictar normas. Estas normas, al establecer los criterios de la legalidad conforme a derecho, fundamentan la autoridad normativa. Lo que es dictado conforme al ordenamiento es impuesto, bajo este presupuesto, con poder de autoridad y viceversa. En cambio, ambas expresiones no son utilizadas como sinónimas cuando sólo la expresión «legalidad conforme al ordenamiento» es referida a normas de competencia y la expresión «legalidad dotada de autoridad» sólo al poder fáctico de imposición de las normas. Aquí basta señalar estas variantes de significado. Como el factor del poder puede ser adscripto a la eficacia social como aspecto de la eficacia, en lo que sigue ambas expresiones serán utilizadas como sinónimas. Por lo general, se hablará de «legalidad conforme al ordenamiento».

⁴ Cfr. al respecto, Ott 1976: 33-98.

⁵ Cfr. R. Dreier 1991: 96.

es la situación en los casos insólitos. En ellos se pone de manifiesto el concepto de derecho que está detrás de toda praxis jurídica y surge entonces un problema acuciante. Esto puede ser ilustrado con dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal.

1. Injusticia legal

En la primera decisión, el fallo sobre ciudadanía del año 1968, se trata del problema de la injusticia legal. El § 2 de la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 (RGBl. I, pág. 722) privó de la ciudadanía alemana, por razones racistas, a los judíos emigrados. El Tribunal Constitucional Federal tenía que decidir si un abogado judío que poco antes de la Segunda Guerra Mundial había emigrado a Amsterdam, había perdido la ciudadanía alemana de acuerdo con esta disposición. El abogado había sido deportado de Amsterdam en 1942. Era de suponer, por lo tanto, que había muerto; ello significaba que había desaparecido la posibilidad de recuperar la ciudadanía alemana de acuerdo con el artículo 16, párrafo 2 LF.

El Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que el abogado no había perdido nunca la ciudadanía alemana porque la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich había sido nula *ab initio*. Su fundamentación reza:

«El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un 'legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto' (BVerfGE 3, 225 (232)). Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que

quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

La 11. Ordenanza violó estos principios fundamentales. En ella, la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insoportable que debe ser considerada nula *ab initio* (cfr. BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Tampoco adquirió eficacia por haber sido practicada a lo largo de algunos años o porque algunos de los afectados por la 'pérdida de ciudadanía' puedan, en su hora, en casos individuales, haberse conformado o hasta haber estado de acuerdo con ella. El no-derecho impuesto que viola manifiestamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido.»⁶

Este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez o — el fallo no es aquí inequívoco — el carácter de derecho a una norma impuesta conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante la duración de su validez por violar el derecho suprapositivo.

Uno puede preguntarse hasta qué punto este argumento era necesario en la decisión sobre la ciudadanía. El Tribunal podría haber intentado fundamentar su conclusión exclusivamente diciendo que el reconocimiento actual de la eficacia jurídica de la pérdida de ciudadanía viola la máxima general de igualdad del artículo 3, párrafo 1 LF como así también la prohibición de discriminación del artículo 3, párrafo 3 LF. Ciertamente, esta posibilidad reduce el peso del argumento no positivista para el caso decidido en el fallo sobre la ciudadanía, pero no su importancia general. No en toda situación en la que hay que juzgar acerca de las consecuencias jurídicas de un régimen injusto rige una Constitución como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Además, hay casos en los que lo que importa es saber si una norma era nula *ab initio*, nulidad que no puede tener su causa en una Constitución posterior. Piénsese, por ejemplo, en normas dictadas de acuerdo con el ordenamiento y socialmente eficaces que imponen o permiten medidas que atentan contra los de-

⁶ BVerfGE 23, 98 (106).

rechos humanos.⁷ La cuestión acerca de si, después del derrocamiento del régimen injusto, pueden ser castigados quienes actuaron de acuerdo con estas normas, depende esencialmente —si no se dicta una ley retroactiva— de la cuestión de si estas normas eran nulas *ab initio* o no.

2. Creación judicial del derecho

En la segunda decisión, el fallo sobre la creación judicial del derecho, del año 1973, se trata de la permisibilidad de la creación judicial del derecho en contra del texto de una ley, es decir, de la permisibilidad de una decisión *contra legem*. De acuerdo con el § 253 del Código Civil Alemán, está excluida una indemnización en dinero por daños inmateriales fuera de los casos legalmente previstos y estrictamente delimitados. La Corte Federal de Justicia no se ha atenido a esta regulación. Desde el año 1958, en numerosos casos, dispuso indemnizaciones en dinero cuando se habían producido graves lesiones en el derecho de la personalidad. En el caso que había que decidir se trataba del hecho de que un semanario había publicado una entrevista inventada sobre asuntos privados que habría concedido la princesa Soraya, divorciada del último sha del Irán. La Corte de Justicia Federal había concedido a la princesa Soraya una indemnización por daños de 15.000 marcos. Esto contradecía el texto del § 253 del Código Civil Alemán según el cual la indemnización por daños inmateriales está permitida «sólo en los casos establecidos por la ley». Claramente tal no era el caso de la princesa Soraya. El Tribunal Constitucional Federal confirmó la sentencia de la Corte de Justicia Federal. El núcleo de su fundamentación reza:

«La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que la actividad judicial está sujeta a la 'ley y el derecho' (art. 20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La

⁷ Cfr., por ejemplo, BGHSt 2, 173 (174 ss.).

fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial.»⁸

Esta decisión es controvertida. Se le objeta al Tribunal Constitucional Federal que los tribunales civiles no pueden decidir ellos mismos acerca de una restricción del alcance del § 253 del Código Civil Alemán (BGB). Más bien, de acuerdo con el artículo 100, párrafo 1 LF, a través del control concreto de normas, tendrían que haber procurado obtener una decisión del Tribunal Constitucional Federal acerca de si el § 253 BGB es constitucional.⁹ La corrección de esta objeción depende, por una parte, de si es correcta la interpretación no positivista de la cláusula «ley y derecho» del artículo 20, párrafo 3 LF y, por otra, de cómo ha de determinarse la relación entre el artículo 20, párrafo 3 LF y el artículo 100, párrafo 1 LF si aquella interpretación es correcta. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. El enunciado: «El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas» conserva su importancia aun cuando, en virtud del procedimiento previsto en el artículo 100, párrafo 1 LF, en el sistema jurídico alemán las decisiones *contra legem* no estén, en general, permitidas. El problema de la decisión *contra legem* se presenta en todo sistema jurídico. Pero, no todo sistema jurídico conoce un sistema de control concreto de normas como el previsto por el artículo 100, párrafo 1 LF. Más importante aún es el hecho de que

⁸ BVerfGE 34, 269 (286 s.). En fallos posteriores, el Tribunal Constitucional Federal se ha expresado, por cierto, más cautelosamente con respecto a la elaboración judicial del derecho en contra del texto de la ley pero, ha mantenido su admisibilidad básica; cfr. BVerfGE 35, 263 (278 ss.); 37, 67 (81); 38, 386 (396 s.); 49, 304 (318 ss.); 65, 182 (190 ss.); 71, 354 (362 s.); 82, 6 (11 ss.).

⁹ Koch/Rüssmann 1982: 255; cfr., además, Müller 1986: 69 s. El § 253 BGB es derecho preconstitucional. En tanto tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el § 253 puede ser examinado sólo por la vía del control concreto de normas cuando el legislador federal lo «ha

aquel enunciado tiene relevancia en todo caso dudoso, más allá del campo de las decisiones *contra legem*. Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conducen necesariamente a un único resultado. Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico¹⁰, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente. Por cierto, las diferentes concepciones acerca de qué es derecho pueden, pero no tienen que, conducir a resultados diferentes.

recogido en su voluntad» (BVerfGE 64, 217 (220)). Si tal no fuera el caso, los tribunales civiles podrían haber declarado que el § 253 BGB era parcialmente inconstitucional por violación del artículo 2, párrafo 1 en conexión con el artículo 1, párrafo 1 LF. De esta manera, hubiera quedado eliminada para ellos la barrera del texto.

¹⁰ Aquí será considerada sólo una variante del positivismo, la del positivismo legal. El argumento puede fácilmente ser aplicado a otras variantes del positivismo.

María del Socorro Jiménez Casado

Capítulo 2

El concepto de derecho

I. Los elementos principales

La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias.

La tripartición muestra que el positivismo dispone de dos elementos definitorios. Un positivista puede excluir el elemento de la corrección material pero, puede precisar de manera muy diferente la relación entre los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Surgen así numerosas variantes. Primeramente se echará una mirada a las diferentes manifestaciones del positivismo jurídico. Después se criticarán por insuficientes los conceptos de derecho positivistas.

II. Los conceptos de derecho positivistas

Los elementos de la eficacia social y de la legalidad conforme al ordenamiento pueden no sólo ser combinados recíprocamente de manera muy diferente sino también ser interpretados diferentemente. Esta es la razón por la que existe una inmensa variedad de conceptos de derecho positivistas. Pueden ser divididos en dos grupos principales: conceptos de

derecho primariamente orientados a la eficacia y conceptos de derecho primariamente orientados a la instauración normartiva. El adverbio «primariamente» pone de manifiesto que, por lo general, la orientación sólo representa un acento, es decir, que lo otro no es excluido totalmente.

1. *Conceptos de derecho primariamente orientados a la eficacia*

Las definiciones del concepto de derecho orientadas a la eficacia se encuentran, sobre todo, en la vecindad de las teorías sociológicas y realistas de derecho. Se diferencian según que apunten al aspecto externo o al aspecto interno de una norma o de un sistema normativo. Una vez más, en la mayoría de los casos, no se trata de una estricta dicotomía sino de una acentuación. Además, son frecuentes las combinaciones.¹

1.1. *Aspecto externo*

El aspecto externo de una norma consiste en la regularidad de su cumplimiento y/o de la sanción de su incumplimiento. Lo decisivo es el comportamiento observable, aun cuando requiera ser interpretado. La línea principal de las definiciones sociológicas del derecho apunta a esto. Ejemplos al respecto son las definiciones de Max Weber y de Theodor Geiger. Max Weber afirma:

«Un orden significará: [...] *derecho* cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) a través de un *propio equipo* de personas dedicadas a tal fin mediante la imposición de su obervancia o el castigo del comportamiento dirigido a su violación.»²

¹ Un ejemplo de una combinación de los aspectos externos e interno se encuentra, por ejemplo, en Ross 1958: 73 s.

² Weber 1976: 17. En sus detalles, el concepto sociológico de derecho de Max Weber es mucho más complejo que lo que permite percibir la frase citada. Sin embargo, aquí importa tan sólo la idea básica. Esto vale también para los otros ejemplos de definiciones. Para una exposición profunda del concepto weberiano de derecho, cfr. Loos 1970: 93 ss.

La definición de Theodor Geiger reza:

«Ya se ha expuesto con toda amplitud qué es derecho, es decir, el contenido que me parece práctico designar con la palabra derecho: el orden social de la vida de un gran conjunto social centralmente organizado, en la medida en que este orden se apoya en un aparato sancionador manejado monopolísticamente.»³

También en el campo de la jurisprudencia, especialmente en el Instrumentalismo pragmático, se encuentran conceptos de derecho orientados a la eficacia, es decir, que apuntan al aspecto externo. Un ejemplo famoso es la definición de las predicciones de Oliver Wendell Homes:

*«The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.»*⁴

Las definiciones de este tipo apuntan primariamente a la perspectiva del abogado.

1.2. Aspecto interno

El aspecto interno de una norma consiste en la motivación —de cualquier tipo que ella sea— de su cumplimiento y/o aplicación. Lo decisivo son las disposiciones psíquicas. Un ejemplo que apunta a ello es la definición de Ernst Rudolf Bierling, en la que juega un papel central el concepto de reconocimiento:

«Derecho en sentido jurídico es, en general, aquello que las personas que conviven en alguna comunidad reconocen recíprocamente como norma y regla de esta convivencia.»⁵

Otra variante de una definición de derecho en la que juega un papel esencial el aspecto interno bajo la forma de una

³ Geiger 1987: 297.

⁴ Holmes 1897: 460 s.; cfr. al respecto Summers 1982: 116 ss.

⁵ Bierling 1894: 19.

expectativa normativa de comportamiento se encuentra en Niklas Luhmann:

«Podemos definir al derecho como estructura de un sistema social que se basa en la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento.»⁶

2. *Conceptos de derecho primariamente orientados a la instauración normativa*

Los conceptos de derecho orientados a la instauración normativa se encuentran, sobre todo, en el ámbito de la teoría analítica de derecho, es decir, en las proximidades de las corrientes de la teoría del derecho que, primordialmente, se ocupan del análisis lógico o conceptual de la práctica jurídica. Mientras que en los conceptos de derecho orientados a la eficacia predomina la perspectiva del observador, en los conceptos de derecho orientados a la instauración normativa figura, en primer plano, la perspectiva del participante, especialmente la perspectiva del juez.

Un ejemplo clásico de un concepto de derecho orientado a la instauración normativa se encuentra en John Austin. Según Austin, el derecho está constituido por órdenes:

*«Every law or rule [...] is a command.»*⁷

Una orden es definida por el hecho de estar garantizada por una sanción:

*«A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded.»*⁸

No toda orden es derecho sino sólo aquélla que emana de una instancia políticamente superior:

⁶ Luhmann 1972: 105.

⁷ J. Austin 1885: 88.

⁸ *Ibidem* 89.

«Of the laws or rules set by men to men, some are established by political superiors, sovereign and subject: by persons exercising supreme and subordinate government, in independent nations, or independent political societies [...] To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied.»⁹

Resumiendo, puede decirse que Austin define al derecho como la totalidad de las ordenes de un soberano respaldadas por sanciones. Es imposible una orientación más fuerte a la instauración normativa. Sin embargo, en la teoría de Austin, los elementos de la eficacia juegan un papel nada irrelevante. Así, Austin combina los elementos de la instauración y de la eficacia al definir al soberano como la persona que es habitualmente obedecida:

«If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society [...]»¹⁰

En el siglo XX, los representantes más importantes de un positivismo jurídico orientado a la instauración normativa son Hans Kelsen y Herbert Hart. Kelsen define el derecho como un «orden normativo coactivo»¹¹, cuya validez se basa en una norma fundamental presupuesta,

«por consiguiente, debe actuarse conforme a las normas fácticamente promulgadas conforme a esa Constitución, que sean, en términos generales, eficaces».¹²

El status de esta norma básica será considerado más adelante. Aquí basta señalar que se trata sólo de una norma totalmente neutra por lo que respecta a su contenido, de una nor-

⁹ *Ibidem* 86 s.

¹⁰ *Ibidem* 221.

¹¹ Kelsen 1960: 45 ss.

¹² *Ibidem* 219.

ma puramente pensada que, según Kelsen, tiene que ser presupuesta si se quiere interpretar un orden coactivo como orden jurídico. Aquí es tan sólo relevante el hecho de que la definición de Kelsen, si bien está primariamente orientada a la instauración normativa, incluye además el elemento de la eficacia:

«Instauración y eficacia son en la norma fundamental condiciones de validez; eficacia en el sentido de que tiene que agregarse a la instauración a fin de que el orden jurídico como un todo, al igual que la norma jurídica aislada, no pierda su validez.»¹⁴

Según Hart, el derecho es un sistema de reglas que puede ser identificado recurriendo a la regla de reconocimiento (*rule of recognition*). La función de esta regla se corresponde con la de la norma básica de Kelsen. Sin embargo —como habrá de verse más adelante—¹⁵ su *status* es de un tipo totalmente distinto. Su existencia es un hecho social:

*«The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.»*¹⁶

Con respecto al sistema jurídico inglés, Hart formula el núcleo de la regla de reconocimiento con la frase: *«What the Queen in Parliament enacts is Law.»*¹⁷

III. Crítica de los conceptos de derecho positivistas

La breve visión de los conceptos de derecho positivistas muestra que en el campo del positivismo jurídico existen posiciones muy diferentes. Común a todas ellas es sólo la tesis de la separación entre derecho y moral. Si fuera seguro que la

¹³ Cfr. infra, Capítulo 3, III. 1.1.

¹⁴ Kelsen 1960: 219.

¹⁵ Cfr. infra, Capítulo 3, III. 3.

¹⁶ Hart 1961: 107.

¹⁷ *Ibidem* 104.

tesis positivista de la separación es correcta, el análisis del concepto de derecho podría limitarse totalmente a la cuestión de saber cuál es la mejor interpretación de los elementos de la eficacia y de la instauración normativa y cuál es la mejor manera de relacionarlos. Sin embargo, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal presentadas más arriba muestran que, por lo menos, la tesis de la separación no puede ser considerada como algo evidente. Por ello, cabe preguntar si, en tanto tal, es adecuado un concepto de derecho positivista. La respuesta depende de cuál de las dos tesis es la correcta: la de la separación o la de la vinculación.

1. La tesis de la separación y la tesis de la vinculación

Las tesis de la separación y de la vinculación dicen cómo hay que definir el concepto de derecho. De esta manera, formulan el resultado de una argumentación, sin expresar los argumentos que la apoyan. Los argumentos que pueden ser presentados en su apoyo pueden dividirse en dos grupos: analíticos y normativos.¹⁸

El argumento *analítico* más importante en favor de la tesis positivista de la separación afirma que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Todo

¹⁸ Se podría pensar en un tercer grupo, es decir, el de los argumentos empíricos. Sin embargo, si se observan las cosas más de cerca, se ve, cuando se trata de la definición del concepto de derecho, sea en el sentido de la tesis de la separación o en el de la tesis de la vinculación, que los argumentos empíricos se convierten en elementos de argumentos analíticos o normativos. Es una tesis empírica la que afirma que un sistema jurídico que no protege ni la vida ni la libertad ni la propiedad de ninguno de los sujetos jurídicos no tiene perspectiva de vigencia permanente. Pero, la protección de la vida, la libertad y la propiedad es una exigencia moral. Por ello, puede decirse que el cumplimiento de determinadas exigencias morales mínimas es fácticamente necesario para la vigencia permanente de un sistema jurídico. El argumento empírico conduce hasta este punto y no más allá. Para tender el puente hacia el concepto de derecho, tiene que ser incluido en un argumento analítico que dice que, por razones conceptuales, sólo temas que tienen una vigencia permanente son sistemas jurídicos. En cambio, se lleva a cabo una inclusión en un argumento normativo cuando la tesis empírica según la cual determinados objetivos, tales como la supervivencia, sólo pueden ser alcanzados si el derecho posee determinados contenidos, es presentada conjuntamente con la premisa que afirma que este objetivo debe ser alcanzado, como argumento para una determinada definición del derecho.

positivista tiene que sostener esta tesis pues si admite que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, ya no puede decir que el derecho debe ser definido con exclusión de elementos morales. En cambio, el no positivista es libre en el nivel de los argumentos analíticos. Puede o bien sostener una conexión conceptual necesaria o renunciar a ella. Si logra exponer una conexión conceptual necesaria, ha decidido ya la polémica a su favor. Si no lo logra o si renuncia a la aseveración de la existencia de una conexión conceptual necesaria, todavía no ha perdido la discusión. Puede intentar apoyar su tesis según la cual en la definición del concepto de derecho hay que incluir argumentos morales, recurriendo a argumentos normativos.

La tesis de la separación o la tesis de la vinculación se apoya en un argumento *normativo* cuando se afirma que la no inclusión o la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho es necesaria para alcanzar un determinado objetivo o cumplir con una determinada norma. Este tipo de vinculaciones o separaciones pueden ser llamadas «normativamente necesarias».¹⁹ Se trata de argumentos normativos cuando en favor de la tesis de la separación se aduce que sólo ella conduce a una claridad lingüístico-conceptual o que sólo ella garantiza la seguridad jurídica, o cuando, en favor de la tesis de la vinculación, se dice que con ella pueden solucionarse mejor los problemas de la injusticia legal.

En los nuevos debates acerca del concepto de derecho se ha difundido la concepción según la cual la expresión «derecho» es tan ambigua y vaga que en la polémica acerca del positivismo jurídico no es posible decidir nada mediante análisis conceptuales.²⁰ En esta polémica se trataría simplemente de una «determinación normativa, de una propuesta definitiva».²¹ Por definición, este tipo de conceptualizaciones puede ser justificado sólo a través de argumentos normativos o de refle-

¹⁹ La necesidad normativa debe ser estrictamente separada de la necesidad conceptual. El hecho de que algo sea normativamente necesario significa que está ordenado. Pero, se puede negar la validez de un mandato sin cometer ninguna contradicción; ello no puede hacerse cuando se trata de una necesidad conceptual. Esto pone de manifiesto que la necesidad normativa es sólo una necesidad en sentido amplio.

²⁰ Cfr., por ejemplo, Ott 1976: 140 ss.

²¹ Hoerster 1986: 2481.

xiones de funcionalidad. Esta tesis presupone la tesis según la cual una conexión entre derecho y moral no es ni conceptualmente imposible ni conceptualmente necesaria. La primera parte de esta tesis, es decir, la aseveración de que no es conceptualmente imposible una conexión entre derecho y moral, es correcta. Hay situaciones en las cuales un enunciado tal como «La norma *N* ha sido dictada conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz no es derecho alguno porque lesiona principios fundamentales» no es contradictorio. Pero, tendría que serlo si conceptualmente fuera imposible una conexión entre derecho y moral. En cambio, es dudosa la segunda parte de aquella tesis, es decir, la aseveración de que no existe ninguna conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral. Habrá de mostrarse que tal conexión existe. Si ello se logra, entonces es falsa la concepción habitual según la cual en la polémica acerca del concepto de derecho se trata exclusivamente de una decisión de funcionalidad que sólo puede ser justificada con argumentos normativos. Esto no significa que en el análisis del concepto de derecho, la reflexiones normativas no jueguen ningún papel. Habrá de verse que el argumento conceptual tiene, primero, un alcance limitado y, segundo, una fuerza también limitada. Fuera del alcance del argumento conceptual y para reforzarlo, son necesarios argumentos normativos. La tesis reza: primero, existe una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral y, segundo, hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de derecho que, en parte, refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella; dicho brevemente: existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre derecho y moral.

2. *Un marco conceptual*

La fundamentación de la tesis según la cual existen conexiones conceptuales y normativas entre derecho y moral habrá de llevarse a cabo dentro de un marco conceptual constituido por cinco distinciones.²²

²² Cfr. Alexy 1990: 11 ss.

2.1. *Conceptos de derecho libres de validez y no libres de validez*

La primera distinción es la que existe entre conceptos de derecho libres de validez y no libres de validez. *No libre de validez* es un concepto de derecho que incluye el concepto de validez. *Libre de validez* es un concepto de derecho que no lo incluye.²³ La razón de esta distinción es fácilmente comprensible. Uno puede decir sin contradecirse: «*N* es una norma jurídica pero, *N* no es/no es más/no es todavía válida.» Además, es posible concebir un sistema jurídico ideal y luego, sin contradicción, afirmar: «Este sistema jurídico no será nunca válido.» Viceversa, quien invoca un derecho vigente no necesita hablar de validez. Puede decir simplemente: «El derecho exige esto.» Se ve, pues, claramente que es posible tanto un concepto de derecho que incluya el de validez como uno que no lo incluya.

Para el análisis del positivismo es aconsejable elegir un concepto de derecho que incluya la validez. De esta manera se evita una trivialización del problema que consistiría en definir primero el derecho, sin hacer referencia a la dimensión de la validez, como una clase de normas para el comportamiento externo,²⁴ y luego decir que no puede haber ninguna relación conceptualmente necesaria entre derecho y moral porque es posible concebir normas para el comportamiento externo que tengan cualquier contenido. La incorporación del concepto de validez en el de derecho significa incluir en este concepto el contexto institucional de la promulgación, aplicación e imposición del derecho. Este contexto puede tener importancia para la cuestión de una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral.

2.2. *Sistemas jurídicos como sistemas de normas y como sistemas de procedimientos*

La segunda distinción es la que existe entre el sistema jurídico como un sistema de normas y el sistema jurídico como

²³ Cfr. al respecto H. Kantorowicz s.d.: 32 ss.

²⁴ Cfr. al respecto R. Dreier 1987: 374 s.

un sistema de procedimientos.²⁵ Como un sistema de *procedimientos*, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. En tanto sistema de *normas*, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualesquiera que sean sus características. Se puede decir que quien considera que el sistema jurídico es un sistema de normas se refiere a su costado externo. En cambio, se trata del costado interno cuando el sistema jurídico es considerado como un sistema de procedimientos.

2.3. *La perspectiva del observador y la del participante*

La tercera distinción es la que existe entre la perspectiva del observador y la del participante. Esta dicotomía es ambigua. Aquí será utilizada en la siguiente interpretación: adopta la *perspectiva del participante* quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva del participante se encuentra el juez. Cuando otros participantes, por ejemplo, juristas, abogados o ciudadanos interesados, exponen argumentos en pro o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, entonces, en última instancia, se refieren a cómo hubiera decidido un juez si hubiera querido decidir correctamente. Adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico. Un ejemplo de un observador tal es el de Norbert Hoerster: un americano blanco casado con una mujer de color desea viajar a Sudáfrica en la época de la vigencia de las leyes del *apartheid* y reflexiona acerca de los detalles jurídicos de su viaje.²⁶

²⁵ Con respecto al sistema jurídico como un sistema de procedimientos, cfr. Alexy 1981: 185 ss. La distinción de Leon Fuller entre *«the purposive effort that goes into the making of law and the law that in fact emerges from that effort»* (Fuller 1969: 193) es posiblemente similar a la distinción aquí propuesta entre norma y procedimiento.

²⁶ Hoerster 1986: 2481.

La distinción entre la perspectiva del participante y la del observador es parecida a la distinción de Herbert Hart entre punto de vista interno y punto de vista externo (*internal / external point of view*).²⁷ Sin embargo, no puede hablarse de una coincidencia en todos los aspectos ya que la distinción de Hart es ambigua.²⁸ Por ello, aquí se adoptará la convención de que cada vez que, sin mayor explicación, se hable de un punto de vista interno y de un punto de vista externo se quiere decir exactamente aquello que ha sido definido como perspectiva del participante y perspectiva del observador, respectivamente.

2.4. Conexiones clasificantes y cualificantes

La cuarta distinción se refiere a dos tipos diferentes de conexiones entre derecho y moral. La primera será llamada »clasificante« y la segunda »cualificante«. Se trata de una conexión *clasificante* cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión *cualificante* cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral. Los argumentos que apuntan a conexiones cualificantes se apoyan en la suposición de que en la realidad de un sistema jurídico están necesariamente incluidos ideales jurídicos. Por ello, en lugar de una conexión «cualificante» podría hablarse de una «conexión ideal».

2.5. Combinaciones

A las cuatro distinciones presentadas, es decir, la distinción entre un concepto de derecho libre de validez y uno no libre, entre norma y procedimiento, entre observador y participante y entre contextos clasificantes y cualificantes, hay que

²⁷ Hart 1961: 86 s.

²⁸ Cfr. MacCormick 1978: 275 ss.

agregar como quinta distinción la ya considerada entre un *contexto conceptualmente necesario* y uno *normativamente necesario*. Con esto, el marco conceptual queda completo. Muestra claramente que con la tesis según la cual existe una relación necesaria entre derecho y moral pueden querer decirse cosas muy diferentes. Son posibles 32 combinaciones de las características contenidas en las cinco distinciones. Con respecto a cada una de estas combinaciones puede formularse la tesis de que existe una relación necesaria y de que no existe esta relación. Surgen así 64 tesis. Sin duda, entre estas 64 tesis existen algunas relaciones de implicación de forma tal que la verdad o falsedad de alguna de ellas trae consigo la verdad o falsedad de otras. Además, es posible que algunas combinaciones sean conceptualmente imposibles. Sin embargo, esto no modifica en nada la intelección básica de que en la polémica acerca de las relaciones necesarias entre derecho y moral se trata de una serie de aseveraciones diferentes. Una explicación de la esterilidad de esta polémica es probablemente el hecho de que, a menudo, sus participantes no reconocen que la tesis que ellos defienden es de un tipo totalmente distinto al de la tesis que atacan, es decir, que mantienen diálogos paralelos. Esta explicación se vuelve más plausible aún si se toma en cuenta que, a más de las cinco distinciones que aquí han sido consideradas, son concebibles otras de forma tal que el número de las tesis posibles puede ser mucho mayor que 64.

Aquí, la pluralidad de las tesis ha sido reducido en un respecto: se parte de un concepto de derecho que incluye el concepto de validez. Habrá de hacerse otra simplificación más en el sentido de que se colocará en primer plano una distinción: la que existe entre la perspectiva del observador o el punto de vista externo y la perspectiva del participante o punto de vista interno. Las otras distinciones serán consideradas dentro del marco de esta dicotomía. Por lo tanto, la cuestión consiste en saber si la tesis de la separación o la tesis de la vinculación es correcta desde la perspectiva del observador o de desde la perspectiva del participante.

3. *La perspectiva del observador*

Por lo general, el problema del positivismo jurídico es considerado como un problema de conexión clasificante entre de-

recho y moral. Se desea saber si una violación de algún criterio moral resta a las normas de un sistema normativo el carácter de normas jurídicas o a todo el sistema normativo el carácter de sistema jurídico. Quien desee dar una respuesta afirmativa a esta pregunta tiene que mostrar que el carácter jurídico de las normas o de los sistemas normativos se pierde si se traspasa un determinado umbral de injusticia. Esta tesis de la pérdida de la calidad jurídica en caso de traspasar un umbral de injusticia, cualquiera que sea la forma como se lo defina, será llamado el «argumento de la injusticia».²⁹ El argumento de la injusticia no es nada más que la tesis de la vinculación referida a una conexión clasificante. Aquí habrá de preguntarse primeramente si es correcta la tesis de la vinculación bajo la forma del argumento de la injusticia cuando se adopta la perspectiva del observador. Aquí hay que distinguir entre las normas aisladas de un sistema jurídico y los sistemas jurídicos como un todo.

3.1. Normas aisladas

La versión posiblemente más conocida del argumento de la injusticia referido a normas aisladas se debe a Gustav Radbruch. Su famosa fórmula reza:

«El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto 'derecho injusto', tenga que ceder ante la justicia.»³⁰

Esta fórmula subyace al fallo presentado más arriba sobre la ciudadanía,³¹ como así también a una serie de otras deci-

²⁹ Cfr. R. Dreier 1991: 99. Otras designaciones son, el argumento de la tiranía, de la *lex corrupta*, de la perversión y del totalitarismo.

³⁰ Radbruch 1973c: 345.

³¹ BVerfGE 23, 98 (106).

siones del Tribunal Constitucional Federal y de la Corte Federal de Justicia.³²

La cuestión es si la fórmula radbruchiana es aceptable desde el punto de vista de un observador. Como ejemplo puede servir nuevamente la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 mediante la cual se privó de la ciudadanía alemana por razones racistas a los judíos emigrados. El Tribunal Constitucional Federal, invocando esa fórmula, declaró que la Ordenanza era nula *ab initio*. Esto se llevó a cabo desde la perspectiva del participante. ¿Cómo describiría un observador contemporáneo del sistema jurídico nacionalsocialista —por ejemplo, un jurista extranjero que para una revista especializada de su país quisiera escribir un informe sobre el sistema jurídico del nacionalsocialismo— el caso del judío A privado de su nacionalidad? En su país, cualquiera entendería la frase:

(1) A ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con el derecho alemán,

sin necesidad de agregar mayores explicaciones. Tal no es el caso de la frase

(2) A no ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con el derecho alemán.

Si a esta frase no se agregan otras informaciones, o bien informa mal o bien confunde.

Ya esto muestra que, en todo caso, desde el punto de vista de un observador, no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho. Más bien cabe preguntarse si, desde este punto de vista, tal inclusión no es conceptualmente imposible. Supongamos que el informe de nuestro observador contiene la siguiente frase:

(3) A no ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con el derecho alemán a pesar de que todos los tribu-

³² Cfr. BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (233); 6, 132 (198); 6, 309 (332=); 6, 389 (414 s.); 54, 53 (67 s.); BGHZ 3, 94 (107); 23, 175 (181); BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (238 s.); 3, 357 (362 s.).

nales y autoridades alemanes tratan a A como privado de su nacionalidad y se apoyan para ello en el texto de una norma que, de acuerdo con los criterios de validez del sistema jurídico vigente en Alemania, ha sido promulgada correctamente.

Como frase de un observador, contiene una contradicción. Para un observador, pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz. Con esto se ve claramente que existe un uso de la expresión «derecho» en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible. A esto no puede responderse diciendo que nuestro observador puede concluir su informe con la siguiente pregunta abierta:

(4) A ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con los criterios válidos en Alemania y la pérdida de su nacionalidad es también socialmente eficaz pero, ¿es esto derecho?

Con esta pregunta, se abandona la posición del observador y se adopta la del crítico. Con este cambio de perspectiva, la expresión «derecho» obtiene otro significado.³³ Por ello, cabe constatar que, desde la perspectiva de un observador, la tesis radbruchiana de la vinculación no puede apoyarse en una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral.

A este argumento conceptual o analítico, se suma una reflexión de funcionalidad y, con ello, un argumento normativo. Norbert Hoerster ha sostenido que, primero, existe una necesidad de contar con una designación valorativamente neutra para leyes promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces, como la 11. Ordenanza, y, segundo, no existe

³³ El cambio de significado se refiere también a aquello que es conceptualmente necesario o analíticamente verdadero. Con respecto a la tesis según la cual lo que es conceptualmente necesario o analíticamente verdadero depende del uso, cfr. Hamlyn 1967: 108.

ninguna alternativa utilizable para la expresión «derecho».³⁴ Por lo que respecta a la perspectiva del observador, hay que darle la razón a Hoerster.³⁵ Así, pues, tanto las consideraciones analíticas como las normativas conducen al resultado de que, desde el punto de vista de un observador que considera normas aisladas y se pregunta por una conexión clasificante, la tesis positivista de la separación es correcta. Desde este punto de vista, el argumento radbruchiano de la injusticia no es aceptable.

3.2. *Sistemas jurídicos*

Lo que vale para una norma aislada no tiene por qué valer para el sistema jurídico como un todo.³⁶ Por ello, cabe preguntar si entre el sistema jurídico como un todo y la moral existe una relación conceptualmente necesaria. Nuevamente la pregunta será formulada desde el punto de vista de un observador que se pregunta acerca de una conexión clasificante, es decir, que desea saber si una violación de alguna exigencia moral priva a un sistema normativo del carácter de sistema jurídico.

Cabe distinguir entre dos tipos de exigencias morales que pueden estar en una relación necesaria con el sistema jurídico: formales y materiales. Un ejemplo de una teoría que sostiene una conexión necesaria entre criterios morales formales y el sistema jurídico es la de Fuller sobre la moralidad interna del derecho (*internal morality of law*). Aquí incluye Fuller los principios del Estado de derecho (*legality*) tales como la generalidad de la ley (*generality of law*), la publicidad (*promulgation*) y la prohibición de la retroactividad (*retroactive laws*).³⁷ En cambio, se trata de la conexión entre criterios morales materiales y el sistema jurídico cuando Otfried Höffe afirma que sistemas normativos que no satisfacen determi-

³⁴ Hoerster 1987: 187.

³⁵ En cambio, no es aceptable la tesis más amplia según la cual lo que vale para el punto de vista «exclusivamente externo y descriptivo» vale también para todos los otros puntos de vista (Hoerster 1987: 187 s.). A diferentes puntos de vista pueden corresponder diferentes conceptos de derecho; más adelante se mostrará que esto debe ser así.

³⁶ Cfr. al respecto, Hart 1971: 46.

³⁷ Fuller 1969: 46 ss.

nados criterios fundamentales de la justicia no son órdenes jurídicos.³⁸ Estos criterios fundamentales de la justicia los define a través del principio de la ventaja distributiva, que incluye el principio de la seguridad colectiva que exige, entre otras cosas, la prohibición de matar y asesinar, hurtar y robar, dirigida a todos los miembros de la comunidad jurídica.³⁹ En el análisis de este tipo de conexiones, hay que distinguir claramente entre conexiones fácticas y conceptuales.⁴⁰ La tesis según la cual, dadas las características del mundo y de las personas, un sistema jurídico que no contenga ninguna norma general o sólo normas secretas o exclusivamente retroactivas o que no proteja la vida, la libertad y la propiedad de sus miembros no tiene ninguna probabilidad de vigencia duradera y, en este sentido, de una existencia duradera, es una tesis empírica simple pero importante; sin embargo, aquí no habrá de ser examinada. La cuestión es, más bien, la de saber si un sistema tal cae todavía bajo el concepto de sistema jurídico.

Hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia del hecho de que puedan lograr una vigencia duradera o no, no son sistemas jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos. Existe un orden *absurdo* cuando un grupo de individuos es gobernado de una manera tal que no son cognoscibles ni fines coherentes del o de los gobernantes ni tampoco los gobernados pueden perseguir permanentemente sus fines. Es concebible un grupo más o menos grande de personas dominado por un grupo de exaltados armados. Los dominados no tienen ningún derecho. Dentro del grupo de los armados está permitido cualquier acto de violencia. Fuera de esta norma permisiva no existe ninguna otra norma general.⁴¹ Los armados imparten a los dominados órdenes en parte contradictorias, siempre cambiantes y en parte incumplibles. Cuando los domina-

³⁸ Höffe 1987: 159, 170.

³⁹ Ibidem 169 ss.

⁴⁰ Kelsen apunta a una conexión meramente fáctica cuando dice que un «mínimo de seguridad colectiva» es una «condición de una eficacia relativamente permanente» (Kelsen 1960: 49 s.) pero no un elemento moral necesario del concepto de derecho.

⁴¹ Kelsen no hablaría aquí ni siquiera de una «banda de asaltantes» ya que entre los exaltados, debido a la falta de una prohibición de la violencia no existe ninguna comunidad y, por lo tanto, ninguna «banda» (Kelsen 1960: 48).

dos cumplen una orden lo hacen tan sólo por temor a la violencia. Un orden tal no es, por razones conceptuales, un sistema jurídico.

El orden absurdo se convierte en un orden *depredatorio* o de asaltantes cuando los exaltados se transforman en bandidos organizados. Esto presupone, por lo menos, que se introduce una prohibición de violencia y una jerarquía de mandos entre los armados. Supongamos, además, que para los dominados se dicta un sistema de reglas cuyo único objetivo es cuidar que, a la larga, queden objetos adecuados de explotación. Para tomar un ejemplo extremo: una de las fuentes principales de ingresos de los bandidos consiste en que matan regularmente a los dominados a fin de vender sus órganos. Y para poder disponer a tal fin de víctimas sanas, prohíben a los dominados el tabaco, el alcohol y toda actividad violenta. Estas reglas no fundamentan derechos frente a los bandidos. El objetivo de la explotación es bien claro para todos. Los bandidos no se toman el menor trabajo en disimularlo. Se puede discutir si el sistema normativo que rige bajo los bandidos es un sistema jurídico; en todo caso, el sistema en su conjunto no lo es por razones conceptuales.⁴² Para fundamentar esto, se considerará ahora un tercer orden.

A la larga, el orden depredatorio resulta no ser funcional. Por ello, los bandidos se preocupan por su legitimación. Se convierten en dominadores y, con ello, convierte su orden depredatorio en un *orden de dominación*. Siguen manteniendo la explotación de los dominados. Pero, los actos de explotación se llevan a cabo a través de una praxis reglada. Se afirma ante cualquiera que esta praxis es correcta porque sirve un fin superior, es decir, el desarrollo del pueblo. Las muertes y los saqueos de los dominados —que sirven exclusivamente los intereses de explotación de los dominadores— siguen siendo siempre posibles. Pero, son castigados cuando no son llevados a cabo de una manera determinada, por ejemplo, sobre la

⁴² El sistema de los bandidos es un caso en el que el argumento de la banda de asaltantes de San Agustín conduce a que se le niegue calidad jurídica. Cfr. 1979: 222: «*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna?*»

base de la decisión unánime de tres miembros del grupo de los dominadores y no son justificados públicamente a través del objetivo del desarrollo del pueblo.

Con este paso de desarrollo se traspasa un umbral. El sistema es, sin duda, extremadamente injusto. Sin embargo, ya no queda excluida conceptualmente su designación como «sistema jurídico». Con esto se plantea la cuestión de saber en qué reside la diferencia entre el sistema de los exaltados y el de los bandidos. La diferencia consiste en que valen algunas reglas generales. Tal es el caso en el sistema de los bandidos. Pero, consiste también en que el sistema de dominación —aun cuando no sea más que en el nivel mínimo de la protección de la vida, la libertad y la propiedad— tiene, por así decirlo, una cierta ventaja, pues la muerte y el saqueo de los dominados siguen siendo en él siempre posibles. El punto decisivo es más bien que en la praxis del sistema de dominación está enraizada una *pretensión de corrección* que se hace valer frente a cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. Esta tesis será llamada el «argumento de la corrección» y fundamentada en la sección siguiente. Aquí, adelantándonos a su fundamentación, cabe señalar que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.⁴³ En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Sólo en un sentido indirecto o metafórico, puede un observador llamar «sistema jurídico» a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección.

Esto último tiene pocas consecuencias prácticas. Efectivamente los sistemas normativos existentes formulan regularmente una pretensión de corrección, por menos justificada que ella esté. Los problemas prácticos relevantes surgen sólo cuando la pretensión de corrección es formulada pero no es satisfecha. Sin embargo, son relevantes las consecuencias de la pretensión de corrección. Ya limita en algo la tesis de la se-

⁴³ Este enunciado constituye el punto de partida de una reconstrucción analítica del enunciado algo oscuro de Radbruch: «Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea del derecho» (Radbruch 1973a: 119).

paración en la perspectiva del observador. Desde esta perspectiva, aquélla vale ilimitadamente cuando se trata de normas aisladas. Sin embargo, cuando se trata de sistemas jurídicos, en casos extremos e improbables en la realidad, tropieza con un límite que es definido por la pretensión de corrección. Esta pretensión se desplaza del límite al centro cuando se trata de la perspectiva del participante. Por lo tanto, la pretensión de corrección constituye un nexo entre ambas perspectivas.

4. La perspectiva del participante

Se ha mostrado que, desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo y fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite. Una imagen totalmente distinta resulta cuando se considera al derecho desde la perspectiva de un participante, por ejemplo, del juez. Desde esta perspectiva, la tesis de la separación es inadecuada y la tesis de la vinculación es correcta. Para fundamentarlo, habrán de considerarse tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios.

4.1. El argumento de la corrección

El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante. En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia

exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección.

En contra del argumento de la corrección puede objetarse que no es verdad que con el derecho esté necesariamente vinculada una pretensión de corrección. Para superar esta objeción, se considerarán dos ejemplos. En el primero se trata del artículo primero de una nueva Constitución para el estado X, en el que la minoría oprime a la mayoría. La minoría desea seguir disfrutando de las ventajas de la opresión de la mayoría pero, a la vez, ser honesta. Su asamblea constituyente aprueba, por ello, como artículo primero de la Constitución el siguiente:

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

Este artículo constitucional es defectuoso.⁴⁴ La cuestión es saber en qué consiste su defecto.

Se podría pensar que la falla reside simplemente en que este artículo no es funcional. La minoría desea conservar la situación injusta. Sin embargo, las probabilidades de lograr este objetivo disminuyen si, por lo menos, no aduce que es justo. Efectivamente hay aquí una *falla técnica*. Pero ella no basta para explicar la falla de este artículo. Supongamos que el nuevo artículo, con su cláusula republicana, derogue una monarquía hasta entonces existente. Supongamos, además, que la mayoría oprimida respetaba profundamente al anterior monarca, razón por la cual, la situación actual es puesta en un peligro igualmente grave que con la caracterización del Estado como «injusto». En ese caso, si la introducción de la cláusula de la injusticia fuera una falla meramente técnica, el legislador constitucional cometería con la cláusula republicana el mismo error que con la cláusula de la injusticia. Pero, tal no es el caso. La cláusula de la injusticia tiene algo de absurdo; la cláusula republicana no.

Tiene que haber, pues, otra explicación del carácter defectuoso del artículo. Podría suponerse una *falla moral*. No hay duda que ella existe; sin embargo, es fácil reconocer que ésta no es una explicación completa. Supongamos que la injusticia

⁴⁴ Para un argumento similar, cfr. McCormick 1986: 141.

consiste en que a los miembros de una determinada raza se le niegan ciertos derechos. Desde el punto de vista moral, no constituiría ninguna diferencia si se suprimiese la cláusula de la injusticia y se la sustituyera por un artículo segundo que privase de estos derechos a los miembros de la raza en cuestión. Sin embargo, desde el punto de vista de lo defectuoso, seguiría existiendo una diferencia.

La explicación podría residir en que se lesionaría una convención difundida pero no necesaria sobre la redacción de textos constitucionales, es decir, existiría una *falla convencional*. Sin duda, se lesiona una convención difundida. Sin embargo, ésta tampoco es, tomada en sí misma, una explicación suficiente. La regla lesionada es algo más que una mera convención. Que ello es así puede reconocerse en el hecho de que ella tampoco puede ser modificada en caso de que cambiaran las circunstancias y las preferencias. Más bien, es constitutiva de la praxis de la legislación constitucional. Esto se ve claramente en el hecho de que un artículo como:

(2) X es un Estado justo

es redundante en una Constitución.

Queda, pues, tan sólo la posibilidad de una *falla conceptual*. La expresión «falla conceptual» es utilizada aquí en un sentido amplio ya que se refiere también a violaciones en contra de reglas que son constitutivas de los actos lingüísticos, es decir, de las expresiones lingüísticas como acciones. Con el acto de la sanción de una Constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia. Un legislador constitucional comete una contradicción performativa cuando el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula.⁴⁵

En el segundo ejemplo, un juez pronuncia la siguiente sentencia:

⁴⁵ En este sentido, existe una cierta analogía con el famoso ejemplo de John Langshaw Austin: «*The cat is on the mat but I do not believe it is*» (J. L. Austin 1962: 48 ss.; del mismo autor 1970: 63 ss.).

(3) El acusado es condenado falsamente a prisión perpetua.

Esta frase requiere interpretación. Así, el juez puede haber querido decir que su sentencia contradice el derecho positivo. Pero, también puede querer decir que responde al derecho positivo pero, éste es injusto. Esta y otras interpretaciones conducen a numerosos problemas que no serán considerados aquí. Habrá de interesar tan sólo la siguiente interpretación:

(4) El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.

Sin duda, con esta sentencia, el juez se sale de su papel social y viola, en todos los sistemas jurídicos, también reglas del derecho positivo que lo obligan a interpretar correctamente el derecho vigente. Pero, también lesionaría reglas sociales si pronunciara la sentencia sin haberse afeitado y con una toga sucia, y la sentencia violaría reglas del derecho positivo si la interpretación fuera falsa pero el juez creyera y sostuviera que es correcta. Y viceversa, cometería también una falla si erroneamente supusiese que su interpretación es falsa y la comunicación de este error no violase el derecho positivo. Esto muestra claramente que lo que aquí se da es algo más que una irregularidad social o jurídica.⁴⁶ El juez comete una contradicción performativa y, en este sentido, una falla conceptual. Con una sentencia judicial se formula siempre la pretensión de que el derecho es aplicado correctamente, por menos que esta pretensión pueda estar satisfecha. El contenido de la sentencia contradice la pretensión formulada con la realización del acto institucional de la condena.

Los dos ejemplos muestran que los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicaciones morales, se pone de ma-

⁴⁶ Otra es la opinión de Neumann 1986: 68 s. Neumann se refiere al siguiente ejemplo: «En nombre del pueblo, el Sr. N. es condenado a diez años de prisión a pesar de que para ello no existen buenas razones.»

nifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral.

Desde luego, con esto no queda demostrada la tesis de la vinculación. Un positivista puede estar de acuerdo con el argumento de la corrección y, sin embargo, insistir en la tesis de la separación. Para ello, dispone de dos estrategias. Puede, primero, aducir que la no satisfacción de la pretensión de corrección no implica la pérdida de la calidad jurídica. La pretensión de corrección fundamentaría —prescindiendo del caso límite del sistema normativo que no lo formula en modo alguno— una conexión cualificante pero no clasificante. Por ello, si se prescinde del mencionado caso límite, la tesis de la separación no queda afectada en la medida en que apunte a una conexión clasificante. Se elige la segunda estrategia cuando se sostiene que la pretensión de corrección tiene un contenido trivial que carece de implicaciones morales y, por ello, no puede conducir a una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral. La primera objeción conduce al argumento de la injusticia; la segunda, al argumento de los principios.

4.2. El argumento de la injusticia

El argumento de la injusticia puede referirse también a normas aisladas o a sistemas jurídicos en su totalidad. Se considerará, por lo pronto, el argumento con respecto a las normas aisladas.

4.2.1. Normas aisladas

En esta versión dice que, cuando traspasan un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico. Su variante más conocida es la fórmula radbruchiana cuya sostenibilidad desde el punto de vista de un observador ya fuera analizada y rechazada. La cuestión es ahora saber si el argumento de la injusticia bajo la forma de la fórmula radbruchiana es aceptable desde el punto de vista de un participante. Aquí hay que subrayar que la fórmula radbruchiana no dice que una norma pierde su carácter jurídico cuando es injusta. El umbral es más alto. El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia al-

canza una «medida insoportable». Como ejemplo puede servir, una vez más, la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich.

Actualmente existe un amplio consenso en el sentido de que la polémica acerca de la fórmula radbruchiana no puede ser decidida solamente sobre la base de argumentos analíticos o conceptuales. Se trata de una conceptualización funcional o adecuada, que debe ser justificada con argumentos normativos. Desde luego, aquí hay que tener en cuenta el argumento de la corrección. Los argumentos normativos en favor o en contra del argumento de la injusticia tienen que ser juzgados a su luz. Cuando más arriba se dijo que constituye la base también del argumento de la injusticia, se hacía referencia justamente a este sentido.

Las múltiples posiciones en la polémica acerca de la fórmula radbruchiana pueden ser resumidas, en lo esencial, en ocho argumentos: el lingüístico, el de la claridad, el de la efectividad, el de la seguridad jurídica, el del relativismo, el de la democracia, el de la inutilidad y el de la honestidad.

4.2.1.1. El argumento lingüístico

Debido a la ambigüedad y vaguedad de la expresión «derecho», no es posible aducir en contra del argumento de la injusticia un argumento vinculante lingüístico-conceptual. Pero, puede sostenerse la tesis normativa según la cual la inclusión de elementos morales exigida por el argumento de la injusticia conduce a una estipulación lingüística no funcional. Así, Hoerster ha objetado en contra del no positivista que no desea clasificar como derecho a la 11. Ordenanza que no «dice cuál palabra de nuestro lenguaje ordinario podría sustituir al concepto de derecho, al que carga de moralidad, en su función moralmente neutra».⁴⁷ El no positivista perdería la posibilidad de caracterizar de una manera generalmente comprensible la 11. Ordenanza. Ello podría lograrse sin problema designándola como «derecho».

Más arriba se ha señalado que este argumento es correc-

⁴⁷ Cfr. supra, III. 1.

⁴⁸ Hoerster 1987: 187; del mismo autor, 1990: 27.

to desde el punto de vista de un observador.⁴⁹ Sin embargo, el asunto cambia cuando se adopta la perspectiva del participante. Ello puede mostrarse con la dicotomía entre norma y procedimiento. El observador ve la 11. Ordenanza como el *resultado* de un procedimiento para la creación de normas en el que han participado otras personas. Igualmente, una sentencia basada en ella es para él el resultado de un procedimiento, es decir, un procedimiento de aplicación de normas, en el que no ha participado. Si la norma y la sentencia coinciden, no existe para él ninguna razón para no designar a ambas como «derecho». Si ambas no coinciden, se ve enfrentado con la cuestión de saber si debe describir una contradicción o constatar un derecho judicial derogante. Otra es la situación desde la perspectiva del participante. Ciertamente también para el participante, por ejemplo, para el juez, la 11. Ordenanza es, por lo pronto, el resultado de un procedimiento de creación de norma. Pero eso es para él, sólo por tener una segunda propiedad. Ella consiste en ser el *punto de partida* de un procedimiento de aplicación de norma en el que participa y cuyo resultado presenta con pretensión de corrección.

Aquí no se trata todavía de argumentos substanciales sino sólo de la aplicación funcional del uso de la expresión «derecho». Por ello, el argumento lingüístico no debe prejugarse sobre argumentos substanciales, lo que significa que tiene que ser compatible con diferentes tesis substanciales. Tomemos la tesis substancial según la cual hay buenos argumentos jurídicos en favor de que el juez no aplique la 11. Ordenanza y pronuncie, en cambio, una sentencia que contradiga el texto de aquélla. Bajo este presupuesto, no sería adecuado que el juez dijese que la 11. Ordenanza es derecho. Como decide sobre bases jurídicas, tienen que decir que su sentencia es también «derecho». Como ésta contradice la 11. Ordenanza, la clasificación de esta ordenanza como «derecho» tendría como consecuencia que designaría como «derecho» normas recíprocamente contradictorias, es decir, la norma general establecida por la ordenanza y la norma individual expresada en la sentencia. Esta contradicción puede ser solucionada sin mayor problema si el juez dice que la 11. Orde-

⁴⁹ Cfr. *supra*, III. 3.1.

nanza es en verdad *prima facie* derecho pero, al final, no es derecho. Con esto se expresa que en el transcurso del procedimiento de aplicación, se niega el carácter jurídico. Si existen buenos argumentos jurídicos para no aplicar la 11. Ordenanza, el juez no puede decir sólo que al final no es derecho sino que también tiene que hacerlo a fin de evitar una contradicción. Por ello, el argumento de Hoerster sólo sería correcto si nunca pudieran haber buenas razones jurídicas para decidir en contra del texto de una ley extremadamente injusta. Si en algunos casos pueden haber tales razones, desde la perspectiva del participante, el argumento lingüístico de Hoerster es falso. Pero, el que nunca puedan haber buenas razones jurídicas del mencionado tipo es una cuestión substancial que no es solucionable sobre la base de una reflexión acerca del uso funcional del lenguaje. Esto significa que el argumento lingüístico de Hoerster no puede fundamentar ninguna objeción en contra de la inclusión de argumentos morales en el concepto de derecho adecuado desde la perspectiva del participante. Por el contrario, si hay razones substanciales en favor de una tal inclusión, el uso del lenguaje tiene que seguirlas.

4.2.1.2. El argumento de la claridad

El segundo argumento en la polémica acerca de la fórmula radbruchiana es el argumento de la claridad. Ha encontrado una formulación clásica en Hart:

«Pues, si aceptamos la opinión de Radbruch y, con ella, la de los tribunales alemanes, revestimos nuestra protesta en contra de las leyes reprochables con la afirmación de que ciertas normas, debido a su insostenibilidad moral, no pueden ser derecho, introducimos confusión en una de las críticas morales más fuertes por ser una de las formas más simples. Si utilizamos el claro lenguaje de los utilitaristas, decimos que las leyes positivas pueden ser derecho pero, son un derecho demasiado reprochable como para merecer obediencia. Esta es una condena moral que cualquiera comprende y que pretende consideración moral inmediata y manifiesta. Pero, si hacemos valer nuestra protesta bajo la forma de que estas cosas reprochables no son derecho alguno, sostenemos

algo que mucha gente no cree y que —si está dispuesta a reflexionar al respecto— provoca una serie de polémicas cuestiones filosóficas, antes de poder aceptarlo [...] Si disponemos de los ricos medios del lenguaje claro, no debemos presentar la crítica moral a las normas como tesis de una filosofía objetable.»⁵⁰

A primera vista, no puede negársele una cierta justificación a esta objeción. Un concepto de derecho positivista que renuncie a toda inclusión de elementos morales es más simple y, al menos en esta medida, más claro que un concepto de derecho que contenga elementos morales. Sin embargo, por otra parte, hay que tener en cuenta que la claridad, en el sentido de la simplicidad, no puede ser el único objetivo de una conceptualización. La simplicidad no debe lograrse a costa de la adecuabilidad.⁵¹ Además, un concepto complejo puede también ser claro. No es de temer que los juristas se dejen confundir por la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho.⁵² Ellos están habituados al manejo de conceptos complicados. Por lo que respecta al ciudadano, la confusión no surge en primera línea porque se incluyan elementos morales en el concepto de derecho. También puede confundirlo la información de que hasta la extrema injusticia puede ser derecho. La confusión puede más bien surgir porque en muchos casos no sea fácil trazar la línea divisoria entre las normas extremadamente injustas y las que no lo son. Sin embargo, éste no es un problema del argumento de la claridad sino del argumento de la seguridad jurídica. En el argumento de la claridad, de lo que se trata es sólo de si han de incluirse elementos morales en el concepto de derecho.

Esto último significa que el argumento de la claridad presentado por Hart y Hoerster no apunta a imprecisiones conceptuales de tipo general. Se trata más bien de cómo ha de concebirse un conflicto entre derecho y moral. Hart y Hoerster no desean solucionar el conflicto, tampoco en los casos de extrema injusticia. Lo que el derecho exige sería una cosa; lo

⁵⁰ Hart 1971: 45 s.; de manera similar Hoerster 1987: 187 s.; del mismo autor, 1986: 2481 s.

⁵¹ Cfr. Ott 1988: 343.

⁵² *Ibidem* 349 s.

que exige la moral, otra. La moral puede permitir o exigir que el jurista, en tanto persona y ciudadano, niegue obediencia al derecho. Pero, aquello a lo que se niega obediencia sigue siendo derecho. Cualquier otra presentación encubriría «la verdadera naturaleza del problema que nos hemos planteado».⁵³ El positivista podría analizar las cuestiones vinculadas con la injusticia legal «sin recubrirlas con un velo, es decir, como cuestiones de la ética». En cambio, el no positivista correría «el peligro de encubrir su carácter ético (al desplazarlas), a través de la definición, al concepto de derecho».⁵⁴

¿Es correcta esta objeción del encubrimiento y del ocultamiento del problema? La respuesta reza: no. El no positivista no niega el carácter ético del problema. Sostiene simplemente que, en caso de extrema injusticia, el problema ético es al mismo tiempo, un problema jurídico. De aquí extrae consecuencias jurídicas a partir de su juicio moral. El contenido de su argumentación puede coincidir con el de la argumentación positivista y, al igual que éste, tiene que exponer sus argumentos y someterlos a discusión. El que en el caso de extrema injusticia no se aferre al punto de vista de la moral sino que pase al punto de vista del derecho no es un ocultamiento del problema sino expresión de una tesis material. Esta no puede ser atacada con el argumento formal de la claridad, sino sólo con argumentos substanciales.

Queda la objeción de una «filosofía criticable» que «provo-ca una serie de polémicas cuestiones filosóficas»⁵⁵ y, con ello, podría conducir a la falta de claridad y a la confusión. Sin embargo, esta objeción puede hacerse valer también en contra del positivismo. También él expresa una determinada filosofía del derecho sobre la que puede polemizarse. En esta polémica, el positivismo y el no positivismo se encuentran básicamente en un mismo nivel. El hecho de que el positivismo no pueda pretender para sí algo así como una suposición de corrección muestra la necesidad de la pretensión de corrección vinculada con el derecho, que más bien habla a favor del no positivismo. Por ello, el argumento de la claridad no logra derrotar a los no positivistas.

⁵³ Hart 1971: 44.

⁵⁴ Hoerster 1987: 187.

⁵⁵ Hart 1971: 46.

4.2.1.3. El argumento de la efectividad

Antes del nacionalsocialismo, Radbruch era positivista.⁵⁶ Después de 1945, modificó su concepción y sostuvo que el positivismo jurídico «había dejado indefensos a los juristas y al pueblo frente a leyes arbitrarias, crueles y criminales».⁵⁷ La inclusión de elementos morales en el concepto de derecho que ahora propiciaba debía «proteger (a los juristas) frente al retorno de un tal Estado injusto».⁵⁸ En contra de esto, Hart ha objetado que es ingenuo suponer que una definición del derecho no positivista pueda tener alguna eficacia en contra de la injusticia legal.⁵⁹ Hoerster ha precisado este argumento referido a la efectividad del concepto de derecho no positivista. Según él, las expectativas que Radbruch vincula con el concepto de derecho no positivista se basan en una «enorme sobrevaloración»⁶⁰ de los efectos que el teórico o el filósofo del derecho tiene del comportamiento de los ciudadanos y de los juristas:

«Pues, a través de una mera definición de un concepto no puede modificarse la realidad. Una ley moralmente dudosa pero, dictada dentro del marco del orden jurídico posee —sin que importe que el filósofo del derecho la califique de 'derecho válido' o no— prescindiendo de su inmoralidad, todas las características que también posee una ley moralmente inobjetable: ha sido creada de acuerdo con la Constitución vigente. Es aplicada e impuesta por las autoridades jurídicas. Y quien (por ejemplo, a causa de su inmoralidad) le niegue obediencia tiene que contar con las consecuencias habituales de una violación del derecho. Todos estos hechos no pueden ser eliminados si uno se decide por un concepto antipositivista, cargado de moral.»⁶¹

⁵⁶ Radbruch 1973a: 174 ss.

⁵⁷ Del mismo autor, 1973b: 327.

⁵⁸ Del mismo autor, 1973c: 347.

⁵⁹ Cfr. Hart 1971: 42; del mismo autor, 1961: 205.

⁶⁰ Hoerster 1987: 185.

⁶¹ *Ibidem* 186.

La tesis según la cual un concepto de derecho no positivista no puede hacer nada en contra de una injusticia legal puede hacérsela culminar en la aseveración según la cual no sólo no promueve sino que dificulta la lucha contra la injusticia legal. El positivista, con su estricta separación de deberes jurídicos y morales, favorecería una actitud crítica frente al derecho. En cambio, quien incluye elementos morales en el concepto de derecho correría el peligro de identificar acríticamente las exigencias jurídicas con las morales. Así, Kelsen rechaza la tesis según la cual «sólo un orden social moral es derecho»

• «porque en su aplicación real a través de la jurisprudencia dominante en una determinada comunidad jurídica conduce a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad».⁶²

Por lo tanto, dentro del marco del argumento de la efectividad hay que distinguir dos tesis. La primera dice que un concepto de derecho no positivista no puede tener ningún efecto en contra de la injusticia legal. La segunda reza que un concepto de derecho no positivista encierra el peligro de legitimar acríticamente la injusticia legal. La segunda tesis va más lejos. Será considerada en primer lugar.

En la realidad, el peligro de una legitimación acrítica se daría si la tesis no positivista de la vinculación dijese que una norma es sólo norma jurídica si su contenido concuerda con la moral. Es esta variante de la tesis de la vinculación la que tienen en cuenta Kelsen y Hoerster cuando formulan la objeción de la legitimación acrítica. Así, Kelsen habla de la «tesis según la cual el derecho es esencialmente moral»⁶³ y, según Hoerster, la tesis de la vinculación reza: «Una norma es sólo legal si es moral», lo que es lógicamente equivalente al enunciado «Si una norma es legal entonces es moral».⁶⁴ Si se parte de esta versión de la tesis de la vinculación, que puede ser llamada «versión fuerte», entonces todo jurista que identifique

⁶² Kelsen 1960: 71; de acuerdo, Hoerster 1990: 32; cfr. además H. Dreier 1991: 133.

⁶³ Kelsen 1960: 71.

⁶⁴ Hoerster 1990: 32.

una norma como jurídica tiene que clasificarla, al mismo tiempo, como moralmente justificada. Efectivamente esto encerraría es sí mismo el peligro de una legitimación acrítica del derecho.

Sin embargo, la legitimación acrítica del derecho desconoce que un no positivista no tiene por qué sostener la tesis fuerte de la vinculación que implica el postulado de una coincidencia substancial de toda norma jurídica con la moral. La fórmula radbruchiana dice expresamente «que el derecho positivo asegurado por su promulgación y el poder tiene prioridad, aun cuando por su contenido sea injusto y no funcional». ⁶⁵ Según ella, el carácter se pierde sólo cuando la contradicción entre el derecho y la moral alcanza una medida «intolerable», es decir, extrema. Esta puede ser llamada la «tesis débil de la vinculación».

La tesis débil de la vinculación no conduce a una identificación del derecho con la moral. Según ella, también las normas injustas y, por lo tanto, inmorales, pueden ser derecho. Con ello, admite —al igual que el positivismo jurídico— una crítica moral del derecho y, en este sentido, posibilita también una actitud crítica. La diferencia consiste únicamente en que, a partir de un determinado umbral comienza a perder carácter jurídico. Ahora bien, se podría sostener que esto basta ya para una legitimación acrítica. Los juristas tenderían a decir que este umbral no ha sido traspasado y que, por ello, su sistema jurídico posee, por lo menos, una mínima legitimación moral. Sin embargo, a ello hay que oponerle el carácter del umbral. De lo que se trata es de la injusticia extrema. Una formulación ejemplar se encuentra en el fallo sobre la ciudadanía:

«El intento de destruir, según criterios 'racistas', física y materialmente una determinada parte de la población, incluyendo mujeres y niños, no tiene nada que ver con el derecho y la justicia.» ⁶⁶

Si algunos juicios morales son fundamentables con la pretensión de obligatoriedad intersubjetiva, entonces ciertamen-

⁶⁵ Radbruch 1973c: 345.

⁶⁶ BVerfGE 23, 98 (106).

te lo son también aquéllos que expresan que la persecución de tales fines es extremadamente inmoral e injusto. El umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física. Se sostiene que, en todo caso, este tipo de exigencias morales puede ser fundamentada racionalmente.⁶⁷ Si esta aseveración es correcta, entonces no es de temer algo así como una «legitimación acrítica» de normas que se encuentren por encima del umbral de la injusticia extrema. Ella plantearía, por lo menos, algunas dificultades. Esta es probablemente la razón por la cual, a menudo, los actos de barbarie injusta no se llevan a cabo bajo formas jurídicas conformes al orden establecido sino sobre la base de órdenes más o menos secretas.⁶⁸

Cabe, pues, constatar un resultado doble. Primero, la tesis débil de la vinculación, que encuentra su expresión, por ejemplo, en la fórmula radbruchiana, no crea, por debajo del umbral de la extrema injusticia, el peligro de una legitimación acrítica porque aquí la contradicción entre derecho y moral no elimina el carácter jurídico. Segundo, no existe —al menos por encima de este umbral— ningún peligro de legitimación acrítica si las exigencias morales mínimas, que fijan el umbral, son susceptibles de una fundamentación racional. Por lo demás, cabe señalar que la legitimación acrítica del respectivo derecho vigente es igualmente posible desde el punto de vista de una separación estricta entre derecho y moral pues también sobre la base de una separación conceptual puede sostenerse una coincidencia de contenido.

La segunda objeción que —dentro del marco del argumento de la efectividad— puede hacerse valer en contra de un concepto de derecho no positivista sostiene que un concepto tal no tiene efecto alguno frente a la injusticia legal. Hay que admitir que Hart y Hoerster tienen razón cuando afirman que las definiciones teórico-jurídicas o iusfilosóficas en tanto tales no pueden modificar la realidad. Para un juez en un Estado injusto no constituye ninguna diferencia esencial el que invoque a Hart y, por razones *morales*, se niegue a aplicar una ley extremadamente injusta o si, siguiendo a Radbruch,

⁶⁷ Cfr. Alexy: 1991b.

⁶⁸ Cfr. al respecto Ott 1991: 519 ss.

lo haga por razones *jurídicas*.⁶⁹ En ambos casos, tiene que contar con sacrificios personales y la disposición a asumirlos depende de otros factores diferentes a la definición del concepto de derecho.

Sin embargo, existen diferencias desde el punto de vista de la efectividad. La primera de ellas se ve claramente cuando uno no apunta a un juez particular que mide con su propia conciencia la injusticia legal, sino a la praxis jurídica.⁷⁰ Si en la praxis jurídica existe un consenso acerca de que el cumplimiento de determinadas exigencias mínimas de justicia es un presupuesto necesario para el carácter jurídico de las disposiciones estatales, se dispone ya de una argumentación jurídica enraizada en la praxis jurídica y no sólo de una argumentación moral para enfrentarse a los actos de un régimen injusto. Desde luego, no hay que hacerse ilusiones acerca de las perspectivas de éxito de una resistencia tal. Un régimen injusto más o menos exitoso puede destruir rápidamente el consenso de la praxis jurídica a través de la conmoción individual, de cambios personales y de la recompensa a la capacidad de adaptación. Pero, con todo, es concebible que ello no logre un régimen injusto débil, sobre todo en su fase inicial. Este es un efecto relativamente limitado, pero es un efecto. Lo importante es que aun cuando la suposición de este efecto relativamente limitado resultara estar equivocada, ello no significaría ninguna objeción decisiva en contra del concepto de derecho no positivista. Para la defensa de su posición, el no positivista no necesita mostrar que su concepto de derecho proporciona en un Estado injusto una mejor garantía en contra de la injusticia legal que el positivista. Basta que, sobre su base, la injusticia legal pueda ser combatida no menos eficazmente que sobre la base de un concepto de derecho positivista. Y esto puede ser considerado como seguro. ¿Por qué ha de poder combatirse menos eficazmente la injusticia legal cuando no es considerada como derecho que cuando lo es?

Una vez que el Estado injusto se ha impuesto exitosamente, poco es lo que puede hacer el concepto de derecho. Sólo después del derrumbe de un Estado tal se muestran diferencias esenciales. Pero, con todo, existe un efecto suave no poco

⁶⁹ Cfr. del mismo autor, 1986: 346.

⁷⁰ *Ibidem* 347.

importante del concepto de derecho no positivista que puede tener sus consecuencias, también en un Estado injusto establecido, en contra de la injusticia legal. Este efecto puede ser llamado «efecto de riesgo». Para un juez o para una autoridad en el Estado injusto, la situación se plantea diferentemente según que tenga o no ocasión para interpretarlo a la luz de un concepto de derecho positivista o no positivista. Supongamos un juez que se ve enfrentado con la cuestión de si debe o no pronunciar una sentencia penal terrorista, respaldada por una injusticia legal. El juez no es ni un ángel ni un héroe. El destino del acusado le interesa poco y, en este respecto, tanto más el suyo propio. De acuerdo con todas las experiencias históricas, no puede excluir la posibilidad de que el Estado injusto se derrumbe y reflexiona acerca de lo que le puede ocurrir entonces. Si tiene que suponer que mayoritariamente o en general habrá de aceptarse un concepto de derecho no positivista, de acuerdo con el cual la norma en la que puede apoyar su sentencia de muerte no es derecho alguno, corre un riesgo relativamente grande de no poder justificarla y, más tarde, ser por ello perseguido judicialmente. El riesgo disminuye si puede estar seguro de que su conducta será juzgada después sobre la base de un concepto de derecho positivista. No desaparece del todo porque puede dictarse una ley retroactiva en virtud de la cual puede ser responsabilizado, pero el riesgo no es igualmente grande. A causa de los problemas de las leyes retroactivas, es bien posible que no se dicte una ley tal y que si se dicta pueda intentar defenderse sobre la base de derecho otrora vigente. Esto muestra claramente que una aceptación mayoritaria o general de un concepto de derecho no positivista aumenta el riesgo de aquellas personas que cometen o participan en actos de injusticia respaldados por el Estado injusto. Esto puede tener como consecuencia que para personas que en sí no ven ninguna razón para participar en la injusticia o que hasta valorarían una tal participación, pueda surgir o ser reforzado un estímulo para no participar en la injusticia o al menos reducirla. De esta manera, una aceptación mayoritaria o general de un concepto de derecho no positivista puede tener ya efectos positivos en un Estado injusto. Por ello, en general, puede decirse que, en todo caso, desde el punto de vista del desplazamiento de la injusticia legal, los efectos prácticos del concepto de derecho no positivista no son pe-

ores y en algunos casos hasta son mejores que los del concepto positivista.

4.2.1.4. El argumento de la seguridad jurídica

Un cuarto argumento en contra del concepto de derecho no positivista aduce que éste pone en peligro la seguridad jurídica. Efectivamente, este argumento afecta aquellas variantes no positivistas que parten de una tesis fuerte de la vinculación, es decir, sostienen que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica. Si, además, otorgan a cada cual la competencia para no obedecer las leyes invocando su propio juicio de justicia, el argumento de la seguridad jurídica se convierte en el argumento del anarquismo. Sin embargo, no es necesario seguirlo pues ningún no positivista que merezca ser tomado en serio sostiene este tipo de concepciones. Aquí se trata únicamente de la cuestión de saber si un concepto de derecho que no niega el carácter jurídico en todos los casos de injusticia sino tan sólo en caso de injusticia extrema, pone en peligro la seguridad jurídica. A ella debe responderse negativamente.

Si existen juicios de justicia fundamentables racionalmente, puede entonces decirse que quien, sobre la base de una fundamentación racional, ve que una acción es injusta reconoce esto. Ahora bien, vale el siguiente enunciado: cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento. Este enunciado vincula el aspecto material con el epistemológico. Existe una justificación para que el Tribunal Constitucional Federal en el fallo de de la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich no sólo diga que su injusticia alcanza una «medida insoportable» sino también que ello es «evidente».⁷¹ Puede, por cierto, aducirse que son concebibles casos en los cuales no puede decirse con total certeza si se da o no una injusticia extrema. Sin embargo, en comparación con las inseguridades con las que, en general, está vinculado el conocimiento del derecho, esto no tiene mayor relevancia. Por ello, la tesis no positivista de la vinculación conduce, en todo caso, a una pérdida mínima de seguridad jurídica.

⁷¹ BVerfGE 23, 98 (106).

Para juzgar acerca de la cuestión de si esta pérdida mínima de seguridad jurídica es aceptable, hay que tomar en cuenta que la seguridad jurídica es un valor importante pero no el único. El valor de la seguridad tiene que ser sopesado con el de la justicia material.⁷² La fórmula radbruchiana adopta una evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y sólo en casos extremos invierte esta jerarquía. A esto puede oponerse sólo quien considere que la seguridad jurídica es un principio absoluto⁷³ algo que, como toda adhesión a un principio absoluto, contiene una dosis de fanatismo.

4.2.1.5. El argumento del relativismo

El argumento del relativismo agudiza el argumento de la seguridad. Afirma que no sólo es difícil distinguir entre la injusticia extrema y la no extrema, sino que ningún juicio de justicia, es decir, tampoco aquellos sobre la injusticia extrema, es susceptible de una fundamentación racional o de conocimiento objetivo. Esta es la tesis del relativismo radical. Si esta tesis fuera correcta, entonces la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho no significaría nada más que al juez se le ofrece la posibilidad de decidir en contra de la ley en casos en los cuales sus preferencias subjetivas sean afectadas de manera especialmente intensa. Hoerster lo expone drásticamente:

«No existe ninguna garantía o tampoco ni siquiera una probabilidad de que aquella moral que el respectivo juez o ciudadano recoge en su concepto de derecho sea efectivamente una moral 'esclarecida' [...] En general, [...] nada indica que las concepciones morales de algún determinado individuo o de alguna determinada sociedad sean en algún sentido más esclarecidas (por ejemplo, más 'humanas' o 'justas') que las normas positivas del respectivo Estado [...] No existe sólo, como reiteradamente sugieren los adversarios del positivismo jurídico, el juez o el ciuda-

⁷² Radbruch 1973c: 344 s.

⁷³ Con respecto al concepto de principio absoluto, cfr. Alexy 1985: 94 ss.

dano que confrontado con 'leyes nazis' preferiría seguir una moral humana. Existe igualmente el juez o el ciudadano que, confrontado con leyes 'democráticas' (por ejemplo, con las de la República de Weimar o las de Bonn), preferiría seguir una moral nazi.»⁷⁴

El argumento del relativismo muestra explícitamente algo que ya se viera como presupuesto en los argumentos de la efectividad y de la seguridad: el no positivismo presupone, por lo menos, una ética rudimentaria, no relativista. No es casual que Radbruch antes de 1933 fundamentara su concepción positivista con el relativismo, es decir, con la tesis según la cual no es posible una fundamentación intersubjetivamente obligatoria de los principios morales:

«Ahora bien, nos ha resultado imposible responder la cuestión acerca de los fines del derecho de otra forma como no sea a través de la enumeración de las múltiples opiniones partidistas y justamente sólo a partir de esta imposibilidad de un derecho natural puede fundamentarse la validez del derecho positivo; el relativismo, hasta ahora sólo el método de nuestra consideración, ingresa en este lugar como elemento de nuestro sistema.»⁷⁵

Después de 1945, Radbruch excluyó del escepticismo relativista a un conjunto básico de derechos humanos y civiles:

«Ciertamente, sobre algunos de ellos pesan algunas dudas pero, el trabajo de los siglos ha elaborado un conjunto firme y en las llamadas declaraciones de derechos humanos y civiles los ha reunido con un consenso tan amplio que, con respecto a algunos de ellos la duda puede apoyarse sólo en un escepticismo intencional.»⁷⁶

La referencia a la experiencia histórica —«el trabajo de los siglos»— y a un consenso «amplio» fácticamente existente no consitituye todavía ninguna refutación del relativismo,

⁷⁴ Hoerster 1986: 2482.

⁷⁵ Radbruch 1973a: 175.

⁷⁶ Radbruch 1973b: 328.

aun cuando la referencia a estos hechos de la praxis jurídica nacional, supranacional e internacional sea casi una refutación. Un escéptico podría objetar que el desarrollo de las concepciones morales en los últimos siglos o milenios ha sido un extravío y que es posible que todos o casi todos hayan caído en un error colectivo. Para poder eliminar esta objeción escéptica, hay que mostrar que un enunciado:

(1) La destrucción física y material de una minoría de la población por razones racistas constituye una injusticia extrema

es susceptible de una fundamentación racional mientras que un enunciado:

(2) La destrucción física y material de una minoría de la población por razones racistas no constituye una injusticia extrema

puede ser racionalmente refutado. El problema del positivismo jurídico conduce con ello al problema metaético de la fundamentabilidad de los juicios morales. Este problema no puede ser analizado aquí.⁷⁷ Por ello, sostendré la tesis de que un enunciado como (1) es fundamentable racionalmente y un enunciado como (2) es racionalmente refutable. Si esta tesis es correcta, entonces queda refutada la objeción del relativismo. Si esta tesis no fuera correcta, frente a la objeción del relativismo podría hacerse valer, en todo caso, sólo el hecho de un amplio consenso existente en la actualidad que, tomado en sí mismo, si bien es cierto no constituye una refutación en sentido estricto, se aproxima, como se ha dicho, a una refutación por lo que respecta a la praxis jurídica.

Con respecto a la preocupación de Hoerster, según la cual frente a leyes dictadas democráticamente un juez podría invocar una «moral nazi», esto significa que un juez tal, en todo caso en un Estado que siga la tradición de los derechos humanos o que se haya abierto a ella, habría de fracasar ante el hecho del amplio consenso sobre derechos fundamentales.

⁷⁷ Cfr. al respecto Alexy 1991a: 53 ss.; del mismo autor, 1991b.

Además, si son posibles juicios racionalmente fundamentados sobre la injusticia extrema, existen razones racionales para no invocar una «moral nazi» en contra de leyes promulgadas democráticamente. Sólo en una sociedad que mayoritariamente se haya impuesto a sí misma una «moral nazi», existe el peligro de que un juez, invocando una concepción no positivista del derecho, niegue carácter jurídico a leyes justas a causa de una violación insoportable de una «moral nazi». El hecho de que en una sociedad tal pueda abusarse de un concepto de derecho no positivista es, sin duda, un inconveniente pero su peso no es muy grande. Por lo demás, cuando impera una «moral nazi», las leyes que la contradicen en medida extrema no se mantienen largo tiempo.

4.2.1.6. El argumento de la democracia

Lo aquí dicho con respecto al argumento del relativismo puede ser referido a una objeción posible en contra del concepto de derecho no positivista: la objeción de la democracia. Según ella, el concepto de derecho no positivista encierra el peligro de que el juez, invocando la justicia, se enfrente a las decisiones del legislador democráticamente legitimado.⁷⁸ Como aquí se trata de una intervención del Poder Judicial en el Legislativo, esta objeción puede ser formulada también como la objeción de la división de poderes.

Esta objeción pierde su fuerza si se toma en cuenta que el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en casos de extrema injusticia. Sólo tiene efecto en un ámbito central. El control del Tribunal Constitucional de las violaciones de derechos fundamentales en los Estados constitucionales democráticos va substancialmente mucho más lejos. Por ello, quien aduzca un argumento de democracia o de división de poderes en contra de la tesis débil de la vinculación aquí sostenida tendría que negar toda sujeción judicialmente controlable del legislador a los derechos fundamentales.

⁷⁸ Cfr., por ejemplo, Maus 1989: 193: «Fácilmente puede abusarse del argumento moral como sustituto de la democracia.»

4.2.1.7 El argumento de la inutilidad

La fórmula radbruchiana tiene importancia práctica sobre todo después del derrumbe de un régimen injusto. El fallo del Tribunal Constitucional Federal sobre la ciudadanía es un ejemplo al respecto. El argumento de la inutilidad sostiene que puede tomarse en cuenta la injusticia legal también de otra manera que a través de la negación de la calidad jurídica. Así, por ejemplo, el nuevo legislador tendría en sus manos la forma de eliminar la injusticia legal a través de una ley retroactiva.⁷⁹

• Para evaluar correctamente el argumento de la inutilidad, hay que distinguir entre los casos del derecho penal y los que no son de naturaleza jurídico-penal. El artículo 103, párrafo 2 LF formula el principio elemental del Estado de derecho «*Nulla poena sine lege*» como norma del derecho constitucional positivo. De esta manera, al legislador ordinario le está prohibido dictar leyes penales retroactivas. Esto puede generalizarse. Si el principio «*Nulla poena sine lege*» tiene rango constitucional, entonces en el ámbito del derecho penal no es posible afirmar que la promulgación de una ley retroactiva simple puede volver innecesaria la utilización de un concepto de derecho no positivista. Desde luego, podría pensarse en una reforma de la Constitución que permitiera, en casos de injusticia extrema, excepciones al principio «*Nulla poena sine lege*» y, con ello, también al principio «*Nullum crimen sine lege*». Sin embargo, bajo una Constitución que, como la Ley Fundamental en el artículo 79, párrafo 3, excluye de la libre disposición, también del legislador constituyente, los principios elementales del Estado de derecho, una tal disposición sería, por lo menos, problemática. A este problema jurídico se suma una cuestión fáctica. Aun cuando fuera jurídicamente admisible incluir en el principio «*Nulla poena sine lege*» una cláusula de excepción, sería sumamente dudoso que una cláusula tal pudiera obtener la mayoría calificada necesaria para llevar a cabo una reforma constitucional. Todo esto revela que la simple remisión al legislador no demuestra la inutilidad de la fórmula radbruchiana en todos los sistemas jurídicos y bajo todas las circunstancias.

⁷⁹ Cfr. Hart 1971: 44.

Si el principio «*Nulla poena sine lege*» tiene rango constitucional y es inmodificable o si, sin poseer rango constitucional, no puede ser restringido en tanto principio jurídico fundamental, entonces en los casos jurídico-penales el problema propiamente dicho no es el de la inutilidad de un concepto de derecho no positivista sino la cuestión de si el uso de un concepto tal de derecho no implica *un dejar de lado* el principio «*Nulla poena sine lege*». Desde luego, este problema no es idéntico al de la inutilidad. Será tratado dentro del marco del argumento siguiente, es decir, el de la honestidad. Así, pues, el argumento de la inutilidad debe ser limitado en lo esencial a casos que se encuentran fuera del ámbito del derecho penal. Aquí existe, en principio, la posibilidad de solucionar el problema de la injusticia legal a través de leyes retroactivas. Sin embargo, la cuestión consiste en saber qué debe hacer el juez cuando el legislador, por cualquier razón que sea, no actúa y, en virtud del derecho constitucional vigente, la injusticia legal no puede dejar de ser tomada en cuenta en la decisión que hay que tomar. ¿Debe entonces el juez pronunciar fallos basados en una extrema injusticia y que constituyen una injusticia extrema? Se podría pensar que el juez debe hacerlo a fin de motivar al legislador para que dicte leyes retroactivas. Pero, en innumerables casos, sobre todo de derecho civil, esto significaría que el ciudadano afectado tendría que aceptar un fallo para él desfavorable y que es extramadamente injusto a fin de que el legislador reaccione. En esta medida, el legislador sería tratado permanente o transitoriamente como un medio para provocar la actividad legislativa. Esto es incompatible con sus derechos fundamentales. Ya esto muestra que la referencia a la mera posibilidad de una ley retroactiva no basta para poner de manifiesto la inutilidad de un concepto de derecho no positivista. Si el legislador no hace ningún uso de esta posibilidad y si, sobre la base del derecho constitucional vigente, la injusticia legal, no puede ser declarada irrelevante para la decisión que hay que tomar, entonces es necesario utilizar un concepto de derecho no positivista a fin de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano.

A este argumento, que apunta a los derechos del ciudadano, se suma un segundo argumento que se apoya en la pretensión de corrección. Tal como se expusiera más arriba, todo fallo judicial formula necesariamente una pretensión de co-

rrección. Un fallo basado en una injusticia extrema y que constituya una injusticia extrema no satisface, en extrema medida, esta pretensión. Por ello, hay dos razones que fuera del ámbito del derecho penal desvirtúan el argumento de la inutilidad y hablan en favor de la necesidad de un concepto de derecho no positivista: el respeto a los derechos del ciudadano y la pretensión de corrección.

4.2.1.8. El argumento de la honestidad

El argumento de la honestidad dice que, en los casos jurídico-penales, el concepto de derecho no positivista conduciría a un abandono del principio «*Nulla poena sine lege*». Hart ilustra este argumento sobre la base de un caso decidido en el año 1949 por el Tribunal Superior de Bamberg.⁸⁰ Una mujer que quería desprenderse de su marido lo denunció a las autoridades en 1944 diciendo que durante unas vacaciones del frente había formulado comentarios despectivos sobre Hitler. El marido fue detenido y, aplicando disposiciones que sancionaban este tipo de manifestaciones, fue condenado a muerte; luego se dejó sin efecto la ejecución y fue enviado al frente. En 1949, la mujer fue demandada por privación ilegal de la libertad. El Tribunal Superior de Bamberg, que tuvo que decidir en última instancia este caso, la declaró culpable. El Tribunal consideró que la pena de muerte era conforme a derecho pues como las leyes penales nacionalsocialistas que le habían servido de base, sólo ordenaban «una omisión, es decir, callar», la condena no había sido dictada sobre la base de una «ley manifiestamente contraria al derecho natural». ⁸¹ La mujer fue condenada recurriendo a una construcción jurídico-penal discutible según la cual puede cometerse una privación punible de la libertad también en el caso en que el actor inmediato, es decir, en este caso el tribunal, actúe conforme a derecho. La denuncia habría sido contraria a derecho porque habría «violado la sensibilidad de equidad y justicia de toda persona que piense decentemente». Aquí se dejará de lado la

⁸⁰ OLG Bamberg, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1950, columna 207.

⁸¹ *Ibidem*, columna 208 s.

corrección dogmático-penal de esta construcción.⁸² Tampoco ha de interesarnos el hecho de que Hart, como el mismo lo señalara después⁸³, presentara el caso falsamente al sostener que el Tribunal Superior de Bamberg logró su resultado negando validez jurídica a las leyes nacionalsocialistas en las que se basaba la condena de muerte.⁸⁴ Si, siguiendo al Tribunal Superior de Bamberg, no se considera que una ley que castigue con pena de muerte el expresar juicios despectivos sobre un dictador es extremadamente injusta porque simplemente ordena una omisión, basta imaginarse el caso hipotético de una mujer que denuncia a su marido porque en una dictadura no participa en acciones de muerte extremadamente injustas que le están legalmente ordenadas. Según la concepción del Tribunal Superior de Bamberg, la mujer debía ser condenada porque el fallo resultado de la denuncia había sido antijurídico.

Hart objeta contra esto:

«Naturalmente, habían otras dos posibilidades. Una era dejar sin castigar a la mujer; uno puede sentir simpatía y aprobación por la concepción según la cual ésta hubiera sido una mala solución. La otra era aceptar el hecho de que para que la mujer fuera castigada, debería promulgarse una ley manifiestamente retroactiva, con plena conciencia de lo que se sacrifica para llegar a su castigo a través de esta vía. Por más repugnantes que puedan ser una legislación penal retroactiva y el castigo en ella basado, ello hubiera tenido, al menos, el mérito de

⁸² Habría que preguntarse, sobre todo, si la tesis según la cual la denuncia lesiona «la sensibilidad de la equidad y la justicia de toda persona que piense decentemente» en una medida tal que era antijurídica y, por lo tanto, punible, no implica que el fallo, por su propio contenido, era ya injusto. ¿Puede la denuncia lesionar «la sensibilidad de la equidad y de la justicia de toda persona que piense decentemente» de una manera tal que ella fuera antijurídica y, por lo tanto, punible, aun cuando el fallo no fuera injusto en ningún sentido? Si a esto se da una respuesta negativa, la cuestión decisiva es la de saber si la punibilidad de la denuncia tan sólo presupone que el fallo era de alguna manera injusto o si se exige un carácter extremo y, por lo tanto, evidente de injusticia del fallo.

⁸³ Hart 1961: 234 s.

⁸⁴ *Ibidem* 1971: 44.

la honestidad. Hubiera puesto claramente de manifiesto que para castigar a la mujer hubo que elegir entre dos males: el de dejarla sin castigo y el de renunciar a un principio que es caro para la mayoría de los sistemas jurídicos.»⁸⁵

El argumento de la honestidad es el argumento más fuerte en contra del concepto de derecho no positivista. Sin embargo, no lo derrumba. El no positivista dispone de una salida al dilema planteado por Hart. Puede negar la calidad jurídica de una ley injusta que implica autorizar la denuncia y, sin embargo, llegar a la no punibilidad. Para ello, tan sólo necesita aplicar la máxima «*Nulla poena sine lege*» a todas las normas promulgadas y vigentes y sólo a ellas, independientemente de su contenido injusto. Entonces, la fórmula radbruchiana, a fin de proteger al ciudadano, quedaría restringida al campo del derecho penal a través de la máxima «*Nulla poena sine lege*». Por lo tanto, tendría efecto sólo fuera del derecho penal. Es preferible, sin embargo, otra respuesta. La fórmula radbruchiana conduce sólo a la punibilidad de aquellos hechos cuyo contenido de injusticia es tan extremo y, por lo tanto, tan evidente que es más fácilmente reconocible que en muchos casos penales habituales.⁸⁶ Desde luego, esto es aceptable cuando, como en el caso de la denunciante, no se trata de crear, con la ayuda del concepto de derecho no positivista, normas que fundamenten la punibilidad sino de eliminar la injusticia legal que conduce a una exclusión de la punibilidad. Si la injusticia de estas normas es tan extrema y, por lo tanto, tan evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse de retroactividad encubierta. Pues la injusticia era ya clara cuando el hecho fue cometido y en ese momento era tan extrema y, por lo tanto, evidente, que cualquiera podía percibirla; cuando se cometió el hecho, estas normas no eran derecho alguno que pudiera conducir a la exclusión de la punibilidad. Por ello, no se modifica retroactivamente la situación jurídica sino que tan sólo se constata cuál era la situación jurídica en el momento de la realización del acto. Si el argumento de la injusticia es limitado a la tesis dé-

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Así correctamente Ott 1988: 355.

bil de la vinculación, es decir, si sólo vale cuando la injusticia es extrema y, por lo tanto, evidente, entonces no puede hablarse de una retroactividad encubierta y tampoco de falta de honestidad.

4.2.1.9. Resultado

Si se echa una mirada a los argumentos en pro y en contra del argumento de la injusticia referido a las normas aisladas en su versión débil, tal como se expresa en la fórmula radbruchiana, se constata que las razones que hablan en favor de este argumento son más fuertes que las objeciones. Todas las objeciones han podido ser debilitadas hasta el punto de lograr, al menos, un empate. Además, se adujeron argumentos en favor de la preferibilidad del argumento de la injusticia. Así, en el marco del argumento de la efectividad, pudo hacerse referencia a un efecto de riesgo que, también en un Estado injusto, puede ejercer una cierta influencia en contra de la injusticia legal. Especial relevancia tiene la necesidad del concepto de derecho no positivista después del derrumbe de un Estado injusto, tal como se expusiera dentro del marco del argumento de la inutilidad. Si el nuevo legislador permanece inactivo y si la injusticia legal no puede ser declarada irrelevante para la decisión que hay que tomar sobre la base del ahora vigente derecho constitucional, ello es una consecuencia del respeto a los derechos del ciudadano y de la pretensión de corrección, que necesariamente está vinculada con los fallos judiciales. Para el ámbito del derecho penal, pudo mostrarse que el argumento de la injusticia en su versión débil es compatible con el principio «*Nulla poena sine lege*». Sin embargo, también se mostró que la refutación de una serie de objeciones depende del hecho de que, por lo menos, algunas exigencias morales mínimas sean susceptibles de fundamentación racional. Se trata aquí del núcleo de derechos humanos elementales. Si una tal fundamentación no tuviese éxito, entonces los adversarios positivistas del argumento de la injusticia serían refutados sólo con relación a una praxis jurídica que se encuentra en la tradición de los derechos humanos. Esta no sería, por cierto, una refutación en sentido estricto pero, desde un punto de vista práctico, se aproximaría a una tal refutación.

4.2.2. Sistemas jurídicos

Cabe preguntarse si el argumento de la injusticia puede ser referido sólo a normas aisladas o también al sistema jurídico como un todo. Más arriba se constató que, ya desde la perspectiva del observador, los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no pueden ser clasificados como sistemas jurídicos.⁸⁷ Allí se señaló que esto tiene pocas consecuencias prácticas porque, por lo general, los sistemas normativos efectivamente existentes formulan una pretensión de corrección, por menos justificada que ella pueda ser. Problemas prácticos importantes surgen sólo cuando esta pretensión es formulada pero no satisfecha. El argumento de la injusticia interviene cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema. La cuestión es, pues, saber si resultan entonces consecuencias que afectan al sistema jurídico como un todo, es decir, que van más allá de la mera suma de las consecuencias en normas aisladas extremadamente injustas.

Un argumento de este tipo referido al sistema se encuentra en Martin Kriele. Su punto de partida es la tesis según la cual es «un deber ético prestar obediencia al derecho siempre que el derecho 'en general' tenga en cuenta la ética».⁸⁸ Según Kriele, esta condición queda satisfecha si el sistema jurídico se basa en los principios del Estado constitucional democrático. No se la cumple en las dictaduras totalitarias. Todo el argumento apunta al deber jurídico como deber ético y a la cuestión a ello vinculada de la legitimidad de los sistemas jurídicos y de las normas jurídicas aisladas.

Esto último significa que el problema que tiene en mira Kriele no es el mismo que aquí hay que tratar. Una legitimidad deficiente no tiene que traer consigo un carácter jurídico deficiente y es posible que una norma que tenga que ser calificada de jurídica ordene algo que contradice un deber ético. Así, el propio Kriele habla de «derecho inmoral».⁸⁹ Por ello, para poder llegar al problema que aquí nos ocupa, hay que re-

⁸⁷ Cfr. supra III. 3.2.

⁸⁸ Kriele 1979: 117.

⁸⁹ *Ibidem* 125.

formular el argumento de Kriele de forma tal que apunte al carácter jurídico. Según la variante de un argumento tal como el que aquí hay que considerar, un sistema normativo pierde su carácter jurídico si, en general, es extremadamente injusto. Esta fórmula puede ser interpretada diferentemente. Aquí serán consideradas dos interpretaciones: la tesis de la irradiación y la tesis del derrumbe.

4.2.2.1. La tesis de la irradiación

La tesis de la irradiación dice que la falta de carácter jurídico de las normas substantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema y, en este sentido, ejerce una irradiación sobre ellas. La tesis de la irradiación es sostenida —dentro de su planteamiento— por Kriele. Así lo pone de manifiesto su tesis según la cual:

«también en los Estados totalitarios existe una legitimidad legal inmediata, es decir, en leyes que no son típicas del sistema y excepcionalmente están de acuerdo con la moralidad. Leyes acerca del cumplimiento de los contratos, la celebración del matrimonio, la prohibición del asesinato o reglas del tráfico por carreteras son también en tales Estados reconocidas como legítimas porque estarían justificadas, también si se las midiera con pautas esclarecidas. La legitimidad de estas leyes no existe a causa sino a pesar de su origen en el sistema totalitario con el cual se encuentran en una conexión externa pero no interna.»⁹⁰

Si se sigue un argumento de esta estructura, entonces una norma aislada en un sistema jurídico extremadamente injusto pierde su carácter jurídico no sólo cuando como norma aislada es extremadamente injusta. Para la pérdida del carácter jurídico basta que, en tanto norma «típica del sistema», comparta el carácter de injusticia de todo el sistema, algo que es posible también por debajo del umbral de la injusticia ex-

⁹⁰ *Ibidem* 125 s.

trema. Con ello, la tesis de la irradiación conduce a un caso típico de un argumento de la totalidad. Un elemento individual tiene una determinada propiedad que no tendría en una consideración aislada porque es parte de un todo con esta determinada propiedad. Este argumento de la totalidad puede explicar fácilmente cómo, en caso de injusticia extrema, pueden resultar consecuencias para el carácter jurídico de un sistema normativo como un todo, que van más allá de una mera suma de las consecuencias en normas aisladas extremadamente injustas. La cuestión es saber si la tesis de la irradiación y, con ella, el argumento de la totalidad, es aceptable. El punto decisivo para la respuesta de esta pregunta es que no se trata de la corrección moral, de la justicia o del mantenimiento de pautas esclarecidas sino del carácter jurídico. El análisis del argumento de la injusticia bajo la forma de la fórmula radbruchiana referido a la norma aislada ha mostrado que la seguridad jurídica es un argumento central en contra de la denegación del carácter jurídico a normas dictadas conforme al sistema jurídico y socialmente eficaces. Sólo en casos de extrema injusticia, debido a su relativamente fácil reconocibilidad, podía dejarse de lado el argumento de la seguridad jurídica. Lo mismo vale para los sistemas jurídicos como un todo. La seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de la injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema. Una norma puede participar en mayor o en menor medida en el contenido de injusticia del sistema total. Puede ser en mayor o en menor medida típica del sistema. ¿Toda participación, hasta una muy reducida, ha de eliminar su carácter jurídico? En caso afirmativo, ¿cómo ha de reconocerse si una norma participa aunque más no sea muy reducidamente en el contenido de injusticia del sistema en su totalidad? ¿Es ya tal el caso cuando ocasionalmente es interpretada y aplicada de forma típicamente sistémica aun cuando podría ser interpretada de otra manera? ¿Si una participación reducida no basta, qué medida ha de exigirse? ¿Cómo ha de determinarse esta medida de forma tal que satisfaga la seguridad jurídica? Estas preguntas ponen claramente de manifiesto que toda denegación del carácter jurídico por debajo del umbral de la injusticia extrema trae como

consecuencia una considerable pérdida de seguridad jurídica. En el caso de la injusticia extrema, el desplazamiento del principio de la seguridad jurídica es todavía aceptable. Pero no lo es una limitación mayor. Esto significa que, cuando se trata del carácter jurídico, hay que atenerse al criterio de la injusticia extrema y que este criterio tiene que ser referido a las normas aisladas y sólo a ellas. La tesis de la irradiación puede ser plausible en otros contextos; como tesis sobre el carácter jurídico, no es convincente. Por ello, no puede conducir a que del carácter de injusticia de un sistema total resulten consecuencias que vayan más allá de la aplicación del argumento de la injusticia a las normas aisladas.

4.2.2.2. La tesis del derrumbe

Por lo tanto, la cuestión es ahora saber si con la segunda interpretación resulta algo diferente. Esta es la interpretación que elige quien interpreta en el sentido de la tesis del derrumbe el enunciado según el cual un sistema normativo pierde su carácter jurídico cuando, en general, es extremadamente injusto. A diferencia de la tesis de la irradiación, la del derrumbe sostiene que, por razones morales, una norma aislada pierde su carácter jurídico sólo si es extremadamente injusta. Su base está pues constituida por el argumento de la injusticia bajo la forma de la fórmula radbruchiana aplicada a una norma aislada y por lo que respecta a ella no se agrega nada. La referencia al sistema total se establece a través de la afirmación de que el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico.

En la tesis del derrumbe es correcto que el carácter de un sistema jurídico puede cambiar fundamentalmente si se niega el carácter jurídico a muchas de sus normas aisladas, especialmente a las normas aisladas que tienen importancia para el sistema. En este caso, puede hablarse también de un cambio de la identidad substancial del sistema jurídico y en este sentido —pero, sólo en este sentido— de un derrumbe del viejo sistema. Sin embargo, lo decisivo es aquí que en otro

sentido —que no apunta a la identidad substancial sino a la existencia de un sistema como sistema jurídico— no puede hablarse de un derrumbe. Aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico. Supongamos un sistema jurídico cuya Constitución autorice ilimitadamente a un dictador a imponer normas. Supongamos que las normas sancionadas por el dictador sobre la base de esta autorización sean en un 30% extremadamente injustas, en un 20% injustas pero no en grado sumo, un 20% indiferentes desde el punto de vista de la justicia y 30% acordes con la justicia. En el caso del 30% de las normas extremadamente injustas se trata de normas que confieren al sistema su carácter específico de sistema injusto. En el caso del 30% de las normas conformes con la justicia, se trata de normas del derecho de contratos, del derecho penal y del derecho social. De acuerdo con la fórmula radbruchiana, habría que negar carácter jurídico sólo a las normas que pertenecen al 30% de extrema injusticia. La fórmula no es aplicable al restante 70%. La existencia del sistema jurídico correría pues peligro sólo si el 30% de injusticia extrema influyera en la norma de autorización de forma tal que ésta, en toda su extensión, perdiera su carácter jurídico por ser extremadamente injusta. En ese caso, también el restante 70% de las normas pertenecientes al sistema perdería su fundamento de validez. En tanto sistema construido escalonadamente, el sistema jurídico perdería su existencia y, en este sentido, se derrumbaría. Sólo una clase parcial de las normas podría ser clasificada como un sistema basado en el derecho consuetudinario o en el derecho natural. Este sería ya otro sistema, no obstante la identidad parcial de las normas.

Esto último pone de manifiesto que habría que recurrir a construcciones relativamente artificiales si se quisiera negar en toda su extensión el carácter jurídico a una norma de autorización porque sobre su base se impone o se puede imponer una injusticia extrema. Las normas jurídicas que hubieran sido dictadas conforme a las normas de autorización socialmente eficaces tendrían que ser clasificadas como derecho

consuetudinario o natural a fin de poder explicar su validez. Para comprender que esto no es tampoco objetivamente adecuado, basta modificar el ejemplo mencionado en el sentido de que ya no se trata de un dictador sino de un parlamento democráticamente elegido el que hace uso de la autorización para promulgar normas en la forma descrita. En este caso desaparece la objeción según la cual es extremadamente injusto autorizar ilimitadamente a una persona a que dicte normas. Bajo este presupuesto, la norma de autorización no sería extremadamente injusta. Esto es sólo una clase parcial de sus resultados. Pero, esto significa que el 30% de injusticia extrema no provoca la pérdida del carácter jurídico de la norma de autorización en tanto tal.⁹¹ Por ello no se derrumba el sistema jurídico como un todo.

Con esto cabe constatar que la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas.⁹²

4.3. El argumento de los principios

El argumento de la injusticia apunta a una situación excepcional: la de la ley extremadamente injusta. En el argumento de los principios se trata de la vida jurídica cotidiana. Su punto de partida está constituido por un conocimiento de la metodología jurídica con respecto al cual existe acuerdo entre positivistas y no positivistas. Como dice Hart, todo dere-

⁹¹ Es significativo que en su fallo sobre el concordato, el Tribunal Constitucional Federal no mencione el problema aquí analizado, sino que se limite a la cuestión inversa, es decir, si las normas basadas en la Ley de concesión de plenos poderes del 24 de marzo de 1933 deben necesariamente ser consideradas como derecho válido; la respuesta es negativa: «Con el reconocimiento del nuevo orden de competencia, todavía no se ha dicho nada acerca de si las leyes y ordenanzas dictadas sobre su base pueden ser reconocidas como derecho válido. Para ello interesa su *contenido*. No pueden ser reconocidas como derecho válido si violan la esencia y el contenido posible del derecho.» (BVerfGE 6, 309 (331 s.).

⁹² En cambio, tiene importancia el carácter del sistema total bajo otro aspecto, es decir, el del reconocimiento internacional de los Estados y gobiernos. Aquí se trata de la colisión entre el principio de eficacia y el de legitimidad; en la teoría y en la práctica del reconocimiento, predomina el primero (cfr., por ejemplo, Ipsen 1990: 237).

cho positivo posee una estructura abierta (*open texture*).⁹³ Hay varias razones para que ello sea así. Especial importancia tienen la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de una norma.⁹⁴ Puede, en este sentido, hablarse de un «ámbito de apertura» del derecho positivo, que puede ser más o menos amplio pero que existe en todo sistema jurídico. Un caso que cae en el ámbito de apertura puede ser llamado un «caso dudoso».

Desde el punto de vista de la teoría positivista, este hecho puede ser interpretado sólo de una manera. Por definición, en el ámbito de apertura del derecho positivo, no puede decidirse sobre la base del derecho positivo pues si tal fuera el caso, no se estaría en el ámbito de apertura. Como sólo el derecho positivo es derecho, en el ámbito de apertura el juez tiene que decidir en todos los casos dudosos sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas. En esta medida, está autorizado por el derecho positivo —de una manera básicamente igual a la del legislador— a crear nuevo derecho sobre la base de pautas extrajurídicas.⁹⁵ Hace ya más de cien años, John Austin lo formuló con las siguientes palabras: «*So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all.*»⁹⁶

En cambio, el argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral.⁹⁷ A ello responde la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en el ya mencionado fallo sobre la creación judicial del derecho:

»El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder es-

⁹³ Hart 1961: 124.

⁹⁴ Cfr. Alexy 1991a: 17 s.

⁹⁵ Cfr., por ejemplo, Kelsen 1960: 350 s.

⁹⁶ J. Austin 1885: 664.

⁹⁷ En este sentido también Bydlinski 1982 ss., quien llama a su argumento «argumento metodológico», y Dworkin con su interpretación del derecho como praxis interpretativa: «*Law is an interpretative concept*» (Dworkin 1986: 87, 410; cfr. al respecto Bittner 1988: 20 ss.; Strolz 1991: 98 ss.).

tatal, puede existir circunstancialmente un plus de derecho.»⁹⁸

La base del argumento de los principios está constituida por la distinción entre reglas y principios.⁹⁹ Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas «mandatos definitivos». Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son *mandatos de optimización*. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.

La vía desde esta distinción teórico-normativa hasta la conexión necesaria entre derecho y moral transcurre a través de tres tesis que habrán de ser llamadas la «tesis de la incorporación», la «tesis moral» y la «tesis de la corrección». La conexión necesaria que puede fundamentarse con la ayuda de estas tres tesis es, primero, de naturaleza conceptual; tiene, segundo, un carácter puramente cualificante y no —como en el caso del argumento de la injusticia— un carácter clasificante y, tercero, existe sólo para un participante y no para un observador del sistema jurídico.

4.3.1. La tesis de la incorporación

La tesis de la incorporación dice que todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente princi-

⁹⁸ BVerfGE 34, 269 (287).

⁹⁹ Cfr. al respecto Dworkin 1984: 54 ss.; Alexy 1985: 71 ss.; Sieckmann 1990: 52 ss.

pios. Una incorporación es fácilmente constatable cuando se trata de un sistema jurídico plenamente desarrollado. El sistema jurídico de la República Federal de Alemania ofrece un ejemplo instructivo. La Ley Fundamental ha incorporado —con los principios de la dignidad de la persona (artículo 1, párrafo 1 LF), de la libertad (artículo 2, párrafo 1 LF), de la igualdad (artículo 3, párrafo 1 LF), del Estado de derecho, de la democracia y del Estado social (artículos 20, 28, párrafo 1 LF)— al sistema jurídico de la República Federal de Alemania los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado como principios del derecho positivo. Lo mismo vale para todos los sistemas de Estado de derecho democráticos, cualesquiera que sean las técnicas de incorporación y el peso relativo que se les otorgue a estos principios.

Ningún positivista discutirá esto siempre que admita que, además de las reglas, también los principios pertenecen al sistema jurídico. Pero, no admitirá que de aquí resulta alguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Para ello dispone de varios argumentos. El primero de ellos sostiene que es exclusivamente una cuestión de derecho positivo la de si determinados principios están incorporados o no.¹⁰⁰ Si esto fuera correcto, entonces el argumento de los principios fracasaría ya en la primera grada. Podría, cuando más, sostener una conexión entre derecho y moral fundamentada a través del derecho positivo, algo que sería conciliable con el positivismo jurídico ya que el positivismo no niega que el derecho positivo —como lo expresa Hoerster— pueda «garantizar que se tome en cuenta la moral».¹⁰¹ Tan sólo insiste en que es el derecho positivo el que decide si ello debe hacerse o no.

La cuestión no es pues saber si sólo algunos sistemas jurídicos, en virtud del derecho positivo, poseen normas con estructura de principios sino si todos los sistemas las poseen necesariamente. Esta cuestión debe ser respondida desde la perspectiva de un participante, o sea, desde la perspectiva del juez, que es quien tiene que decidir un caso dudoso, es decir, un caso que se encuentra en el ámbito de apertura del sistema jurídico, o sea que no puede ser resuelto sobre la base del

¹⁰⁰ Hoerster 1987: 186; del mismo autor, 1986 2481.

¹⁰¹ Hoerster 1987: 186.

material dotado de autoridad dado de antemano. Un criterio que puede utilizarse para saber si el juez se apoya en principios es el de averiguar si lleva a cabo o no una ponderación. Vale el siguiente enunciado: cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios. Ello es así porque una ponderación es necesaria si y sólo si existen razones opuestas que, tomadas en sí mismas, constituyen razones para una decisión pero no conducen, sin más, a una decisión definitiva porque existe otra razón que exige otra decisión. Este tipo de razones o bien son principios o se apoyan en ellos.¹⁰²

Un positivista puede admitir esto y, sin embargo, rechazar que de aquí se siga que todos los sistemas jurídicos en los cuales en casos dudosos los jueces realizan ponderaciones contengan principios. Puede sostener que el mero hecho de la ponderación no significa todavía que los principios entre los cuales se pondera pertenezcan al sistema jurídico. Los principios serían meros principios morales o como quiera llamárseles y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico sino extrajurídico. A ello puede responderse que para un participante el sistema jurídico no es sólo un sistema de normas en el sentido de resultados sino también un sistema de procedimientos y que, desde el punto de vista del participante, las razones que toma en cuenta en el procedimiento de decisión y fundamentación, pertenecen al procedimiento y, por lo tanto, también al sistema.

Un adversario del argumento del principio no tiene por qué darse por satisfecho con esto. Puede objetar que del simple hecho de que el juez, en el procedimiento de decisión y fundamentación, tome en cuenta determinadas razones, es decir, principios, no puede todavía inferirse que ellos pertenezcan al sistema. Sin embargo, esta objeción puede ser eli-

¹⁰² Günther considera que la distinción entre reglas y principios no debería ser entendida como una distinción entre dos tipos de normas sino exclusivamente como una distinción entre dos tipos de aplicación de las normas (Günther 1988: 272 ss.). A ello cabe responder que un modelo que refleje la distinción tanto a nivel de la norma como a nivel de la aplicación es más rico en contenido. Puede explicar por qué tiene lugar un determinado tipo de aplicación. Por lo demás, no puede renunciarse a la distinción entre reglas y principios porque sólo con su ayuda conceptos tales como los de restricción de un derecho pueden ser adecuadamente reconstruidos (cfr. Alexy 1985: 249 ss.).

minada con la ayuda del argumento de la corrección. Como se expuso más arriba, un fallo judicial encierra necesariamente una pretensión de corrección.¹⁰³ A causa de su vinculación necesaria con el fallo judicial, ésta es una pretensión jurídica y no meramente moral. A esta pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla, sin que importe cuál sea la consecuencia jurídica de la violación de este deber. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleve a cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible. Así, no se cumple la pretensión de corrección si en un caso dudoso un juez elige una de las dos decisiones conciliables con el material dotado de autoridad aduciendo la siguiente fundamentación: «Si hubiese ponderado hubiese llegado a otra decisión; pero no he ponderado». Con esto se ve claramente que en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico.

Al adversario del argumentos de los principios le queda todavía una última salida. Puede sostener que son concebibles sistemas jurídicos en los cuales ningún caso puede ser considerado como dudoso de forma tal que en ningún caso interesa una ponderación. Como en tales sistemas jurídicos podría decidirse sin tomar en cuenta los principios, no es correcta la tesis que sostiene que todos los sistemas jurídicos necesariamente contienen normas con la estructura de principios. Es una cuestión empírica interesante la de saber si han existido sistemas jurídicos en los cuales ningún caso era considerado como dudoso, de forma tal que en modo alguno interesaba una ponderación. Esta cuestión no será estudiada aquí. En todo caso, un sistema tal no sería ni siquiera un sistema jurídico mínimamente desarrollado. Por lo tanto, vale el enunciado: a partir de un estadio mínimo de desarrollo, todos los sistemas jurídicos contienen necesariamente principios. Esto basta como base para la fundamentación de una con-

¹⁰³ Cfr. supra, III. 4.1.

ción necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios. Por ello, a la tesis de que todos los sistemas jurídicos contienen necesariamente principios puede incorporarse la restricción contenida en el enunciado que dice que ello vale, por lo menos, para los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados sin que por ello fracase el argumento de los principios.

4.3.2. La tesis moral

Del hecho de que todos los sistemas jurídicos, a partir de un mínimo estadio de desarrollo, necesariamente contengan normas con la estructura de principios no se sigue que exista una conexión necesaria entre derecho y moral. Así, por ejemplo, el mero hecho de que en todos los sistemas jurídicos del tipo de Estado de derecho democrático estén incorporados los principios fundamentales de la moderna moral del derecho y del Estado, no fundamenta ninguna conexión necesaria entre derecho y moral. Todo positivista puede decir que la incorporación de justamente estos principios se basa en el derecho positivo. En una formulación radical, podría decirse que siempre es una cuestión del derecho positivo el que los principios que pertenecen a un sistema jurídico creen o no una conexión entre derecho y moral.

Para responder a esto, hay que distinguir entre dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: una débil y otra fuerte. En su versión débil, esta tesis dice que existe una relación necesaria entre el derecho y *alguna* moral. Según la versión fuerte, existe una conexión fuerte entre el derecho y la moral *correcta*. Aquí habrá de interesar, por lo pronto, sólo la versión débil. Se trata, pues, de la tesis según la cual la presencia necesaria de principios en un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta tesis será llamada «*tesis moral*».

La tesis moral es válida si entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección siempre se encuentran algunos que pertenecen a alguna moral. Tal es el caso. En los casos dudosos, de lo que se trata es de encontrar una respuesta a una cuestión práctica que no puede obtenerse inequívocamente del material dotado de autoridad previamente dado. Solucio-

nar una cuestión práctica en el ámbito del derecho significa decir qué es lo debido. Quien quiera decir qué es lo debido sin que pueda apoyar su decisión exclusivamente en decisiones de una autoridad tiene que tomar en cuenta todos los principios relevantes si quiere satisfacer la pretensión de corrección. Pero, entre los principios relevantes para la solución de una cuestión práctica se encuentran siempre también aquellos que pertenecen a alguna moral. Estos principios no necesitan ser tan abstractos como los de la libertad o los del Estado de derecho. A menudo son relativamente concretos, como los de la protección de la confianza o los de la protección del medio ambiente. Por lo que respecta a su contenido, pueden también ser muy diferentes de los principios de un Estado democrático de derecho; tal es el caso del principio de la no discriminación racial. Lo único que importa aquí es que estos principios son siempre, al mismo tiempo, principios de alguna moral, sea ésta correcta o no.

Un positivista podría objetar que esto es compatible con su teoría. El positivismo subrayaría justamente que en casos dudosos el juez tiene que decidir sobre la base de pautas extrajurídicas, lo que incluiría la decisión sobre la base de principios morales.¹⁰⁴ Pero, con esto no toca el punto decisivo. Este consiste, primero, en que los principios, de acuerdo con la tesis de la incorporación, son necesariamente elementos constitutivos del sistema jurídico y, segundo, de acuerdo con la tesis moral, incluyen necesariamente algunos que pertenecen a una moral. Esta doble característica, la necesaria pertenencia simultánea al derecho y a la moral, significa que la decisión del juez en los casos dudosos tiene que ser interpretada de manera diferente a como se hace en las teorías positivistas. Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas. Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas.

¹⁰⁴ Cfr. Hart 1961: 199: «*The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideals.*»

4.3.3. La tesis de la corrección

Hasta ahora tan sólo se ha mostrado que el argumento de los principios conduce a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral. La objeción sugiere que esto es demasiado poco. Cuando se habla de una conexión necesaria entre derecho y moral, lo que por lo general se quiere decir es que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. Esto valdría especialmente para la perspectiva del participante. Efectivamente esta objeción afectaría al no positivista si el argumento de los principios no lograra establecer ninguna conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. La *tesis de la corrección* afirma que tal es el caso. La tesis de la corrección es el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios.

La tesis de la corrección no plantea dificultad alguna cuando los principios del derecho positivo tienen un contenido que es exigido o, al menos, está permitido moralmente. Como ejemplos pueden servir los seis principios básicos de la Ley Fundamental alemana, es decir, los de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, del Estado de derecho, de la democracia y del Estado social. En tanto mandatos de optimización, estos principios exigen su realización más amplia posible. Conjuntamente exigen la realización aproximada de un ideal jurídico, es decir, el ideal del Estado de derecho democrático y social.¹⁰⁵ Cuando estos principios o sus numerosos subprincipios son relevantes en un caso dudoso, el juez está jurídicamente obligado a llevar a cabo una optimización referida al caso concreto. Y de lo que aquí se trata es de dar una respuesta a una cuestión jurídica que, por su contenido, también es una cuestión de la moral política. Al menos una parte de los argumentos con los cuales el juez fundamenta el resultado de su ponderación tiene, por su contenido, el carácter de los argumentos morales. De aquí se sigue que la pretensión de corrección necesariamente vinculada con la decisión incluye una pretensión de corrección moral. En esta medida, en sistemas jurídicos cuyos principios jurídico-positivos tienen

¹⁰⁵ R. Dreier 1986: 30 s.

un contenido moralmente exigido o al menos moralmente admisible, existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta.

Un adversario del argumento de los principios puede objetar que sólo en sistemas moralmente justificados ello conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta pero no a una conexión necesaria que valga para todos los sistemas jurídicos. Puede mencionar al respecto sistemas jurídicos como el del nacionalsocialismo que, con los principios¹⁰⁶ del líder y de la raza, contenía principios totalmente diferentes a los de la Ley Fundamental. ¿Cómo, podría preguntarse, ha de conducir la aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios a una vinculación necesaria entre el derecho y la moral correcta?

El argumento de los principios roza ahora el argumento de la injusticia. Pero, ello no habrá de interesar aquí. Lo decisivo es que también el juez que aplica el principio de la raza y del líder formula con su decisión una pretensión de corrección. La pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamentable en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto sino que se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta. De esta manera la conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral que se extiende también a los principios subyacentes.

Un crítico podría objetar que, de esta manera, la vinculación entre derecho y moral se afloja de una forma tal que ya no podría hablarse de una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. Se trataría, primero, tan sólo de una pretensión y no de su realización y, segundo se habla simple-

¹⁰⁶ Cfr., por ejemplo, Stuckart/Globke 1936: 7: «Los conductores responsables del Estado tienen que examinar cómo está compuesto racialmente el pueblo que les ha sido confiado y orientar sus medidas de forma tal que, por lo menos, pueda evitarse una pérdida considerable de los mejores valores raciales y se refuerce lo más posible el núcleo del pueblo» y 13: «De la idea de la raza se sigue así necesariamente la idea del líder. El Estado popular tiene pues que ser necesariamente un Estado de líder.»

mente de una moral correcta pero no se dice en qué consiste ésta. Ambas observaciones son acertadas pero, sin embargo, no hacen caer la tesis de la vinculación.

Es fácil reconocer que fuera del ámbito del argumento de la injusticia, es decir, antes del umbral de la injusticia extrema, sólo la pretensión y no su realización puede crear una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. Quien apunte a la realización dice demasiado. Sostiene que el derecho, es decir, también cada decisión judicial, cumple necesariamente la pretensión de corrección moral; dicho brevemente: que el derecho es siempre moralmente correcto. Esto último implica que todo lo que no es moralmente correcto no es derecho. El análisis del argumento de la injusticia ha mostrado que no es posible sostener una tesis tan fuerte. Por ello, aquí no puede tratarse de una conexión clasificante sino tan sólo de una cualificante. Antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierdan el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante). La pretensión de corrección necesariamente vinculada con el derecho es, a causa del hecho de que incluye una pretensión de corrección moral, la razón por la cual antes del umbral de la injusticia extrema una violación de la moral correcta conduce a una pérdida de la cualidad jurídica pero no necesariamente a la deficiencia jurídica. Se puede llamar «duro» al contexto clasificante y «débil» al cualificante. También conexiones débiles pueden ser necesarias.

Queda la objeción de que el mero recurso a una moral correcta es demasiado poco. Esta objeción no puede ser eliminada mediante la indicación de un sistema amplio de reglas morales que permita en todos los casos un juicio seguro acerca de si una norma jurídica o un fallo judicial lo violan. Mientras que, más allá del umbral de la extrema injusticia, existe amplio acuerdo en el sentido de qué es lo que lesiona la moral, antes de este umbral impera una gran disparidad. Sin embargo, esto no significa que en este ámbito no exista ninguna pauta con respecto a aquello que es justo o injusto. La clave para ello es la pretensión de fundamentabilidad implicada por la pretensión de corrección. Ella conduce a las exigencias

que, por lo menos, debe satisfacer una moral a fin de no ser identificada como falsa moral e igualmente a las exigencias que una moral tiene que cumplir en una medida lo más alta posible a fin de poder aspirar a ser una moral correcta.¹⁰⁷ Un ejemplo de una fundamentación de un principio que no satisface estas exigencias es la fundamentación del principio racista en el comentario de Stuckart y Globke:

«Sobre la base del más estricto conocimiento científico, sabemos hoy que la persona, hasta en las más profundas e inconscientes sensaciones de su espíritu y también hasta en las más pequeñas fibras cerebrales se encuentra en la realidad y en la inevitabilidad de la pertenencia a su pueblo y a su raza. La raza signa su imagen espiritual en no menor medida que su aspecto externo. Ella determina sus pensamientos, sus sensaciones, fuerzas e instintos, constituye su peculiaridad, su ser.»¹⁰⁸

Esta fundamentación no satisface las exigencias mínimas de una fundamentación racional. Tómese, por ejemplo, la aseveración en ella contenida de que la raza condiciona los pensamientos del individuo. Esta aseveración no responde en modo alguno al «más estricto conocimiento científico» sino que es empíricamente falsa, como nos lo enseña la experiencia cotidiana.

La conexión cualificante o débil —que se vuelve clara cuando se considera al sistema jurídico también como un sistema de procedimientos desde la perspectiva de un participante— no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada. Esta idea no es, en modo alguno, vacía. Su vinculación con el derecho significa que al derecho pertenecen no sólo las reglas especiales de la fundamentación jurídica, sino también las reglas generales de la argumentación moral, pues lo que es correcto en el ámbito de la moral, lo es en virtud de estas reglas. Más allá de ello, la idea de una moral correcta tiene el carác-

¹⁰⁷ Cfr. Alexy 1991a: 233 ss.

¹⁰⁸ Stuckart/Globke 1936: 10.

ter de una idea regulativa en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar.¹⁰⁹ En esta medida, la pretensión de corrección conduce a una dimensión ideal necesariamente vinculada con el derecho.

¹⁰⁹ Cfr. Kant 1781/1787: A 644/B 672: «Pero, en cambio, tienen un uso regulativo necesariamente correcto e indispensable, es decir, el de conducir al entendimiento a un cierto fin en vista del cual todas las líneas de dirección de sus reglas coinciden en un punto.»

tos dos extremos, el asunto no es por cierto tan claro. Tomemos una norma que es obedecida en el 85% pero sólo se aplica sanción en el 1% de los casos de desobediencia y una norma que es obedecida sólo en el 20% pero se aplica sanción en el 98% de los casos de desobediencia. La pregunta acerca de cuál de las dos normas tiene un grado mayor de eficacia social no puede responderse sobre la base sólo de una comparación numérica. Su respuesta presupone una determinación del peso que le corresponde, por una parte, a la obediencia y a la aplicación de la sanción en caso de desobediencia, por otra, dentro del marco del concepto de validez social.

Un análisis en profundidad de los problemas del concepto de validez social se lleva a cabo en el ámbito de la sociología jurídica.¹ Los cuestionamientos empíricos de la investigación de la eficacia² imponen una precisión. Aquí bastan tres conocimientos. El primero es que la validez social es un asunto de grado. El segundo es que la validez social es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia. El tercero dice que la aplicación de sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente organizada en los sistemas jurídicos desarrollados.³

2. *El concepto ético de validez*

El objeto del concepto ético de validez es la validez moral. Una norma vale *moralmente* cuando está moralmente justificada. A las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral.

3. *El concepto jurídico de validez*

Los conceptos sociológico y ético de validez son conceptos puros de validez en el sentido de que no tienen que contener

¹ Cfr., por ejemplo, Rottleuthner 1981: 91 ss.; Röhl 1987: 243 ss.

² Cfr. Rottleuthner 1987: 54 ss.

³ Cfr. al respecto supra, Capítulo 3, II. 1.1

necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. Otra es la situación en el caso del concepto jurídico de validez. Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de la validez social. Si tan sólo incluye elementos de la validez social, se trata de un concepto positivista de la validez jurídica; si abarca también elementos de la validez moral, de un concepto no positivista de la validez jurídica.

El hecho de que un concepto plenamente desarrollado de la validez jurídica en tanto concepto positivista incluya elementos de la validez social y en tanto concepto no positivista elementos de la validez social y moral, no excluye la posibilidad de construir un *concepto de la validez jurídica en sentido estricto* que se refiera exclusivamente a propiedades específicas de la validez jurídica y, de esta manera, constituya un concepto contrastante de los conceptos de validez social y de validez moral. A este tipo de concepto se hace referencia cuando se dice que una norma *vale jurídicamente* cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento.

El concepto jurídico de validez plantea dos problemas: uno interno y otro externo. El problema interno resulta del hecho de que la definición de la validez jurídica presupone ya la validez jurídica y, en este sentido, parece ser circular. Pues, ¿de qué otra manera ha de decirse lo que es un «órgano competente» o que una norma «ha sido dictada de acuerdo con el procedimiento previsto»? Este problema conduce al problema de la norma fundamental. El problema externo consiste en la determinación de la relación del concepto jurídico de validez con los otros dos conceptos de validez. La relación con el concepto ético de validez ha sido ya tratada en la discusión del positivismo jurídico. Queda todavía pendiente la relación con el concepto sociológico de validez. Se tratará primeramente el problema externo. Por razones sistemáticas, se volverá a recurrir a la relación con el concepto ético de validez.

II. Colisiones de validez

Los casos extremos permiten reconocer lo que en situaciones normales no es perceptible. En el ámbito de los conceptos de validez los casos extremos consisten en colisiones de validez. Primeramente se tratará la colisión entre validez jurídica y validez social.

1. Validez jurídica y validez social

Se ha mostrado ya que lo que vale para sistemas de normas no tiene necesariamente que valer para las normas aisladas. Por ello, se considerarán primeramente sólo los sistemas de normas.

1.1. Sistemas de normas

La condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces *en general*, es decir, que valgan socialmente.⁴ Aquí serán considerados sólo sistemas jurídicos desarrollados. La validez jurídica de las normas de un sistema jurídico desarrollado se basa en una Constitución, escrita o no, que dice bajo cuáles condiciones una norma pertenece al sistema jurídico y por qué vale jurídicamente. El que normas aisladas que, de acuerdo con los criterios de validez de la Constitución, valen jurídicamente pierdan su validez social no significa todavía que la Constitución y, con ello, el sistema de normas que en ella se basa, pierdan como un todo su validez jurídica. Este umbral se traspasa sólo cuando las normas que pertenecen al sistema de normas dejan de ser, en general, eficaces, es decir, no son en general obedecidas o no se aplica sanción en caso de desobediencia.

El problema de la validez de un sistema de normas como un todo se plantea con máxima agudeza cuando entran en competencia dos sistemas de normas recíprocamente incompatibles. Esta situación puede presentarse, por ejemplo, en caso de una revolución, de una guerra civil o de una cesesión.

⁴ Kelsen 1960: 219.

Es fácil decir qué es lo que vale después del triunfo de una u otra parte. Vale entonces el sistema de normas que se ha impuesto frente al otro, pues el hecho de que se haya impuesto significa que ahora es el único sistema de normas que, en general, es eficaz. No tan fácil de decir es qué es lo que vale durante el período de competencia entre los sistemas de normas, es decir, durante el período de la lucha política. Hay tres posibilidades. La primera es que no valga como sistema de normas ninguno de los dos sistemas de normas porque ninguno de ellos es, en general, socialmente eficaz. La segunda posibilidad consiste en que ya vale el sistema de normas que al final triunfa aunque todavía nadie sepa cuál de los dos será. La tercera posibilidad es que el viejo sistema de normas, a pesar de que ya no es en general eficaz, vale hasta que se haya impuesto el nuevo sistema de normas, es decir, que en general es eficaz. La investigación de estas posibilidades, inclusive numerosas formas intermedias, es tarea de una teoría del cambio del sistema jurídico.

Hoerster menciona como característica del concepto de derecho el que un sistema de normas es sólo un sistema jurídico, es decir, sólo vale jurídicamente, si «en un caso de conflicto abierto se impone frente a otros sistemas coactivos normativos en la sociedad.»⁵ Este criterio puede ser llamado «criterio de dominación». El criterio de dominación no agrega nada al criterio de la eficacia social existente en general pues está contenido en él. Un sistema de normas que no se impone frente a otros sistemas coactivos normativos no es, en general, eficaz.

1.2. Normas aisladas

Una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico en general socialmente eficaz no pierde su validez jurídica por que no sea a menudo obedecida y su desobediencia sea sancionada sólo raras veces. Por ello, a diferencia de lo que sucede en el caso de los sistemas jurídicos, en el caso de las normas aisladas la eficacia social en general no es condición de la validez jurídica. Es fácil comprender la razón de

⁵ Hoerster 1987: 184.

esta diferencia. De toda norma aislada puede decirse que vale porque pertenece a un sistema jurídico socialmente válido en general. Esto no tiene sentido en el caso de un sistema jurídico pues el sistema jurídico al que podría pertenecer sería sólo él mismo.

Sin embargo, también en el caso de las normas aisladas existe una relación entre validez jurídica y validez social tal que una colisión entre la validez social y la validez jurídica puede tener consecuencias para esta última. Ciertamente, no es condición de la validez jurídica de una norma aislada el que sea en general socialmente eficaz pero sí que presente un *mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia*. A ello corresponde el fenómeno de la derogación. Una derogación consiste en la pérdida de la validez jurídica de una norma debido a la caída de su eficacia bajo aquel mínimo. Al igual que en el caso de la eficacia social en general de los sistemas de normas, no es posible determinar este mínimo —si se prescinde del caso de la ineficacia total— de una manera universalmente exacta. Por ello, pueden haber casos en los cuales sea sumamente dudoso si una norma ha perdido o no su validez jurídica debido a una derogación.

2. *Validez jurídica y validez moral*

Con respecto a la colisión entre la validez jurídica y la validez moral ya se ha dicho lo necesario cuando se trató la crítica del concepto de derecho positivista.⁶ Por ello, aquí se tratará exclusivamente de una comparación de los resultados ya obtenidos con la solución de la colisión entre la validez jurídica y la validez social.

2.1. *Sistemas de normas*

Los sistemas de normas que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos y, por lo tanto, no pueden valer jurídicamente. Este dato tiene pocas consecuencias prácticas porque efectivamente los sistemas jurídicos existentes formulan generalmente

⁶ Cfr. supra Capítulo 2, III.

una pretensión de corrección, por menos justificada que ella esté.

Surgen problemas prácticos relevantes cuando se formula la pretensión de corrección pero ella no es satisfecha en una medida tal que el sistema de normas tiene que ser clasificado como un sistema injusto. Se plantea entonces la cuestión de la aplicación del argumento de la injusticia al sistema de normas como un todo. A primera vista, parece plausible utilizar una fórmula que se corresponda con aquella que fuera utilizada para la solución de la colisión entre la validez jurídica y la validez social, o sea, decir que un sistema normativo pierde su validez jurídica cuando, en general, es extremadamente injusto. Sin embargo, el análisis de la tesis de la irradiación y de la tesis del derrumbe mostró que no puede pensarse en esta solución.⁷ El campo de aplicación del argumento de la injusticia está limitado a las normas aisladas. Sólo si en virtud del argumento de la injusticia hay que negarle carácter jurídico a tantas normas que ya no existe la cantidad mínima de normas necesaria para la existencia de un sistema jurídico, el sistema cesa de existir como sistema jurídico. Sin embargo, ésta no es una consecuencia de la aplicación del argumento de la injusticia al sistema jurídico como un todo sino una consecuencia de las consecuencias de aplicación del argumento de la injusticia a normas aisladas. Por lo que respecta a los sistemas jurídicos, cabe constatar, pues, una asimetría entre la relación de validez jurídica y validez social, por una parte, y la de validez jurídica y validez moral, por otra. Esta asimetría reside en el hecho de que la validez jurídica de un sistema jurídico como un todo depende más fuertemente de la validez social que de la validez moral. Un sistema jurídico que, en general, no es socialmente eficaz se derrumba como sistema jurídico. En cambio, un sistema jurídico puede conservar su existencia como tal a pesar de que, en general, no sea justificable moralmente. Sólo se derrumba si, a causa de su extrema injusticia, hay que negarle el carácter jurídico y, con ello, la validez jurídica a tantas normas particulares que desaparece el número mínimo de normas necesario para la existencia de un sistema jurídico.

⁷ Cfr. supra Capítulo 2, III. 4.2.2.

Un concepto adecuado del derecho surge cuando se relacionan tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material.⁸ Ahora se ve claramente que a la legalidad conforme al ordenamiento tienen que agregarse la eficacia social y la corrección material no en una relación general cualquiera sino jerárquicamente ordenada.

2.2. Normas aisladas

Las normas aisladas pierden su carácter jurídico y, con ello, su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. En su estructura, este criterio responde a la fórmula según la cual una norma aislada pierde su validez jurídica si no posee un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia.⁹ En ambos casos se apunta a un caso límite. En lugar de decir que una norma particular tiene que exhibir un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia, podría decirse también que no puede ser extremadamente ineficaz y tener una extremadamente reducida probabilidad de eficacia. Viceversa, podría sustituirse la fórmula según la cual una norma pierde la validez jurídica cuando es extremadamente injusta por la fórmula según la cual es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral.¹⁰ Desde luego, esto último puede inducir a error. A una norma en tanto tal le falta un mínimo de justificabilidad moral no sólo cuando es extremadamente injusta sino cuando es simplemente injusta, pues una norma injusta no es justificable y, por lo tanto, tampoco lo es en una medida mínima. Pero, de acuerdo con la fórmula que apunta a un mínimo, esto presupone que posee un mínimo de justificabilidad moral. Para resolver esta contradicción, no hay que referir el concepto del mínimo de justificabilidad moral a las normas aisladas en tanto tales, sino a la validez jurídica de las normas aisladas. Debido a las ventajas morales de la existencia de un sistema jurídico, la validez jurídica de una norma que pertenece a él puede poseer también un mínimo de justificabilidad mo-

⁸ Cfr. supra Capítulo 2, I.

⁹ Cfr. supra, en este Capítulo, 1.2.

¹⁰ Dreier 1981a: 198.

ral cuando la norma, tomada en sí misma, no lo posea por ser injusta. Así pues, la fórmula que apunta a un mínimo presupone consideraciones complicadas cuando es referida a la justificabilidad moral. Por ello, hay que preferir el criterio simple de la injusticia extrema.

Como resultado cabe retener que los papeles de la validez social y de la validez moral dentro del marco del concepto de la validez jurídica son estructuralmente iguales cuando se trata de normas aisladas. En ambos casos se apunta sólo a un caso límite. Esto es expresión del hecho de que la legalidad conforme al ordenamiento es, dentro del marco de un sistema jurídico socialmente eficaz, el criterio dominante de la validez de las normas aisladas, algo que es confirmado cotidianamente por la práctica jurídica.

III. La norma fundamental

Más arriba se ha clasificado como concepto de la validez jurídica en sentido estrecho a un concepto de validez jurídica que deja de lado los elementos de la eficacia social y de la corrección material. Se señaló allí que este concepto, a más de problemas externos, que consisten en la determinación de su relación con la validez social y la validez moral, presenta problemas internos.¹¹ Los problemas internos resultan de la circularidad de la definición de la validez jurídica. Ella dice que una norma vale jurídicamente cuando ha sido dictada por un órgano competente en la forma prescripta y no viola un derecho de orden superior; dicho brevemente: cuando ha sido dictada de acuerdo con el ordenamiento. Pero, los conceptos de órgano competente, del dictado de una norma y del derecho de orden superior presuponen ya el concepto de validez jurídica. Sólo puede referirse a un órgano competente en virtud de normas jurídicas válidas, a una forma de dictar normas jurídicamente reglada y a un derecho de orden superior jurídicamente válido. En caso contrario, no se trataría del concepto de validez jurídica en sentido estricto.

El instrumento más importante para la superación del círculo contenido en el concepto de la validez jurídica es la

¹¹ Cfr. supra Capítulo 3, I. 3.

norma fundamental. Dejando de lado las múltiples posibilidades de diferenciación, pueden distinguirse tres tipos de normas fundamentales: la analítica, la normativa y la empírica. La variante más importante de la norma fundamental analítica se encuentra en Kelsen; la más importante de la normativa en Kant y de la empírica en Hart.

1. La norma fundamental analítica (Kelsen)

1.1. El concepto de norma fundamental

Una norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico, fuera de ella misma. Para llegar a la norma fundamental, basta preguntar sólo un par de veces «¿por qué?». Kelsen compara la orden de un asaltante para que se le entregue una determinada suma de dinero con la orden de un funcionario de Hacienda para que realice la misma prestación.¹² ¿Por qué es la orden del funcionario de Hacienda una norma individual jurídicamente válida¹³, bajo la forma de un acto administrativo, a diferencia de la orden del asaltante? La respuesta reza que el funcionario de Hacienda puede invocar una autorización legal mientras que el asaltante no. Pero, ¿por qué valen las leyes en las que se apoya el funcionario de Hacienda? La respuesta es que la Constitución ha autorizado al legislador a dictar este tipo de leyes. Pero, ¿por qué vale la Constitución? Se podría pensar que la Constitución vale porque ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz y vincular esto con la aseveración de que se ha llegado al punto final y que ya no hay nada más que decir. Si esto fuera correcto, entonces las normas de la Constitución que autorizan la promulgación de normas serían la —en sí misma compleja— norma fundamental.

El problema de esta respuesta es que ella incluye un paso de un ser a un deber ser. El ser consiste en la legalidad efectiva y en la eficacia social de la Constitución, que puede constatarse con el enunciado

¹² Kelsen 1960: 8.

¹³ Con respecto al concepto de norma individual, cfr. Alexy 1985: 73.

(2) La Constitución *C* ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz.¹⁴

El deber ser es la validez jurídica de la Constitución que puede ser afirmada con el enunciado:

(3') La Constitución *C* vale jurídicamente.

Este enunciado es un enunciado de deber ser por que implica¹⁵ el enunciado:

(3) Está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

Pero, de un ser, más exactamente de una clase cualquiera de enunciados exclusivamente empíricos, no se sigue nunca *lógicamente*¹⁶ un enunciado normativo.¹⁷ Por ello, para pasar de (2) a (3) o (3'), se requiere una premisa adicional. Esta premisa adicional es la *norma fundamental*. Esta puede ser formulada de forma tal que permita el paso de (2) a (3') —entonces

¹⁴ La razón de la numeración que se aparta de la secuencia externa se verá en seguida en la composición del silogismo de la norma fundamental.

¹⁵ Cfr. Kelsen 1960: 196.

¹⁶ Cabe subrayar que aquí se trata de deducibilidad lógica. La expresión «se sigue» es utilizada a menudo, aunque incorrectamente, para decir que algo es una buena razón para algo diferente. Naturalmente, enunciados empíricos pueden ser buenas razones para enunciados normativos. Pero, entonces, se presupone siempre una premisa normativa que es la que los transforma en buenas razones.

¹⁷ La tesis de que del ser exclusivamente no se sigue ningún deber ser puede ser remontada a Hume. Por ello, es llamada también la «ley humeana» Cfr. Hume 1888: 469: *«I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.»* Para una exposición de las cuestiones lógicas vinculadas con el problema ser-deber ser, cfr. Stuhlmann-Laeisz 1983.

(3) se sigue de (3')— o de forma tal que conduzca directamente a (3). Aquí se considerará la segunda variante. Ella reza:

(1) Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución.

Los enunciados (1), (2) y (3) pueden ahora resumirse en un *silogismo de norma fundamental* de la siguiente forma:

(1) Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución.

(2) La Constitución *C* ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz.

(3) Está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.¹⁸

Pocas ideas de la teoría del derecho han provocado tanta polémica como la idea de la norma fundamental. La polémica se concentra en cuatro puntos: la necesidad, la posibilidad, el contenido y el status de la norma fundamental.

1.2. *La necesidad de una norma fundamental*

En contra de la necesidad de una norma fundamental, Hart ha objetado que ella conduciría a una duplicación innecesaria:

¹⁸ Cfr. Kelsen 1960: 219. El silogismo de la norma fundamental de Kelsen se diferencia en cuatro puntos del aquí formulado. Tres son irrelevantes, uno es relevante. Irrelevante es que Kelsen formule categóricamente la norma fundamental: «Uno debe comportarse de acuerdo con la Constitución realmente promulgada y eficaz.» Sin modificar su contenido, este enunciado puede ser reformulado en la forma hipotética (1) indicada más arriba, es decir, en un enunciado *si-entonces*. Además, es irrelevante el hecho de que la conclusión (3) se refiera en Kelsen no sólo a la Constitución sino a todo el orden jurídico. Con ello, Kelsen realiza tan sólo un paso más que aquí se omite pero que también podría llevarse a cabo sin problema. Finalmente, también es irrelevante que en (1) y (3) no utilice la formulación [«está ordenado» sino la formulación «uno debe». En cambio, es relevante que simplemente diga «uno debe» mientras que aquí se dice que algo está «*jurídicamente* ordenado». Sobre esto habrá de volverse más adelante.

«If a constitution specifying the various sources of law is a living reality in the sense that the courts and officials of the system actually identify the law in accordance with the criteria it provides, then the constitution is accepted and actually exists. It seems a needless reduplication to suggest that there is a further rule to the effect that the constitution (or those who 'laid it down') are to be obeyed.»¹⁹

Esta objeción obtiene su fuerza del hecho de que la norma fundamental no se refiere a cosas tales como manifestaciones de voluntad, regularidades de comportamiento y medidas coactivas, con cuya ayuda serían interpretadas como Constitución jurídicamente válida sino que directamente apunta al hecho institucional de una Constitución practicada. Por lo tanto, el siguiente enunciado podría ser formulado como única premisa de una fundamentación del deber ser jurídico:

(2') Los participantes en el sistema jurídico *S* aceptan y practican la Constitución *C*.

La cuestión es saber si de aquí se infiere la conclusión del silogismo de la norma fundamental:

(3) Está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

La respuesta es afirmativa si se interpreta (3) de la siguiente manera:

(3'') Desde el punto de vista de un participante en el sistema *S* vale: Está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

El enunciado (3'') se sigue de (2') porque el hecho de que los participantes en un sistema jurídico acepten y practiquen una Constitución significa que, desde su punto de vista, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta

¹⁹ Hart 1961: 246.

Constitución. ¿Se ha demostrado con esto que la norma fundamental es superflua? ¿Tiene razón Alf Ross cuando dice:

«But the norm itself, according to its immediate content, expresses what the individuals ought to do. What, then is the meaning of saying that the individuals ought to do what they ought to do!»²⁰?

La respuesta reza: no. El punto decisivo es que, por cierto, sin necesitar una norma fundamental se puede pasar de (2') a (3''), pero (2') presupone ya una norma fundamental. El hecho de que los participantes en un sistema jurídico acepten y practiquen una Constitución, presupone que cada uno de ellos interpreta determinados hechos como hechos que crean la Constitución. Puede tratarse de un complejo haz de hechos. Aquí la pluralidad será reducida a dos cosas, es decir, primero, al hecho de que la asamblea constituyente ha promulgado una Constitución y, segundo, al hecho de que los otros participantes aceptan y practican la Constitución. Supongamos un participante en el sistema *S* que acepta y practica la Constitución *C*. A este participante se le pregunta por qué vale jurídicamente la Constitución *C*, lo que implica preguntarle por qué está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

El participante podría intentar esquivar esta cuestión sosteniendo que carece de sentido. Al respecto podría aducir, con Hart, que de aquellas reglas de la Constitución que dicen qué es derecho válido (Hart llama al conjunto de las mismas «*rule of recognition*») no puede decirse que ellas también valen jurídicamente. Son presupuestas como existentes y su existencia sería un hecho («*a matter of fact*»).²¹ Sin embargo, a ello hay que responder que la pregunta acerca de la validez jurídica de una Constitución es habitual y posible. Parece insólito y artificial si a la pregunta de por qué obedece la Constitución el juez responde: «Obedezco la Constitución no porque sea jurídicamente válida sino exclusivamente porque mis colegas y yo la aceptamos y practicamos. Este es un hecho y

²⁰ Ross 1968: 156.

²¹ Hart 1961: 107.

no hay nada más que decir.» Por ello, deberá suponerse que el participante no rechaza por carente de sentido la pregunta acerca de la validez jurídica de la Constitución. Su respuesta podría entonces rezar:

(2") *La Constitución C fue promulgada por la asamblea constituyente y los otros participantes en el sistema jurídico la aceptan y la practican.*

Este enunciado es tan sólo una concreción de la segunda premisa del silogismo kelseniano de la norma fundamental:

(2) *La Constitución C ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz.*

Pero, de este enunciado por sí solo no se sigue ni el enunciado:

(3') *La Constitución C vale jurídicamente*

ni el enunciado:

(3) *Está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con la Constitución C.*

Para llegar de (2) o de (2") a (3') o (3), hay que presuponer una norma fundamental como (1). Partiendo tan sólo de (2) o de (2') no es posible llegar a (3') o a (3), de la misma manera que partiendo sólo del enunciado:

(4) *Pedro quiere que le dé 100 DM*

no se puede inferir el enunciado:

(5) *Estoy obligado a darle 100 DM a Pedro.*

En el primer caso se requiere la norma fundamental presentada a fin de posibilitar el paso; en el segundo, una norma tal como:

(6) *Estoy obligado a hacer lo que quiere Pedro.*

Tampoco se llega a una duplicación inútil ni siquiera en el caso en que un legislador no sólo expresa una voluntad sino que formula expresamente una norma. Supongamos que Pedro expresa que, por su propia autoridad, es decir, sin hacer referencia al derecho, a la moral o a las convenciones sociales, tengo la obligación de darle 100 DM. Partiendo sólo de:

(4') Pedro me ha dicho: «Estás obligado a darme 100 DM»,

no se infiere:

(5) Estoy obligado a darle a Pedro 100 DM.

Si así fuera, las palabras por sí solas estarían en condiciones de fundamentar cualesquiera obligaciones de cualesquiera personas. Para llegar de (4') a (5) se requiere una norma tal como:

(6') Estoy obligado a hacer aquello con respecto a lo cual Pedro dice que estoy obligado a hacerlo.

Esta es una duplicación pero no es una duplicación inútil.

Como resultado hay que retener dos tesis. La primera dice que el participante en un sistema jurídico, si quiere decir con respecto a la Constitución que vale jurídicamente o que está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con ella, tiene que presuponer una norma fundamental. La segunda reza que si no se ha de interrumpir arbitrariamente el preguntar acerca de la validez jurídica, tiene que ser posible decir como participante que la Constitución vale jurídicamente o que está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con ella, lo que presupone una norma fundamental.

1.3. *La posibilidad de una norma fundamental*

Un adversario de la norma fundamental puede aducir no sólo la tesis que se acaba de refutar, es decir, que una norma fundamental es superflua, sino que puede objetar que una norma fundamental es imposible. Así Dworkin ha aducido en contra de la norma fundamental de Hart (*rule of recognition*)

que el derecho no puede ser identificado sobre la base de una regla que apunte a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social.²² Esta objeción responde al argumento de los principios expuesto más arriba.²³ Según él, pertenece al derecho también la totalidad de las pautas que tienen que ser tenidas en cuenta para satisfacer la pretensión de corrección necesariamente vinculada con el derecho. En realidad, estas pautas no pueden ser plenamente identificadas sobre la base de una regla que apunte a la legalidad conforme con el ordenamiento y a la eficacia social.

Sin embargo, el argumento de los principios no elimina la posibilidad de una norma fundamental. Tan sólo muestra que una norma fundamental que apunte únicamente a hechos empíricamente constatables (legalidad/eficacia) no puede identificar plenamente al derecho. Pero, lo que una norma fundamental tal puede identificar es el derecho impuesto conforme al ordenamiento y socialmente eficaz. Por ello, debe ser identificada de manera tal que la legalidad conforme al ordenamiento, conjuntamente con la eficacia social, sea simplemente una condición necesaria pero no suficiente de la pertenencia al derecho. Por lo tanto, sobre la base del argumento de los principios no vale el enunciado:

(1) Al derecho pertenece *todo y sólo aquello* que ha sido promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz,

sino el enunciado más débil:

(2) Al derecho pertenece *todo* lo que ha sido promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz.

Como habrá de mostrarse en la siguiente sección, también este enunciado necesita ser debilitado aún más a fin de que dé cuenta del argumento de la injusticia.²⁴ Pero, dentro del marco del enunciado (2), no es sólo posible sino necesaria una norma fundamental, a fin de poder llevar a cabo el paso

²² Dworkin 1984: 81 ss., 111 ss.

²³ Cfr. supra, Capítulo 2, III. 4.3.

²⁴ Cfr. supra, Capítulo 2, III. 4.2.

desde hechos empíricamente constatables a la validez jurídica.

El inconveniente de la norma fundamental limitada al derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz reside en que ya no es más un criterio supremo completo de identificación del derecho. Este papel no le puede ser devuelto en un sentido pleno sino limitado. A tal fin, hay que introducirle cláusulas que tomen en cuenta el argumento de la injusticia y el de los principios. Aquí habrá de interesar sólo el argumento de los principios. Si se incorpora el resultado de este argumento en la norma fundamental, surge entonces una norma fundamental no positivista que tiene la siguiente estructura:

Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con esta Constitución, tal como corresponde a la pretensión de corrección.

Esta formulación muestra que una norma fundamental no positivista sirve sólo limitadamente para la identificación del derecho. La cláusula «tal como corresponde a la pretensión de corrección» remite a pautas morales sin mencionarlas y sin indicar un criterio con cuya ayuda podrían ser identificadas inequívocamente. Esta apertura es inevitable. Puede ser aceptada sólo porque existen reglas del método jurídico que excluyen que la apertura conduzca a la arbitrariedad.²⁵ Estas reglas impiden, especialmente, que las normas promulgadas y eficaces puedan ser desplazadas arbitrariamente invocando la pretensión de corrección.²⁶ Esto deben hacerlo porque la seguridad jurídica es un elemento esencial de la corrección jurídica.

1.4 El contenido de la norma fundamental

Según Kelsen, la norma fundamental es completamente neutral por lo que respecta a su contenido:

²⁵ Cfr. Alexy 1991a: 273 ss.

²⁶ *Ibidem* 305.

«Qué contenido tenga esta Constitución y el orden jurídico estatal construido sobre su base, el que este orden sea justo o injusto, es algo que no interesa; tampoco interesa el que este orden jurídico garantice una situación de paz relativa dentro de la comunidad que constituye. En el presupuesto de la norma fundamental no se afirma ningún valor que trascienda al derecho positivo.»²⁷ «Por ello, cualquier contenido puede ser derecho.»²⁸

Esto contradice el argumento de la injusticia según el cual normas extremadamente injustas no pueden tener el carácter de normas jurídicas.²⁹ Sin embargo, esto tampoco destruye la idea de una norma fundamental. Se puede introducir en la formulación de la norma fundamental una cláusula que tome en cuenta el argumento de la injusticia. Una formulación que responde tanto al argumento de los principios como al de la injusticia reza:

Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces si, y en la medida en que, las normas de esta Constitución no son extremadamente injustas, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución tal como corresponde a la pretensión de corrección.

Esta formulación se refiere sólo a la Constitución. En la definición del derecho, se considerarán las normas promulgadas de acuerdo con la Constitución.

1.5. Status y tareas de la norma fundamental

1.5.1. Tareas

La determinación del status de la norma fundamental resulta dificultada por el hecho de que tiene que cumplir tres tareas diferentes.

²⁷ Kelsen 1960: 204.

²⁸ *Ibidem* 201.

²⁹ Cfr. *supra* Capítulo 2, III. 4.2.1.

1.5.1.1. Transformación de las categorías

La primera tarea consiste en posibilitar el paso de un ser al un deber ser. Ser y deber ser son categorías de un tipo muy diferente. Por ello, la primera tarea puede ser llamada «*transformación de categorías*».³⁰ Al interpretar a determinados hechos como hechos creadores de derecho, se realiza el paso al reino del derecho.

1.5.1.2. Determinación de criterios

El paso al reino del derecho no podría realizarse si la norma fundamental permitiera interpretar hechos cualesquiera, es decir, toda declaración de voluntad, como hechos creadores de derecho. Por ello, a la norma fundamental le incumbe una segunda tarea. Tiene que determinar cuáles hechos deben ser considerados como creadores de derecho. Al hacerlo, establece los criterios de lo que es derecho. Por ello, la segunda tarea puede ser descrita como «*determinación de criterios*». Tal como se ha expuesto, el criterio de Kelsen es «una Constitución realmente promulgada y en general eficaz».³¹ Otras de sus variantes es la «primera Constitución histórica».³² Estos criterios contienen una remisión. Dicen que los criterios para aquello que es derecho válido son los criterios de la Constitución. Por ello, Kelsen puede formular su norma fundamental de manera tal que, primero, es muy simple y, segundo, es aplicable a todos los sistemas jurídicos desarrollados. En Hart, el asunto es diferente: su norma fundamental (*rule of recognition*) es identificada con las reglas de la Constitución que dicen lo que es derecho. La norma fundamental hartiana se vuelve así muy complicada y vale sólo para el respectivo sistema jurídico. Lo único que es general en ella es que todo derecho desarrollado tiene que contener una norma de este tipo. Tanto el criterio de Kelsen como el de Hart son de naturaleza positivista. Como se expusiera más arriba, el argumento de la injusticia exige una restricción de los criterios po-

³⁰ Cfr. Aarnio/Alexy/Peczenik 1983: 19 ss.; Peczenik 1983: 23.

³¹ Kelsen 1960: 219.

³² *Ibidem* 203.

sitivistas y el argumento de los principios, su complementación.

1.5.1.3. Creación de unidad

La tercera tarea reside en la *creación de unidad*:

«Todas las normas cuya validez puede ser referida a una misma norma fundamental constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundamental es la fuente común de la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden, su fundamento común de validez. El que una norma pertenezca a un determinado orden se basa en el hecho de que su último fundamento de validez es la norma fundamental de este orden. Esta norma fundamental es la que constituye la unidad de una pluralidad de normas al representar el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a este orden.»³³

Se podría ver un problema en el hecho de que las normas fundamentales de los sistemas jurídicos desarrollados son idénticas en su status y contenido. ¿Es la misma norma fundamental la que crea la unidad de diferentes sistemas jurídicos? ¿Cómo ha de ser ello posible? ¿O es la Constitución la que conduce a la unidad? Estas cuestiones quedarán aquí abiertas.

1.5.2. Status

El problema del status de la norma fundamental se refiere, sobre todo, a la primera tarea, la transformación de categorías. En tanto norma que fundamenta la validez de todo el derecho positivo, la norma fundamental no puede, a su vez, ser una norma del derecho positivo.³⁴ Pero, entonces, ¿de qué tipo es? Se podría pensar que entonces sólo puede ser una norma no positiva y, en tanto norma no positiva, tendría que ser una norma del derecho natural o del derecho racional. Kelsen rechaza enfáticamente esta posibilidad.³⁵ Pero, ¿qué

³³ Ibidem 197.

³⁴ Ibidem 201 s.

³⁵ Ibidem 221 ss.

ha de ser si no es ni una norma del derecho positivo ni una norma del derecho suprapositivo, es decir, del derecho natural o del derecho racional?

Que ésta no es una cuestión simple puede reconocerse no sólo en la inmensa literatura al respecto sino también en el hecho de que el propio Kelsen, al final de su vida, tuvo dudas al respecto.³⁶ Su respuesta más importante se encuentra en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre* (1960). El status de la norma fundamental es allí determinado a través de cuatro propiedades.

1.5.2.1. Presupuesto necesario

La primera propiedad consiste en que la norma fundamental tiene que ser *necesariamente presupuesta* si se quiere hablar de validez jurídica o de deber ser jurídico.³⁷ En el análisis del concepto de norma fundamental se ha visto ya claramente que hay que aceptar esta tesis en la medida en que hay que presuponer *alguna* norma fundamental si se quiere pasar de la constatación de que algo ha sido promulgado y es eficaz a la constatación de que algo vale jurídicamente o debe ser jurídicamente. Sin embargo, en el análisis de la posibilidad y del contenido de la norma fundamental se mostró que esta norma fundamental tiene, por cierto, que contener elementos de la norma fundamental kelseniana pero debe ser complementada con elementos no positivistas.

Porque la norma fundamental es condición necesaria de la posibilidad del conocimiento de la validez jurídica y del deber ser jurídico, siguiendo la terminología de Kant, Kelsen la llama «condición lógico-trascendental» del conocimiento jurídico. Esta caracterización es correcta en la medida en que, según Kant, trascendental es aquello que hace posible el conocimiento empírico.³⁸ Sin embargo, existe una diferencia más importante entre lo trascendental en Kelsen y en Kant. Esta

³⁶ Kelsen 1964a: 119 s.

³⁷ Kelsen 1960: 204.

³⁸ Cfr. Kant 1903: 373: «La palabra trascendental [...] no significa que algo vaya más allá de toda experiencia sino que la precede (*a priori*) pero no está destinada a nada más que a posibilitar el conocimiento de la experiencia.»

diferencia se muestra en la segunda propiedad de la norma fundamental.

1.5.2.2. Presupuesto posible

La segunda propiedad de la norma fundamental consiste en que tiene ciertamente que ser presupuesta *si se quiere interpretar el derecho como orden de deber ser, pero esta interpretación es sólo una interpretación posible.*³⁹ Así, tal como lo confirman las teorías sociológicas y psicológicas del derecho, es posible —aunque para muchas finalidades no sea muy fecundo—⁴⁰ describir y explicar el derecho como una mera conexión de efectos jurídicos y sociológicos. El propio Kelsen lo subraya cuando observa que como alternativa a la interpretación jurídica podría considerarse una sociológica que entendiéndose al derecho como un sistema de «relaciones de poder».⁴² Por ello, puede decirse que la norma fundamental es un presupuesto meramente posible o meramente hipotético.

Esto tiene consecuencias para su carácter trascendental.⁴³ Según Kant, en el ámbito de la experiencia empírica no existen alternativas, por ejemplo, a las formas de percepción del espacio y del tiempo. El conocimiento empírico es, pues, sólo posible en el espacio y en el tiempo.⁴⁴ En cambio, el conocimiento de fenómenos jurídicos es básicamente posible también sin utilizar la categoría del deber ser. Sin embargo, esto no elimina totalmente el carácter trascendental del argumento kelseniano. Ciertamente puede no constituir una necesidad absoluta de la norma fundamental y, por lo tanto, de la categoría del deber ser, pero sí una necesidad condicionada.

³⁹ Kelsen 1960: 218, 224, 443.

⁴⁰ Con respecto a lo poco recomendable que es para un sociólogo del derecho interpretar el derecho como un sistema de meros hechos, cfr. Rottleuthner 1981: 31 ss., 91 ss.

⁴¹ Cfr. R. Dreier 1979: 95.

⁴² Kelsen 1960: 224.

⁴³ Cfr. Paulson 1990: 173 ss.

⁴⁴ Kant 1781/1787: A 24/B 38: «El espacio es una representación necesaria *a priori* que subyace a todas las percepciones externas»; A 31/B 46: «El tiempo es una representación necesaria que subyace a todas las percepciones.»

El punto de vista jurídico o el punto de vista del participante en un sistema jurídico está definido por el hecho de que desde él el derecho es interpretado como un sistema de normas vigente o como un orden de deber ser. Por cierto, uno puede negarse no sólo en la acción sino también en el pensamiento, a participar en el juego (extremadamente real) del derecho. Sin embargo, si uno entra en este juego —y hay buenas razones para hacerlo, por lo menos en la práctica— entonces no hay ninguna alternativa a la categoría del deber ser y, por lo tanto, a la norma fundamental. Por ello, el argumento de Kelsen puede ser llamado un «argumento trascendental débil». Muestra que una norma fundamental (no necesariamente la suya), que introduce la categoría del deber ser, es la llave para ingresar en el reino del derecho.

1.5.2.3. Norma pensada

La tercera propiedad de la variante kelseniana de la norma fundamental consiste en que esta norma tiene que ser sólo una *norma pensada*.⁴⁵ Así tiene que serlo porque, en tanto norma querida, tendría que presuponer otra norma que transformase, ante todo, el contenido de un querer en el contenido de un deber ser ya que de un mero querer no se sigue un deber ser. Pero, entonces la norma fundamental no sería la norma fundamental.

La primera y la segunda característica de la norma fundamental podrían ser aceptadas. Sin embargo, aquí comienzan los problemas. Un primer problema es el de la norma pensada. En su obra tardía, Kelsen abandonó⁴⁶ la tesis según la cual la norma fundamental sería tan sólo el «contenido de un acto de pensamiento».⁴⁷ No habría «ningún deber ser sin un querer». Por ello, «con la norma fundamental hay que pensar también una autoridad imaginaria [...] cuyo —ficticio— acto de voluntad tiene a la norma fundamental como su sen-

⁴⁵ Kelsen 1960: 206 s.

⁴⁶ Kelsen 1964a: 119: «He expuesto toda mi teoría de la norma fundamental como una norma que no es el sentido de un acto de voluntad sino que es presupuesto en el pensamiento. Desgraciadamente tengo que admitir, señores, que ya no puedo sostener esta teoría, que tengo que renunciar a ella.»

⁴⁷ Kelsen 1960: 206.

⁴⁸ Kelsen 1964b: 74.

tido».⁴⁹ El propio Kelsen califica a esta concepción como «autocontradictoria» ya que según ella la autoridad suprema tendría que haber sido autorizada por otra —aunque ficticia— autoridad superior.⁵⁰ Pero, esto significa que la autoridad suprema no es la autoridad suprema. Habría también que fingir otra norma fundamental que autorizara a la autoridad ficticia a dictar la norma fundamental algo que, primero, le quitaría a la norma fundamental originaria su carácter de norma fundamental y, segundo, como la otra norma fundamental podría ser sólo el contenido de un acto de voluntad, habría que presuponer otras autoridades ficticias y normas fundamentales ficticias autorizantes *ad infinitum*. La tesis de Kelsen según la cual se trata de una «ficción auténtica» y que ella está caracterizada justamente por ser autocontradictoria⁵¹ no soluciona este problema.

Sólo es posible encontrar una solución si se renuncia a la concepción según la cual todo deber ser tiene que ser remisible a un querer. En favor de ello hablan buenas razones. La mayoría de las veces un deber ser está conectado con un querer pero también existe deber ser sin querer. Así, sobre la base de reflexiones de equidad o de justicia, alguien puede llegar a la concepción de que está obligado a no evadir impuestos pero, al mismo tiempo, querer evadirlos y por ello actuar en contra de aquello que, de acuerdo con su propia intelec-ción, está moralmente debido. El conocimiento de un deber ser no está necesariamente vinculado con un acto de voluntad propio o extraño.⁵² Si esto es correcto, la concepción según la cual la norma fundamental es una norma meramente pensada no plantea ninguna dificultad.

Un segundo problema es el del carácter normativo o prescriptivo de una norma fundamental pensada. Kelsen formula la norma pensada de forma tal que ella dice que uno debe hacer algo: «Uno debe comportarse tal como lo prescribe la norma fundamental.»⁵³ Este es un costado del asunto. El otro es que, según Kelsen, la ciencia del derecho, cuando estudia el

⁴⁹ *Ibidem* 70.

⁵⁰ Kelsen 1979: 207.

⁵¹ *Ibidem* 206.

⁵² La base de esta tesis está constituida por el concepto semántico de norma. Cfr. al respecto Alexy 1985: 42 ss.

⁵³ Kelsen 1960: 204.

derecho sobre la base de esta norma fundamental, no prescribe nada: «No prescribe que uno tiene que obedecer las órdenes del legislador constitucional.»⁵⁴ ¿Cómo es posible que, por una parte, un científico del derecho en la formulación de un enunciado acerca de lo que es debido jurídicamente, presuponga necesariamente que uno debe comportarse de acuerdo a lo que prescribe la Constitución pero, por otra, con la formulación de este enunciado no prescriba que uno debe comportarse de acuerdo con la Constitución y, por lo tanto, conforme a derecho? La solución reside en el concepto de prescribir. Una persona *a* prescribe algo a una persona *b* si *a* exige de *b* que *b* haga algo. Según Kelsen, el científico del derecho en tanto tal no exige de nadie que deba comportarse de acuerdo con la Constitución y, por lo tanto, conforme a derecho. En tanto científico del derecho puede, sin más, informar acerca de un deber jurídico y, al mismo tiempo, como persona, exigir que, por razones morales, no se lo cumpla. Esto conduce a un carácter hipotético o relativo de la normatividad del derecho. Un científico del derecho que informa acerca de un deber jurídico no dice: «Debes realizar la acción *h*». Su información reza más bien: «Si te colocas en el punto de vista del derecho, entonces estás obligado a realizar la acción *h*.» Para poder decir esto y sólo para poder decir esto se requiere la norma fundamental kelseniana con el contenido: «Uno debe comportarse tal como lo prescribe la Constitución». Con esto, el científico del derecho realmente no prescribe nada. La decisión de ponerse en el punto de vista del derecho dejará cualesquiera consideraciones en manos del destinatario de estas manifestaciones. Sobre todo, no le prescribirá colocarse en el punto de vista del derecho. Adoptará una actitud totalmente indiferente frente al derecho. Existe un deber jurídico sólo para aquél que, por cualquier razón que sea, participa en el juego del derecho. Para quien no lo hace existe sólo el riesgo de ser objeto de actos coactivos. En esta medida, el derecho no obliga a nada. No hay duda que es posible una interpretación tal. La cuestión es sólo si es adecuada.

El carácter hipotético o relativo de la normatividad del derecho se expresa de una manera sumamente incompleta en

⁵⁴ *Ibidem* 208.

muchas manifestaciones de Kelsen. Así, según Kelsen, la conclusión de un silogismo de norma fundamental debe decir que uno debe comportarse de una determinada manera.⁵⁵ Esto despierta la impresión de que la norma fundamental conduciría a una obligación categórica independiente del punto de vista, algo que puede sugerir la falsa interpretación de que Kelsen con su norma fundamental fundamentaría un deber general de obedecer cualquier norma jurídica. Por ello, en conexión con la norma fundamental no hay que hablar, sin más, de un deber ser sino, mejor, de un deber ser jurídico. Desde luego, queda entonces abierta la cuestión de saber si es adecuada la interpretación kelseniana de este deber ser.

1.5.2.4. Fundamentabilidad

La cuarta propiedad de la norma fundamental consiste en que *no admite ninguna fundamentación*: «No (puede) preguntarse ya más acerca del fundamento de su validez».⁵⁶ A primera vista, esta tesis es plausible. En tanto norma fundamental, la norma fundamental es la norma suprema. Si debiera ser fundamentada, habría que presuponer una norma superior. Pero, entonces, la norma fundamental ya no sería la norma suprema y, por lo tanto, tampoco la norma fundamental. Sin embargo, si se observan las cosas más de cerca, se ve que es fácil rebatir este argumento. La norma fundamental de la que aquí se trata es sólo la norma fundamental del derecho. En efecto, como norma suprema del derecho no puede ser ya fundamentada por otra norma del derecho. Pero, esto no excluye fundamentarla con normas o puntos de vista normativos de otro tipo, por ejemplo, con normas morales o a través de consideraciones de funcionalidad. Kelsen podría objetar que entonces estas normas serían la norma fundamental del derecho o que estas consideraciones tendrían que ser reformuladas en una norma fundamental del derecho. Sin embargo, tal no es necesariamente el caso. Se puede decir que con la norma fundamental se ha dado el paso al reino del derecho y que hay razones morales o de otro tipo para dar este paso.

⁵⁵ *Ibidem* 205.

⁵⁶ Kelsen 1964b: 66; del mismo autor, 1960: 197.

Para comprender que no es correcta la tesis de Kelsen según la cual «no puede ponerse ya en duda»⁵⁷ la validez de su norma fundamental basta preguntarse por qué ha de ser interpretado como orden jurídico todo sistema coactivo eficaz en general. Kelsen tiene razón cuando dice que sólo si se presupone su norma fundamental puede interpretarse como orden jurídico todo orden coactivo eficaz en general. Pero, ¿por qué hay que interpretar como orden jurídico todo orden coactivo eficaz en general? Una referencia a la norma fundamental no basta como fundamentación. Pues el hecho de que se presuponga la norma fundamental significa justamente que uno interpreta como orden jurídico todo orden coactivo eficaz en general. Como la interpretación como orden jurídico y la presuposición de la norma fundamental son dos caras de una misma moneda, lo uno no puede servir para la fundamentación de lo otro.

Pueden darse respuestas muy diferentes a la pregunta de por qué todo orden coactivo en general eficaz debe ser interpretado como orden jurídico, es decir, debe presuponer la norma fundamental kelseniana. Según una primera respuesta, ésta es una cuestión de mera decisión. Sin embargo, esto no constituye ninguna fundamentación. Según una segunda respuesta, esto sería funcional. Los individuos singulares y los colectivos (por ejemplo, los Estados) podrían orientarse mejor y, por lo tanto, actuar más exitosamente, si llevaran a cabo esta interpretación. Esta es una fundamentación sólo que cabe preguntarse si la norma fundamental kelseniana es, de todas las alternativas, la mejor condición de éxito. Según una tercera respuesta, son razones morales, por ejemplo, impedir una guerra civil, las que requieren la norma fundamental. Aquí también la cuestión decisiva es saber si la mejor fundamentación moral conduce realmente a la versión kelseniana de una norma fundamental. El argumento de la injusticia analizado dentro del marco de la crítica al positivismo jurídico puso de manifiesto que hay buenas razones morales para no conferir carácter jurídico a todo lo que ha sido promulgado y es eficaz; el argumento de los principios condujo al resultado de que no sólo es derecho lo que ha sido promulgado y es

⁵⁷ Kelsen 1960: 197.

eficaz. Se volverá sobre este punto cuando se analice la norma fundamental kantiana. Según una cuarta respuesta, la norma fundamental de Kelsen expresa aquello que subyace siempre a la praxis jurídica. Esta es una fundamentación empírico-reconstructiva. Kelsen se aproxima a esta fundamentación cuando dice: «Nos hace consciente aquello que hacen todos los juristas, la mayoría de las veces inconscientemente». Pero, de inmediato se aleja de ella cuando agrega: «cuando conciben al derecho exclusivamente como derecho positivo». ⁵⁸ Es una cuestión empírica la de si los juristas conciben al derecho exclusivamente como derecho positivo. Sin embargo, no es ésta la cuestión que le interesa a Kelsen. Por ello, su tesis según la cual la norma fundamental vuelve consciente aquello que hacen los juristas cuando interpretan el derecho de una manera exclusivamente positivista no es una tesis empírica. No contiene ninguna reconstrucción empírica de la práctica jurídica, sino que explicita o define el punto de vista de los iuspositivistas. Queda abierta no sólo la cuestión de la corrección de este punto de vista. Tampoco interesa aquí la cuestión acerca de si reproduce correctamente la práctica jurídica real.

Por lo tanto, en resumen, puede constatarse lo siguiente con respecto a la teoría kelseniana de la norma fundamental: Kelsen tiene razón cuando dice que hay que presuponer una norma fundamental si se quiere pasar de la constatación de que algo ha sido dictado y es eficaz a la constatación de que algo vale o debe ser jurídicamente. Pero, esta norma fundamental no tiene por qué tener el contenido de la norma fundamental kelseniana. Así, puede contener elementos morales que tomen en cuenta el argumento de la injusticia. Además, hay que estar de acuerdo con Kelsen en el sentido de que hay que presuponer necesariamente una norma fundamental si se quiere interpretar al derecho como un orden de deber ser, pero se puede también renunciar a esta interpretación. Por ello, la norma fundamental tiene un carácter sólo débilmente trascendental. Por último, es correcto que la norma fundamental es una norma meramente pensada. En cambio, no lo es la tesis de Kelsen según la cual la norma fundamental no

⁵⁸ *Ibidem* 209.

es susceptible de ninguna fundamentación. Por el contrario, necesita fundamentación. Esto conduce al problema de una norma fundamental normativa.

2. *La norma fundamental normativa (Kant)*

Kant no habla de una «norma fundamental» y —a diferencia de Kelsen— ella tampoco se encuentra en el centro de su filosofía del derecho. Sin embargo, formula claramente la idea de una norma fundamental:

«Puede, pues, pensarse una legislación externa que contuviese sólo muchas leyes positivas; pero luego debería preceder una ley natural que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, la competencia para vincular a los demás a través de su propio arbitrio).»⁵⁹

Con esto se han mencionado las propiedades esenciales de una norma fundamental. Se trata de una norma que precede a las leyes positivas y que, con ello, fundamenta la competencia del legislador para dictarlas y, así, su validez. La diferencia decisiva con respecto a Kelsen consiste en que la norma fundamental de Kant no es solamente un presupuesto epistemológico sino una «ley natural». Según Kant, una ley natural es una ley cuya «obligatoriedad puede ser conocida *a priori* por la razón, también sin una legislación externa». ⁶⁰ Por lo tanto, la norma fundamental de Kant es una norma del derecho racional o —como se dice siguiendo una terminología más antigua— del derecho natural. ⁶¹ Se trata pues de una fundamentación iusracional o iusnatural de la validez del derecho positivo. Una fundamentación de este tipo conduce justamente a lo opuesto del carácter moralmente indiferente que tiene el derecho en Kelsen. Conduce al deber moral de la obediencia del derecho.

La teoría de la norma fundamental de Kant está inmersa en el contexto de su filosofía del derecho y ésta, a su vez, está

⁵⁹ Kant 1907a: 224.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem* 237.

estrechamente vinculada con su filosofía moral.⁶² Ni lo uno ni lo otro puede ser expuesto aquí ni siquiera en líneas generales. Tan sólo se echará una mirada a las razones que Kant expone a favor de su norma fundamental y su contenido.

La fundamentación que Kant da a su norma fundamental es parte de su fundamentación de la necesidad del derecho positivo. Esta fundamentación se encuentra en la tradición de las teorías del contrato social. Elemento constitutivo de estas teorías es la distinción entre un estado de naturaleza y un estado jurídico o estatal, al que Kant llama «civil». Las diferencias entre las teorías del contrato social resultan, entre otras cosas, de la interpretación del estado de naturaleza. Según Kant, en él existen ya los derechos basados en la razón. Sin embargo, ellos no están asegurados en el estado de naturaleza. Por lo tanto, a fin de asegurarlos, la razón exige el paso al estado civil o estatal:

«[P]or tanto, no es un *factum* el que hace necesaria la coacción legal pública, sino que, por buenos y amantes del derecho que quiera pensarse a los hombres, se encuentra ya *a priori* en la idea racional de semejante estado (no jurídico) que, antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno *lo que le parece justo y bueno* por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro. Por lo tanto, lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por lo tanto, ingresar en un estado en el que a cada uno se le determine *legalmente* y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe ingresar ante todo en un estado civil.»⁶³

⁶² Cfr. R. Dreier 1981c: 286 ss.

⁶³ Kant 1907a: 312.

Uno podría suponer que esta fundamentación de la necesidad del derecho positivo trae como consecuencia que los derechos naturales, a cuyo aseguramiento ha de servir el derecho positivo, tienen que estar recogidos de alguna manera en la norma fundamental. Sin embargo, tal no es el caso. La norma fundamental está exclusivamente orientada hacia la seguridad y la paz jurídicas. El contenido del derecho positivo, al que le confiere validez, interesa tan poco como en Kelsen. Esto se ve claramente cuando Kant formula su norma fundamental como un «principio práctico de la razón» que expresa «el deber de obedecer al poder legislativo actualmente existente, sea cual fuere su origen.»⁶⁴ Esto conduce a una prioridad estricta, basada iusracionalmente, del derecho positivo frente al derecho racional. Esto se ve con toda claridad en las consideraciones de Kant sobre el derecho de resistencia y las tareas de los juristas. No se admite el derecho de resistencia:

«Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico.»⁶⁵

Con respecto a la tarea de los juristas se dice:

«El jurista dedicado a ello rastrea las leyes que han de garantizar lo mío y lo tuyo (procediendo como debe en cuanto funcionario del Estado), no en su razón, sino en el código hecho público y sancionado por las más altas instancias. No sería justo exigirle comprobar la verdad y legitimidad de dichas leyes, ni tampoco encargarle su defensa contra las objeciones interpuestas por la razón. [...] Ya que en eso se cifra precisamente el ascendiente del gobierno, en no dejar a los súbditos la libertad de juzgar sobre lo justo y lo injusto según su propio criterio, sino conforme a la prescripción del poder legislativo.»⁶⁶

La estricta precedencia iusracionalmente fundamentada del derecho positivo sobre el derecho racional ha sido objeto

⁶⁴ *Ibidem* 319.

⁶⁵ *Ibidem* 320.

⁶⁶ Kant 1907b: 24 s.

de reiterada crítica.⁶⁷ Esta crítica puede apoyarse en tesis de Kant que no son conciliables o sólo lo son difícilmente con una estricta precedencia de toda ley, es decir, también de una ley positiva extremadamente injusta, frente al derecho positivo. Así, frente a un jurista orientado sólo empíricamente aduce:

«Lo que sea derecho (*quid sit iuris*), es decir, lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado, aún puede muy bien indicarlo; pero si también es justo lo que proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*ius-tum et iniustum*), permanecerán ocultos para él [...] Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza que, puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso.»⁶⁸

¿Cómo es esto conciliable con la concepción más arriba citada de Kant según la cual la cuestión de corrección o de la justicia de las leyes estatales «tiene que ser justamente dejada de lado por los juristas por ser inadecuada»?⁶⁹ También despierta dudas acerca de la coherencia interna de la teoría kantiana su «piedra de toque de la corrección jurídica de toda ley pública» que dice:

«Lo que un pueblo no puede decidir sobre sí mismo tampoco puede decidirlo un legislador sobre el pueblo.»⁷⁰

¿No puede realmente nunca este criterio, tampoco en casos de arbitrariedad tiránica, restringir el deber de obediencia a la ley? ¿Es realmente necesario que la seguridad y la paz jurídica exijan la obediencia de toda ley estatal, también de las extremadamente injustas que lesionan totalmente el, según Kant, «único derecho originario que corresponde a toda persona en virtud de su humanidad»?⁷¹ El análisis del argumento de la injusticia ha mostrado que hay que rechazar una

⁶⁷ Cfr., con referencias bibliográficas, R. Dreier 1985: 302 ss.

⁶⁸ Kant 1907a: 229 s.

⁶⁹ Cfr. R. Dreier 1986: 10.

⁷⁰ Kant 1912: 297, 304.

⁷¹ Kant 1907a: 237.

tal prioridad ilimitada del derecho positivo: a las leyes extremadamente injustas hay que negarles carácter jurídico.⁷²

Cabe preguntarse qué significa esto para la evaluación de la norma fundamental kantiana. Se ofrecen dos posibilidades. La primera es la que elige quien sostiene que la norma fundamental kantiana es la que mejor responde a los principios fundamentales kantianos. Sólo podría ser criticada sobre la base de puntos de vista que se encuentran fuera del sistema kantiano. La segunda posibilidad la elige quien afirma que la norma fundamental de Kant no es una consecuencia necesaria y tampoco el mejor de sus principios fundamentales. Esta tesis puede ser vinculada con la tesis según la cual una limitación del deber de obediencia exigido por su norma fundamental puede ser lograda mejor por un criterio como el de la fórmula radbruchiana, que se adecúa más al sistema kantiano que la versión estricta expuesta por Kant. Ello respondería a la intelección interpretativa según la cual también un gran filósofo no siempre ha de sacar las consecuencias correctas de sus principios fundamentales. Aquí no es posible exponer con la requerida profundidad cuál de ambas posibilidades debe ser preferida. Por ello, tan sólo se expresará la suposición de que Kant, con la formulación estricta de su norma fundamental, no sacó una consecuencia necesariamente ya incluida en su sistema sino que sucumbió a concepciones del Estado autoritario de su tiempo.⁷³ Si esta suposición es correcta, hay que modificar la norma fundamental kantiana en el sentido del argumento de la injusticia. Si no es correcta, entonces la norma fundamental kantiana basada en el derecho racional tiene efectos más positivistas que la de Kelsen. La norma fundamental de Kelsen dice que puede interpretarse como norma jurídicamente válida toda norma promulgada y eficaz si así se lo desea y que de aquí no surge ninguna obligación moral. En cambio, en caso de no ser restringida, la norma fundamental de Kant diría que hay que interpretar toda norma promulgada y eficaz como norma jurídicamente válida con independencia del hecho de que así se desee o no y que, además, se está moralmente obligado a obedecer toda norma de este tipo. Un tal positivismo radical moralmente

⁷² Cfr. *supra* Capítulo 2, III. 4.2.1.

⁷³ Cfr. R. Dreier 1979: 93.

fundamentado es mucho menos aceptable que la variante epistemológicamente escéptica de Kelsen.

3. La norma fundamental empírica (Hart)

Por lo que respecta a la crítica de la norma fundamental hartiana ya se ha dicho lo esencial cuando se analizó la teoría de la norma fundamental de Kelsen. Sin embargo, el gran papel que juega en la literatura y el hecho de que junto con la norma fundamental de Kant constituye la alternativa más importante a la norma fundamental de Kelsen exigen una exposición sistemática a un mismo nivel.

Hart no llama a su norma fundamental «norma fundamental» («*basic norm*») sino «*rule of recognition*» («regla de conocimiento» o «regla de reconocimiento»). Admite, sin embargo, que, en algunos respectos, su *rule of recognition* se parece a la concepción kelseniana de la norma fundamental.⁷⁴ Fundamenta la diferencia terminológica, sobre todo, en el diferente status de su norma fundamental.⁷⁵

Las coincidencias no pueden dejar de ser percibidas. La *rule of recognition* contiene los criterios para la identificación de reglas (en lugar de «normas», Hart habla de «reglas») como derecho válido.⁷⁶ En tanto tal contiene los criterios de, y con ello, también las razones para, la validez de todas las demás reglas del sistema fuera de ella misma.⁷⁷ Al igual que en Kelsen, se llega a ella cuando en la construcción escalonada del sistema jurídico se va siempre preguntando por la validez. Hart lo demuestra sobre la base de un ejemplo en el cual la última respuesta y, con ello, la formulación de la *rule of recognition* respectiva reza: «*What the Queen in Parliament enacts is law.*»⁷⁸

Pero, igualmente claras son las diferencias. La más importante es que tanto en la cuestión acerca de si existe una *rule of recognition* como en la cuestión acerca de cuál es su contenido se trata de cuestiones empíricas.⁷⁹

⁷⁴ Hart 1961: 245.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem* 97.

⁷⁷ *Ibidem* 102.

⁷⁸ *Ibidem* 103 s.

⁷⁹ *Ibidem* 245.

*«the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.»*⁸⁰

Esta es la razón por la cual sólo se puede hablar de la existencia pero no de la validez de la *rule of recognition*. Por cierto, es el criterio de validez de todas las demás reglas pero, en tanto criterio supremo de validez, no es ella misma válida.⁸¹ Su existencia se *muestra* en la forma como los participantes en un sistema jurídico identifican las reglas como derecho válido.⁸²

A primera vista, ésta parece ser una solución fascinantemente simple del problema de la norma fundamental. Sin embargo, en el análisis de la norma fundamental de Kelsen se vio claramente que esta solución es demasiado simple. Hart infiere de la aceptación de la *rule of recognition* —que se manifiesta en la práctica jurídica— su existencia y utiliza luego su existencia como fundamento de la validez de todas las demás reglas jurídicas. El problema reside en el concepto de aceptación. Aceptar una regla que encuentra su expresión en una práctica común significa pasar del hecho de que esta práctica existe al juicio de que está ordenado comportarse de acuerdo con esta práctica. La ventaja de la teoría kelseniana de la norma fundamental reside en que este paso del ser al deber ser no se esconde detrás de conceptos tales como los de aceptación y existencia de una práctica sino que es puesto de manifiesto y tematizado. En última instancia, una teoría empírica de la norma fundamental tiene que fracasar porque no puede aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de toda teoría de una norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser.⁸³

⁸⁰ *Ibidem* 107.

⁸¹ *Ibidem* 105 s.

⁸² *Ibidem* 98.

⁸³ Cfr. R. Dreier 1981b: 223.

Capítulo 4

Definición

Los resultados de las consideraciones precedentes serán ahora resumidos en una definición. Ella reza:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.

Esta es una definición del derecho desde la perspectiva del participante ¹ y, por lo tanto, una definición jurídica del derecho. El definido concepto del derecho incluye la validez.² Las tres partes de la definición corresponden a los argumentos de la corrección, de la injusticia y de los principios.

La *primera* parte de la definición contiene el elemento definitorio de la pretensión de corrección.³ Los sistemas de normas que no formulan explícita o implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos.⁴ En esta medida, la pretensión de corrección tiene un significado clasificante.⁵ Esto tiene pocas consecuencias prácticas. Efectivamente, por

¹ Cfr. Capítulo 2, III. 2.3.

² Cfr. Capítulo 2, III. 2.1.

³ Cfr. Capítulo 2, III. 4.1.

⁴ Cfr. Capítulo 2, III. 3.2.

⁵ Cfr. Capítulo 2, III. 2.4.

lo general, los sistemas jurídicos existentes formulan una pretensión de corrección, por menos justificada que ella pueda ser. Desde un punto de vista práctico, más importante es el significado cualificante⁶ de la pretensión de corrección. Este consiste en el hecho de que la mera no satisfacción de la pretensión de corrección no priva por cierto a los sistemas jurídicos y a las normas jurídicas aisladas del carácter jurídico o de la validez jurídica, pero las vuelve jurídicamente defectuosas.⁷ Esto es expresión del hecho de que el derecho posee necesariamente una dimensión ideal.

En la *segunda* parte de la definición se determina la relación entre los tres elementos definitorios clásicos de la legalidad conforme al ordenamiento, de la eficacia social y de la corrección material. La determinación de esta relación se lleva a cabo en dos gradas: la de la Constitución y la de las normas promulgadas de acuerdo con la Constitución. Con esto se expresa un alcance limitado de la definición. Ella vale sólo para sistemas jurídicos desarrollados que poseen una estructura escalonada. Para sistemas jurídicos no desarrollados habría que elaborar una variante más simple, algo que no haré aquí.

Presupuesto de la validez de una Constitución es que, en general, sea socialmente eficaz. Con esta fórmula se hace referencia a la validez social del sistema jurídico como un todo pues una Constitución es, en general, socialmente eficaz sólo si el sistema jurídico promulgado con ella es, en general, socialmente eficaz.⁸ Además, el concepto de eficacia social en general contiene las características de la coacción y de la dominación frente a sistemas de normas en competencia, contenidas en muchas definiciones del derecho. Este concepto contiene la característica de la coacción porque la eficacia social de una norma consiste en que o bien es obedecida o, en caso de desobediencia, se aplica sanción y porque la sanción de la desobediencia de normas jurídicas incluye el ejercicio de la coacción física que en los sistemas jurídicos desarrollados es coacción estatalmente organizada.⁹ El concepto de eficacia social en general incluye la característica de la dominación

⁶ Cfr. Capítulo 2, III, 2.5.

⁷ Cfr. Capítulo 2, III, 4.1.

⁸ Cfr. Capítulo 3, II.

⁹ Cfr. Capítulo 3, I, 1.

frente a sistemas de normas en competencia porque un sistema de normas que en caso de conflicto no se impone frente a otros sistemas de normas no es, en general, socialmente eficaz.¹⁰

Lo hasta ahora dicho con respecto a la validez de la Constitución, es decir, la primera grada de la segunda parte de la definición vale también para los conceptos positivistas del derecho. Esta parte de la definición adquiere un carácter no positivista cuando el criterio de la Constitución socialmente eficaz en general es restringido a través de la característica definitoria negativa de la extrema injusticia. La razón para ello es el argumento de la injusticia. Aquí hay que subrayar que, a diferencia de la característica de la eficacia social, la de la extrema injusticia no se refiere a la Constitución en su totalidad sino sólo a las normas aisladas de la Constitución.¹² Esto expresa que la validez jurídica de un sistema jurídico, en tanto totalidad, depende en mayor medida de la validez social que de la validez moral.¹³

En la segunda grada de la segunda parte de la definición se trata de las normas aisladas promulgadas de acuerdo con la Constitución. Esta segunda grada es necesaria porque en el caso de las normas aisladas, a diferencia de lo que sucede en los sistemas jurídicos, la eficacia social en general no es condición de su validez jurídica. En un sistema jurídico de estructura escalonada, este criterio es reemplazado por el de la legislación conforme con una Constitución en general socialmente eficaz.¹⁴ Para este criterio valen dos restricciones. Las normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden la validez jurídica cuando no poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y/o cuando son extremadamente injustas. Esto último es nuevamente expresión del carácter no positivista del concepto de derecho aquí presentado.

Mientras que la segunda parte de la definición restringe el concepto positivista del derecho a través de la característi-

¹⁰ Cfr. Capítulo 3, II. 1.1.

¹¹ Cfr. Capítulo 2, III. 4.2.

¹² Cfr. Capítulo 3, III. 4.2.2.

¹³ Cfr. Capítulo 3, II. 4.1.

¹⁴ Cfr. Capítulo 3, II. 1.2.

ca de la extrema injusticia, la *tercera* amplía la extensión de aquello que pertenece al derecho. Ello se debe a que se incorpora en el concepto de derecho el procedimiento de la aplicación del derecho.¹⁶ Todo aquello en lo que —en el ámbito de apertura del derecho— se apoya y/o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho.¹⁷ De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión. La cláusula «apoya y/o tiene que apoyarse» expresa el juego de las dimensiones real e ideal de la aplicación del derecho. Al derecho pertenecen tanto aquellos argumentos con los cuales quienes lo aplican apoyan fácticamente sus decisiones, también cuando ellas no satisfacen la pretensión de corrección, como aquellos argumentos en los que deberían apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección. Con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho.

¹⁵ Cfr. Capítulo 2, III. 4.2.1. y Capítulo 3, II. 1.2.

¹⁶ Cfr. Capítulo 2, III. 2.2.

¹⁷ Cfr. Capítulo 2, III. 4.3.

Bibliografía

- Aarnio, Aulis; Alexy, Robert y Peczenik, Aleksander 1983: «Grundlagen der juristischen Argumentation», en Werner Krawietz y Robert Alexy (eds.): *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, págs. 9-87
- Alexy, Robert 1981: «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechtstheorie*, Beiheft 2, págs. 177-188
- 1985: *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden.
- 1990: «Zur Kritik des Rechtspositivismus», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 37, págs. 9-26
- 1991 a: *Theorie der juristischen Argumentation*, 2a edición, Francfort del Meno.
- 1991 b: «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», conferencia en el 15. Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Gotinga 1991.
- Augustinus, Aurelius 1979: *Der Gottesstaat*, Munich /Viena/ Zürich
- Austin, John 1885: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1861), 2 tomos, 5a edición, Londres
- Austin, John Langshaw 1962: *How to Do Things with Words*, Londres, Oxford/Nueva York
- 1970: «The Meaning of a Word», en del mismo autor: *Philosophical Papers*, 2a edición, Londres/Oxford/Nueva York, págs. 55-75
- Bierling, Ernst Rudolf 1894: *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 1, Friburgo de Brisgovia/ Leipzig
- Bittner, Claudia 1988: *Recht als interpretative Praxis*, Berlín
- Bydlinski, Franz 1982: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena/Nueva York
- Dreier, Horst 1991: «Die Radbruchsche Formel - Erkenntnis oder Bekenntnis?», en *Festschrift für Robert Walter*, editado por Heinz Mayer et a., Viena, págs. 117-135
- Dreier, Ralf 1979: «Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie», en *Rechtstheorie*, Beiheft 2, págs. 89-105
- 1981 a: «Recht und Moral» en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie*, Francfort del Meno, págs., 180-216
- 1981 b: «Sein und Sollen», en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie*, Francfort del Meno, págs. 217-240

- 1981 c: «Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants», en del mismo autor, *Recht - Moral - Ideologie*, Francfort del Meno, págs. 286-315
- 1985: «Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht», en *Festschrift für Rudolf Wassermann*, editado por Christian Broda et a., Neuwied/Darmstadt, págs. 299-316
- 1986: *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Francfort del Meno
- 1987: «Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?», en *Rechtstheorie* 18, págs. 368-385
- 1991: «Der Begriff des Rechts» en del mismo autor, *Recht - Staat - Vernunft*, Francfort del Meno, págs. 95-119
- Dworkin, Ronald 1984: *Bürgerrechte ernst genommen*, Francfort del Meno
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass./Londres
- Fuller, Lon L. 1969: *The Morality of Law*, New Haven/Londres
- Geiger, Theodor 1987: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4a edición, Berlín
- Günther, Klaus 1988: *Der Sinn für Angemessenheit*, Francfort del Meno
- Hamlyn, D. W. 1967: «Analytic and Synthetic Statements», en *The Encyclopedia of Philosophy*, editada por Paul Edwards, tomo. 1, Nueva York/Londres, págs. 105-109
- Hart, H. L. A. 1961: *The Concept of Law*, Oxford
- 1971: «Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral», en del mismo autor *Recht und Moral*, Gotinga, págs. 14-57
- Hoerster, Norbert 1986: «Zur Verteidigung des Rechtspositivismus», en *Neue Juristische Wochenschrift*, págs. 2480-2482
- 1987: «Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff», en *Juristische Schulung*, págs. 181-188
- 1990: «Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 37, págs. 27-32
- Höffe, Ottfried 1987: *Politische Gerechtigkeit*, Francfort del Meno
- Holmes, Oliver Wendell 1897: «The Path of the Law» en *Harvard Law Review* 10, págs. 457-478
- Hume, David 1888: *A Treatise of Human Nature*, Oxford
- Ipsen, Knut 1990: *Völkerrecht*, Munich

- Kant, Immanuel 1781/1787: *Kritik der reinen Vernunft*, 1./2. edición, Riga (citado: A/B)
- 1903: *Prolegomena en Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo IV, Berlín, págs. 252-383
 - 1907 a: *Metaphysik der Sitten en Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo VI, págs. 203-494
 - 1907 b: *Der Streit der Fakultäten en Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo VII, págs. 1-116
 - 1912: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis en Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo VIII, págs. 273-313
- Kantorowicz, Hermann s.d.: *Der Begriff des Rechts*, Gotinga
- Kelsen, Hans 1960: *Reine Rechtslehre*, 2a edición, Viena
- 1964 a: «Diskussionsbeitrag», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* N. F. 13, págs. 119-120
 - 1964 b: «Die Funktion der Verfassung» en *Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages*, Viena, tomo II, 7a parte, págs. 65-76
 - 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena
- Koch, Hans-Joachim y Rüssmann, Hellmut 1982: *Juristische Begründungslehre*, Munich
- Kriele, Martin 1979: *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga
- Loos, Fritz 1970: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, Tübinga
- Luhmann, Niklas 1972: *Rechtssoziologie*, 2 tomos, Reinbek
- MacCormick, Neil 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford
- 1986: «Law, Morality and Positivism», en Neil MacCormick y Ota Weinberger: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, págs. 127-144
- Maus, Ingeborg 1989: «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», en *Rechtstheorie* 20 págs. 191-210
- Müller, Friedrich 1986: *'Richterrecht'*, Berlín
- Neumann, Ulfrid 1986: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt
- Ott, Walter 1976: *Der Rechtspositivismus*, Berlín

- 1988: «Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra», en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* N. F. 107, págs. 335-357
- 1991: «Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien», en *Festschrift für Robert Walter*, editado por Heinz Mayer et al., Viena, págs. 519-533
- Paulson, Stanley L. 1990: «Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?», en *Rechtstheorie* 21, págs. 155-179
- Peczenik, Aleksander 1983: *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York
- Radbruch, Gustav 1973 a: *Rechtsphilosophie*, 8a edición, Stuttgart
- 1973 b: «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» (1945), en del mismo autor *Rechtsphilosophie*, 8a edición, Stuttgart, págs. 327-329
- 1973 c: «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946), en del mismo autor *Rechtsphilosophie*, 8a edición, Stuttgart, págs. 339-350
- Röhl, Klaus F. 1987: *Rechtssoziologie*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich
- Ross, Alf 1958: *On Law and Justice*, Berkeley/Los Angeles
- 1968: *Directives and Norms*, Londres/Nueva York
- Rottleuthner, Hubert 1981: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo/München
- 1987: *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt
- Sieckmann, Jan-Reinhard 1990: *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden Baden
- Strolz, Marc Maria 1991: *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Zürich
- Stuckart, Wilhelm und Globke, Hans 1936: *Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung*, tomo 1, Munich/Berlín
- Stuhlmann-Laeisz, Rainer 1983: *Das Sein-Sollen-Problem*, Stuttgart-Bad Cannstatt
- Summers, Robert S. 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca/Londres
- Weber, Max 1976: *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921), 5a edición, Tubinga
- Xenophon 1917: *Memorabilien*, Berlín

UNA CONCEPCIÓN TEÓRICO DISCURSIVA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

I. Introducción

El tema de este congreso —«Sistema jurídico y razón práctica»— parece presuponer lo que hay que demostrar primeramente, es decir, que existe algo así como una razón práctica. Pues sólo si existe una razón práctica, al menos en el sentido de que es posible realizarla, tiene sentido preguntarse acerca de su relación con el sistema jurídico. Si se echa una mirada a la literatura iusfilosófica de nuestro siglo, es fácil comprobar que puede dudarse acerca de la posibilidad y, por lo tanto, de la existencia de la razón práctica. Nada menos que Alf Ross y Hans Kelsen consideraban que el concepto de razón práctica era un «concepto autocontradictorio».¹ La razón se referiría sólo al conocimiento; el campo de lo práctico correspondería, en cambio, al querer. Pero, el conocimiento estaría justamente definido por el hecho de que no es un querer y sería constitutivo del querer el no tener el carácter del conocer. Por ello, el concepto de razón práctica sería un «concepto lógicamente insostenible».²

Con esta concepción habrán de estar de acuerdo todos los representantes de una ética nocognocitivista, es decir, todos los emotivistas,³ al menos tendencialmente.⁴ De acuerdo con

¹ H. Kelsen, «Das Problem der Gerechtigkeit» en del mismo autor, *Reine Rechtslehre*, 2a edición, Viena 1960, pág. 415; A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Copenhague/Leipzig 1933, pág. 19.

² H. Kelsen, op. cit. en nota 1, pág. 419.

³ Cfr. el emotivista más importante: Ch. L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven/Londres 1944.

⁴ Esta restricción es necesaria ya que Stevenson distingue, en todo caso, entre métodos de fundamentación racionales y no racionales; cfr. del mismo autor, op. cit. en nota 3, págs. 115 ss., 139 s.

la teoría emotivista, enunciados normativos como «Todos los hombres tienen derecho a la libertad y la dignidad» tienen sólo la función de expresar o provocar sentimientos o actitudes. En tanto meros medios de la expresión de sentimientos y de influencia psíquica, este tipo de expresiones no tendrían nada que ver con la verdad o la corrección y, por lo tanto, tampoco con la razón práctica. Críticos enfáticos de la razón, como Nietzsche, coinciden en sus resultados con la sobria escuela metaética del emotivismo. Según Nietzsche, la razón y muy especialmente la razón práctica, sería «una vieja y trapacera mujerzuela»⁵ que obstaculizaría la vía de una moral sana, y ello significa según Nietzsche, una moral dominada «por un instinto de la vida».⁶

¿Hay realmente que inferir que nos encontramos aquí con un concepto autocontradictorio que, en el mejor de los casos, puede ser utilizado como arma semántica en un proceso permanente de manipulación recíproca y que, en el peor de los casos nos engaña en la vida? Mi tesis reza: No. La cuestión es cómo puede fundamentarse esta tesis.

II. La polémica acerca del concepto de razón práctica

Un primer problema con el que se enfrenta todo aquél que quiera exponer que la razón práctica es posible y, en este sentido, existe resulta del hecho de que el concepto de racionalidad práctica es sumamente vago. Además, la terminología es oscilante. En vez de «razón práctica» se suele hablar de «racionalidad práctica». A fin de evitar toda decisión apresurada, ambas expresiones serán utilizadas aquí como sinónimas.

Con esto se agrava el problema. La variedad de aquello que puede ser concebido como racionalidad práctica parece ser casi ilimitada. Así, por ejemplo, Lenk distingue veinte tipos de racionalidad.⁷ Ante esta situación, uno puede intentar rastrear las características más generales del concepto de racionalidad práctica.⁸ Aquí habrán de encontrarse cosas tales

⁵ Fr. Nietzsche, «Götzen-Dämmerung» en Friedrich Nietzsche, *Werke*, edición de K. Schlechta, 9.ª edición, Munich 1982, tomo 2, pág. 960.

⁶ *Ibidem*, pág. 967.

⁷ H. Lenk, «Rationalitätstypen» en G. Pasternak (ed.), *Rationalität und Wissenschaft*, Bremen s.d., págs. 9 ss.

⁸ Cfr. al respecto, D. Buchwald, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Baden-Baden 1990, págs. 58 ss.

como consistencia, coherencia, fundamentabilidad, verdad empírica, efectividad, optimización y reflexividad. Pero, aun cuando se lograra calificar a tales conceptos como las características más generales del concepto de racionalidad práctica y precisar su relación recíproca, poco es lo que con ello se habría ganado. La polémica propiamente dicha sobre el concepto de racionalidad se lleva a cabo por debajo de este nivel de abstracción. No se trata de una polémica acerca de las características más generales de la racionalidad, sino entre diversas concepciones de la racionalidad práctica.

En la discusión actual, compiten sobre todo tres concepciones de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la «aristotélica», la «hobbesiana» y la «kantiana». Si a esto se suma la posición de la crítica radical del concepto de razón práctica sostenida por Nietzsche, se obtiene un común denominador de estas tres concepciones. Las tesis de los representantes contemporáneos de estas concepciones muestran que la polémica entre las diversas concepciones de racionalidad tiene una importancia que va mucho más allá de lo puramente académico. De lo que se trata es del fundamento normativo de la convivencia humana y de la autocomprensión del individuo y de la sociedad. Así, según Alasdair MacIntyre, el representante actualmente más discutido de una concepción aristotélica,⁹ habría fracasado el «proyecto de la Ilustración».¹⁰ Habría que rechazar todas las variantes del individualismo liberal.¹¹ Toda moral individualista se presentaría como un fantasma.¹² La creencia en los derechos humanos sería equiparable a la creencia en brujas y unicor-

⁹ Para una exposición general de la concepción aristotélica, cfr. H. Schnädelbach, «Was ist Neoaristotelismus?» en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Francfort del Meno 1986, págs. 38 ss., como así también J. E. Pleines, «Zur Sache des sogenannten Neoaristotelismus» en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), págs. 133 ss. Ambos artículos son interesantes desde el punto de vista de la clasificación de las concepciones de la racionalidad debido a la tesis según la cual en el ámbito de la filosofía política el neohegelianismo tiene que ser incluido en el neoaristotelismo. Esta tesis subyace a la clasificación aquí sostenida.

¹⁰ A. MacIntyre, *After Virtue*, 2.ª edición, Londres 1985, pág. 271.

¹¹ *Ibidem*, págs. X, 220 s., 259.

¹² *Ibidem*, págs. 43 ss., 60, 256 ss.

nios.¹³ En su lugar, se recomienda una orientación hacia la idea de una vida buena vinculada con lo local y lo especial.¹⁴ Representantes de la concepción hobbesiana como Buchanan¹⁵ y Gauthier¹⁶ han ampliado la idea weberiana de la racionalidad instrumental¹⁷ al concepto de maximización de la utilidad individual y ofrecido una nueva concepción de las teorías contractualistas clásicas dentro del marco de las teorías modernas de la elección racional y de la negociación racional.¹⁸

¹³ *Ibidem*, pág. 69.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 219, 126 s.

¹⁵ J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres 1975.

¹⁶ D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford 1986.

¹⁷ Tomado en sí mismo, el concepto de racionalidad instrumental no define todavía ninguna concepción de racionalidad. Todo actuar racional humano tiene una estructura teleológica. Por ello, la lógica del actuar teleológico vale para toda concepción de la racionalidad. Esta no se limita, como lo expresara Max Weber (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.ª edición, Tubinga 1976, pág. 13), a la cuestión de saber si un medio es necesario para la obtención del fin que con él se persigue. Más bien, exige una triple ponderación: (1) la del medio con respecto al fin, (2) la del fin con respecto a las consecuencias secundarias inevitables y (3) la del fin perseguido con respecto a los otros fines posibles (Max Weber, «Der Sinn der 'Wertfreiheit' der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften» en del mismo autor, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 6.ª edición, Tubinga 1985, pág. 508). La idea de la racionalidad instrumental se convierte en una concepción independiente de la racionalidad sólo cuando es vinculada con la tesis no cognocitivistica según la cual la elección de los fines, como así también la ponderación entre fines y medios, consecuencias secundarias y fines en competencia depende, en última instancia, de preferencias subjetivas que no pueden ser fundamentadas racionalmente. Tal es la concepción de Max Weber: «Entre los valores se trata siempre y en todo lugar no sólo de alternativas sino de una lucha insuperable a muerte como si fuera entre 'Dios' y el 'Diablo'» (*ibidem*, pág. 507; cfr. *Wissenschaft als Beruf* en del mismo autor, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 6.ª edición, Tubinga 1985, págs. 603 s.).

¹⁸ La teoría de la justicia de Rawls no pertenece a las teorías hobbesianas sino a las kantianas. En Rawls, con el establecimiento de la posición originaria, del velo de la ignorancia que priva a los decisores de toda información sobre su persona, se fija el punto de partida: sólo se puede decidir desde la perspectiva de cada persona y, en esta medida, imparcial y justamente. De esta manera, la posición originaria de Rawls contiene una decisión normativa en favor de una concepción universalista y, con ello, kantiana de la racionalidad. Por eso, el propio Rawls ha calificado de falsa la tesis anteriormente sostenida por él (J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971, págs. 16, 583) y la ha dejado de lado (J. Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» en *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), pág. 237, nota 20).

La tesis de Buchanan según la cual un contrato de esclavitud puede perfectamente ser un resultado de una negociación racional¹⁹ muestra que ella incluye implicaciones normativas discutibles. Por último, como un escéptico que sigue las huellas de Nietzsche, cabe mencionar a Foucault según el cual detrás de la «voluntad de verdad» y del discurso se esconden «el afán y el poder».²⁰ Lo que importaría sería desenmascarar al «instinto, la pasión, la ira inquisitorial, el cruel refinamiento, la maldad [...] (y) la violencia» en tanto «formas y transformaciones de la voluntad de saber».²¹

Intentaré defender la concepción kantiana en una variante teórico-discursiva. Por razones de espacio, no es aquí posible presentar y criticar en detalle las posiciones opuestas. Habré de referirme tan sólo a algunas objeciones por ellas formuladas.

¹⁹ J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, págs. 59 s.; del mismo autor, «The Gauthier Enterprise» en *Social Philosophy and Policy* 5 (1988), págs. 84 ss. Gauthier intenta evitar tales resultados formulando una reserva con respecto a la posición inicial de negociación que excluye la posibilidad de que alguien lleve a la mesa de negociación algo que haya adquirido a costa de un tercero (D. Gauthier, *Morals by Agreement*, págs. 200 ss.). Buchanan ha objetado aquí con razón que, de esta manera, la teoría de la negociación de Gauthier, en contra de su punto de partida hobbesiano, incorpora premisas morales ya que entre maximizadores de utilidades en modo alguno es necesario bajo todas las circunstancias renunciar a todas las ventajas de la explotación (J. M. Buchanan, «The Gauthier Enterprise», págs. 84 ss.; cfr. además G. Harman, «Rationality in Agreement» en *Social Philosophy and Policy* 5 (1988), pág. 11). La objeción según la cual Gauthier recoge en su posición inicial de negociación demasiada moral lo coloca a Gauthier en las proximidades de Rawls, cuya teoría debe ser calificada de kantiana. Por otra parte, si se toma en cuenta a los débiles y a los minusválidos, que no pueden aportar nada o muy poco a la mesa de negociación, puede decirse que la concepción de Gauthier contiene demasiada poca moral (cfr. J. S. Fishkin, «Bargaining, Justice and Justification: Towards Reconstruction» en *Social Philosophy and Policy* 5 (1988), pág. 52). Todo esto muestra que la propuesta de Gauthier incluye una decisión en favor de una determinada moral que no puede ser fundamentada exclusivamente a través de la idea de la maximización de utilidades.

²⁰ M. Foucault, *Die Ordnung des Diskurses*, Francfort/Berlin/Viena 1977, pág. 15.

²¹ Del mismo autor, «Nietzsche, die Genealogie, die Historie» en del mismo autor, *Von der Subversion des Wissens*, Francfort/Berlin/Viena 1978, pág. 107.

III. Una concepción kantiana de la racionalidad práctica: la teoría del discurso

La base de toda concepción kantiana de la racionalidad práctica es la idea de la universalidad. Esta idea puede ser interpretada de muy diversa manera. Aquí habrá de interesarse sólo la interpretación de la teoría del discurso.²²

1. La idea básica de la teoría del discurso

La teoría del discurso es una teoría procedimental. Por ello, la concepción de la racionalidad de la teoría del discurso es la de una racionalidad procedimental universalista. También las teorías contractualistas de tradición hobbesiana, como las de Buchanan y Gauthier, son teorías procedimentales. Según ellas, al igual que en la teoría del discurso, una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un determinado procedimiento.²³ La diferencia reside en la configuración del procedimiento. El procedimiento de las teorías contractualistas es un procedimiento de negociación; el de la teoría del discurso, un procedimiento de argumentación. En el centro de la teoría contractualista se encuentra el concepto de la decisión racional. Esta es definida a través de la idea de la maximización individual de utilidades. El concepto núcleo de la teoría del discurso es el concepto de juicio racional. Este es definido a través del concepto de fundamentación racional o argumentación. A su vez, esta última es definida a través de la idea del discurso racional.

Un discurso práctico es racional si satisface las condiciones del argumentar práctico-racional. Estas condiciones pueden ser resumidas²⁴ en un sistema de reglas del dis-

²² Con respecto a la evaluación de la teoría del discurso como kantiana, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2.ª edición, Francfort del Meno 1991, pág. 153; J. Habermas, «Moralität und Sittlichkeit» en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Francfort del Meno 1986, págs. 16 ss.; O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Francfort del Meno 1990, págs. 343 s.

²³ Cfr. al respecto R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), pág. 178.

²⁴ Con respecto a un sistema tal de 28 reglas del discurso, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 234 ss.

curso.²⁵ La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas.

Las reglas del discurso pueden ser clasificadas de múltiple manera. Aquí es conveniente una división en dos grupos: reglas que se refieren directamente a la estructura de los argumentos y reglas cuyo objeto inmediato es el procedimiento del discurso. Las reglas del primer grupo, es decir, las que se refieren directamente a la estructura de los argumentos, exigen, por ejemplo, la no contradicción (1.1),²⁶ la universabilidad en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados (1.3), (1.3'), la claridad lingüístico-conceptual (6.2), la verdad de las premisas empíricas utilizadas (6.1), la completitud deductiva de los argumentos (4), la consideración de las consecuencias (4.2), (4.3), ponderaciones (4.5), (4.6), el intercambio de roles (5.1.1) y el análisis del surgimiento de las convicciones morales (5.2.1), (5.2.2). Todas estas reglas son también monológicamente utilizables y hay mucho que habla en favor de que ninguna teoría de la argumentación práctico-racional o de la fundamentación puede renunciar a ellas. De esta manera, es claro que la teoría del discurso en modo alguno sustituye la fundamentación a través de una mera creación de consenso. Incluye completamente las reglas de la argumentación racional referidas a los argumentos. Su peculiaridad consiste exclusivamente en que a este nivel se le añade un segundo nivel, es decir, el de las reglas referidas al procedimiento del discurso.

Este segundo grupo de reglas es de un tipo no-monológico. Su principal objetivo es el aseguramiento de la imparcialidad de la argumentación práctica y, con ello, el de la formación práctica de juicios que en ella se basa. Las reglas que sirven este fin pueden ser llamadas «reglas específicas del discurso». Las más importantes rezan:

1. Todo hablante puede participar en el discurso. (2.1)

²⁵ El concepto de reglas del discurso es concebido aquí de manera tal que abarque tanto reglas como principios en el sentido de la teoría general de las normas. Con respecto a esta distinción, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, págs. 75 ss.

²⁶ La numeración se refiere a las formulaciones de las reglas en R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 234 ss.

2. (a) Todos pueden cuestionar cualquier asección.
- (b) Todos pueden introducir cualquier asección en el discurso.
- (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (2.2)
3. Ningún hablante puede ser impedido a través de una coacción dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecidos en (1) y (2). (2.3)

Estas reglas expresan, bajo un ropaje teórico-argumentativo, el carácter universalista de la concepción teórico-discursiva de la racionalidad práctica. Si valen estas reglas, vale entonces también la siguiente condición de aprobación universal:

AU: Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos.²⁷

Una norma que, bajo estas condiciones, encuentra aprobación universal es correcta en un sentido ideal. Por lo tanto, tiene una validez moral ideal. Este concepto de validez moral ideal se corresponde con el principio del poder legislativo de Kant:

«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.»²⁸

²⁷ La condición de aceptación universal se convierte en una regla del discurso si se considera como ordenada la creación de una aceptación universal. Cfr. al respecto la regla (5.1.2) en R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 252, como así también la máxima de universalización U en J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm» en del mismo autor, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt del Meno 1983, págs. 75 s., 103.

²⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten* en *Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo 6, Berlín 1907/14, págs. 313 s.

2. El status de la teoría del discurso como teoría de corrección y de racionalidad práctica

a) Discurso y buenas razones

Weinberger ha objetado en contra de la teoría del discurso, en tanto teoría de la corrección práctica, que la corrección de una tesis no depende del hecho de que pueda ser el resultado de un discurso sino tan sólo de que puedan aducirse en su favor buenas razones.²⁹ Que un consenso no puede ser ningún criterio de verdad podría reconocerse ya en el hecho de que aquél puede lograrse rápidamente en situaciones de psicosis de masas.³⁰

A ello cabe responder que la situación de psicosis de masas es exactamente lo opuesto a la situación de discurso racional. Ya he expuesto que la teoría del discurso incluye completamente las reglas de la argumentación racional referidas a argumentos. Desde luego, hay que admitir que la observancia de las reglas del discurso no garantiza todavía la bondad de los argumentos.³¹ Esto conduce a una premisa esencial para la teoría del discurso y que hasta ahora, por lo general, ha sido demasiado poco destacada.³² La teoría del discurso presupone que los participantes del discurso, es decir, las personas tal como realmente existen, están básicamente en condiciones de distinguir las buenas de las malas razones. Parte, pues, de una básicamente existente facultad de juicio de los participantes.³³ Esto no significa que la capacidad de juicio

²⁹ O. Weinberger, «Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation» en W. Krawietz/R. Alexy (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín 1983, págs. 188 ss.

³⁰ *Ibidem*, pág. 192.

³¹ Spaemann plantea la cuestión de saber en qué «se distingue (el discurso, E. G. V.) de los otros procesos dinámicos de grupo» (R. Spaemann, *Glück und Wohlwollen*, Stuttgart 1990, pág. 177). Lo que lo distingue es la observancia de las reglas de la argumentación racional.

³² Cfr. R. Alexy, «Probleme der Diskurstheorie» en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), pág. 89.

³³ Se trata aquí de algo así como un «missing link» entre las reglas del discurso y la corrección del resultado, cuya falta ha sido reiteradamente criticada. Cfr., por ejemplo, O. Höffe, «Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (Habermas)» en *Philosophisches Jahrbuch* 83 (1976), pág. 330; K. H. Ilting, «Geltung als Konsens» en *neue hefte für philosophie* 10 (1976), pág. 34; A. Kaufmann, «Recht und Rationalität» en *Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschr. f. W. Maihofer*, editado por A. Kaufmann/E. J. Mestmäcker/H. F. Zacher, Francfort del Meno 1988, pág. 36.

sea una exigencia del procedimiento.³⁴ La relación entre el procedimiento del discurso y la capacidad de juicio de sus participantes corresponde, más bien, a la que se da entre la Constitución de un Estado democrático de derecho y la capacidad de sus ciudadanos para participar en las actividades políticas, económicas y sociales. Esto último no es exigido por las normas constitucionales sino que es presupuesto por la Constitución.³⁵

b) La necesidad de la comunicación

Según una segunda objeción, el concepto de fundamentación racional no estaría necesariamente vinculado con el de discurso racional. Así, Tugendhat aduce en contra de la teoría del discurso que «no toda fundamentación es [...] esencialmente comunicativa ya que ella es igualmente realizable por un individuo para sí mismo, es decir, es, en este sentido, monológica».³⁶

A ello cabe responder que, en todo caso, la formación *práctica* del juicio necesariamente tiene que estar inserta en una estructura normativa si ha de lograrse la medida posible de racionalidad. La formación práctica del juicio apunta no sólo, como ha sostenido Habermas,³⁷ a la constatación de intereses comunes, es decir, compartidos por todos. Prácticamente más importantes son los juicios sobre un equilibrio justo de intereses no comunes, es decir, particulares.³⁸ Un equilibrio de in-

³⁴ Con respecto a esta variante, cfr. A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt del Meno 1986, pág. 72.

³⁵ El presupuesto de la capacidad de juicio es una premisa débil en un sentido doble. Por una parte, una teoría ética no puede prescindir de ella. Por eso, la teoría del discurso no tiene que recurrir a una premisa especial y, en este sentido, fuerte. Por otra, el concepto de la capacidad de juicio, tomado en sí mismo, es demasiado pobre de contenido como base de una teoría ética. No contiene ni criterios para juicios correctos ni procedimientos para llegar a ellos. La teoría del discurso rodea, por así decirlo, a la capacidad de juicio. La idea subyacente es que a través de una argumentación que satisfaga sus exigencias se posibilita un control y desarrollo óptimos de la capacidad de juicio.

³⁶ E. Tugendhat, «Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N. F. 14 (1980), pág. 6.

³⁷ J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm» (citado en nota 27), pág. 83.

³⁸ Para más detalles al respecto cfr. R. Alexy, «Antwort auf einige Kritiker» en del mismo autor, *Theorie der juristischen Argumentation* (nota 22), págs. 406 s.

tereses es, en lo esencial, un asunto de la ponderación de intereses. Como no existe ningún criterio universal y estrictamente aplicable para ponderar intereses diferentes, las ponderaciones necesarias para el equilibrio pueden ser determinadas sólo con relación a los intereses respectivamente existentes. Pero, puede argumentarse acerca del peso relativo o la justificación relativa de los intereses. Desde el punto de vista de la racionalidad y, por lo tanto, de la corrección, una determinación de los pesos relativos de los intereses en colisión es superior a una ponderación llevada a cabo sin argumentos.

El punto decisivo es, pues, que la interpretación y ponderación de los respectivos intereses es un asunto del o de los respectivos afectados.³⁹ Quien discute esto no respeta la autonomía del otro. No toma en serio al individuo. Con esto se ve claramente que hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo.⁴⁰

3. Sobre la fundamentación de las reglas del discurso

La exigencia de tomar al individuo en serio expresa una premisa normativa subyacente a la teoría del discurso. Ella se refleja en las reglas específicas del discurso que garantizan el derecho de participación de cada cual en el discurso, como así también la libertad y la igualdad en los discursos. La cues-

³⁹ Cfr. G. Patzig, «Zur Begründung sozialer Verhaltensnormen» en el mismo autor, *Tatsachen, Normen, Sätze*, Stuttgart 1980, pág. 116: «Toda fundamentación de normas tiene que partir de las necesidades, intereses y deseos reales de las respectivas personas afectadas [...] Pero, de aquí se sigue también que nadie puede estar autorizado, prescindiendo de los individuos participantes, a poner en juego las necesidades e intereses 'objetivos', es decir, reales y verdaderos, frente a las necesidades subjetivas [...] La fundamentación de normas no es pues posible de una vez para siempre sino sólo a través de un discurso racional continuado».

⁴⁰ Spaemann ha sostenido que el discurso no es «una instancia normativa de decisión» (R. Spaemann, *Glück und Wohlwollen* (nota 31), pág. 179). Es verdad que la competencia para la formación del juicio debe quedar reservada al individuo. Pero también lo es que la realización del discurso es condición necesaria de una fundamentación práctica correcta y, por lo tanto, racional.

tión consiste en saber cómo puede fundamentarse esta premisa o aquellas reglas. De lo que se trata en esta cuestión es, nada menos, que de la fundamentación del carácter universalista de la racionalidad práctica.

En contra de la concepción de racionalidad de la teoría del discurso se ha objetado que ella sería sólo expresión de una determinada forma de vida,⁴¹ es decir, la del racionalismo europeo en su variante signada por el concepto de razón práctica. Por lo tanto, no podría pretender ninguna validez universal. Una crítica de signo postmoderno suele agregar, haciendo referencia al problema de la modernidad, que el racionalismo no sólo alcanzó su punto culminante en la Ilustración sino que también lo habría ya sobrepasado. Como lo subraya Paul Feyerabend, otras formas de vida tendrían, básicamente, igual jerarquía.⁴² Por ello, no sería legítimo establecer una vinculación necesaria entre la idea del discurso y conceptos tales como los de verdad, corrección o racionalidad. Más bien, las reglas del discurso estarían históricamente condicionadas y, en esta medida, serían relativas. La suposición del postulado de racionalidad a ellas subyacente sería una cuestión de decisión personal.⁴³

Estas objeciones ponen claramente de manifiesto que hay que distinguir dos aspectos de la universalidad. Uno de ellos se refiere al contenido de las reglas del discurso; el otro, a su validez. Estas reglas son universales por lo que respecta a su contenido, en la medida en que exigen los mismos derechos

⁴¹ Cfr., por ejemplo, C. Braun, «Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft» en *Rechtstheorie* 19 (1988), pág. 254.

⁴² Feyerabend llama al «racionalismo occidental» una «ideología tribal» (P. Feyerabend, *Irrwege der Vernunft*, Francfort del Meno 1989, págs. 431, 436). Habrá de mostrarse que la teoría del discurso se distingue de las simples ideologías tribales por el hecho de que formula las condiciones de coexistencia de aquello que Feyerabend probablemente entiende bajo «ideologías tribales». La teoría del discurso conduce a los derechos fundamentales y humanos que aseguran los espacios para diferentes formas de vida y, con esto, confieren forma jurídica al postulado de la «igualdad de derechos de las tradiciones» (op. cit., pág. 446) de Feyerabend. Desde luego, existe una diferencia esencial con Feyerabend en el hecho de que la ética discursiva intenta fundamentar derechos fundamentales y humanos y no deja librada la decisión sobre los mismos únicamente a «tradiciones e iniciativas ciudadanas», «tendencias», «sentimientos», dicho brevemente: a «razones subjetivas» (op. cit., págs. 446 ss.).

⁴³ H. Rüssmann, reseña de R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* en *Rechtstheorie* 10 (1979), pág. 113.

para todos en el discurso. La cuestión es si esta universalidad de contenido puede pretender validez universal.

Mi tesis afirma que la validez universal de las reglas del discurso puede ser fundamentada con un argumento constituido por tres partes.⁴⁴ La primera consiste en una versión muy débil de un argumento pragmático-transcendental. Luego se agrega, como segundo elemento parcial, un argumento que apunta a la maximización individual de utilidades. Esta vinculación presupone, como tercer elemento, una premisa empírica.

El carácter universalista de las reglas del discurso se basa esencialmente en la primera parte del argumento total, es decir, el argumento pragmático-transcendental. Este constituye el núcleo de la fundamentación. Los argumentos pragmático-transcendentales son una variante de un tipo general de argumento, es decir, el argumento transcendental. Todo argumento transcendental está constituido, por lo menos, por dos premisas.⁴⁵ La primera identifica el punto de partida del argumento que consiste en cosas tales como percepciones, pensamientos o acciones lingüísticas. Del objeto elegido como punto de partida se sostiene, en la primera premisa, que es, en algún sentido, necesario. La segunda premisa dice, luego, que son necesarias algunas categorías o reglas para que sea posible el objeto elegido como punto de partida. Finalmente, la conclusión reza que estas categorías o reglas valen necesariamente.

Como punto de partida y, por lo tanto, como objeto de la

⁴⁴ Todo el argumento no conduce a una fundamentación última en el sentido de que obliga a cada cual no sólo a considerar que las reglas del discurso son correctas sino también a seguirlas. Pero, con todo, intenta exponer que una praxis universalista puede ser mejor fundamentada que cualquier otra. Con respecto a la renuncia a una fundamentación última, cfr. G. Patzig, 'Principium diiudicationis' und 'Principium executionis' en G. Prauss (ed.), *Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie*, Francfort del Meno 1986, pág. 218: «Pero, la renuncia a una fundamentación última en la ética es tan soportable como en la ciencia: tenemos procedimientos para distinguir mejores razones de peores razones y lo que respectivamente demuestra ser mejor fundamentado podemos aceptarlo como base para nuestra praxis hasta que se demuestre lo contrario».

⁴⁵ Con respecto a la estructura de los argumentos transcendentales, cfr. R. Chisholm, «What is a Fundamental Argument? en *neue hefte für philosophie* 14 (1978), págs. 19 ss.; S. L. Paulson, «Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen? en *Rechtstheorie* 21 (1990), págs. 171 ss.

versión de un argumento pragmático-transcendental que aquí hay que proponer, elijo el acto lingüístico de la aserción y comienzo con la segunda premisa, es decir, con la tesis sobre aquello que las aserciones necesariamente presuponen. La primera tesis afirma que las aserciones son sólo posibles si valen algunas reglas de la aserción. Esto no se discute. La discusión se concentra en la cuestión de cuáles reglas son ellas.⁴⁶ Si el argumento pragmático-transcendental ha de tener éxito, hay que demostrar que estas reglas son presupuestos necesarios de la posibilidad de las aseveraciones. No puede haber ninguna alternativa a ellas.⁴⁷

• El problema sería insoluble si por aseveración se pudiera entender cualquier cosa. Uno podría, entonces, distinguir numerosos conceptos de aseveración y definir a cada uno de ellos a través del correspondiente sistema de reglas.⁴⁸ Que, por lo menos, esto no es ilimitadamente posible puede reconocerse en el hecho de que las aseveraciones pueden ser distinguidas de otros actos lingüísticos tales como las expresiones de reacciones emocionales,⁴⁹ o las meras tomas de posición.⁵⁰ Existe un núcleo de significado de la expresión «aseveración».⁵¹ A él pertenece el hecho de que las aseveraciones son sólo aquellos actos lingüísticos con los cuales se formula una pretensión de verdad o corrección.⁵²

⁴⁶ Cfr. H. Keuth, «Fallibilismus versus transzendentalpragmatische Letzbegründung» en *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 14 (1983), págs. 334 ss.; G. Patzig (nota 44), pág. 213.

⁴⁷ H. Albert, «Die angebliche Paradoxie des konsequenten Fallibilismus und die Ansprüche der Transzendentalpragmatik» en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 41 (1987), pág. 424; S. L. Paulson (nota 45), págs. 174, 176.

⁴⁸ Cfr. H. Keuth (nota 46), págs. 334 s.

⁴⁹ Cfr. G. Patzig, «Relativismus und Objektivität moralischer Normen» en el mismo autor, *Ethik ohne Metaphysik*, Gotinga 1971, pág. 75.

⁵⁰ Cfr. al respecto, H. Keuth (nota 46), pág. 332 s.

⁵¹ A ello responde la tesis de Kuhlmann según la cual «existe un ámbito central de las reglas esenciales de argumentación y aseveración» (W. Kuhlmann, «Reflexive Letztbegründung versus radikaler Fallibilismus» en *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 10 (1985), pág. 373.

⁵² Cfr. D. Davidson, «Kommunikation und Konvention» en del mismo autor, *Wahrheit und Interpretation*, Francfort del Meno 1990, pág. 376: «Quien formula una aseveración se presenta como alguien que cree lo que dice y, quizás, como alguien cuya convicción está justificada. Y como queremos que nuestras convicciones sean verdaderas, parece ser correcto [...] que quien formula una aseveración se presente como alguien que tiene la intención de

La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad. Quien presenta algo como aseveración y, al mismo tiempo, dice que no existe ninguna razón para lo que asevera quizás ni siquiera formula una auténtica aseveración. En todo caso, su aseveración es necesariamente defectuosa. A la pretensión de fundamentabilidad corresponde el deber argumentativo de fundamentar lo aseverado, cuando así le sea requerido, o de presentar razones de por qué se niega a hacerlo.⁵³

Quien asevera algo frente a otro se encuentra pues *prima facie* bajo el deber de fundamentar frente a él su aseveración cuando así le sea requerido. En esta medida, la manifestación de una aseveración significa ingresar en el ámbito de la argumentación. Quien fundamenta algo admite, por lo menos, que por lo que respecta a la fundamentación, acepta al otro como socio de fundamentación con igualdad de derechos y que no ejercerá coacción o se apoyará en una coacción ejercida por un tercero. Pretende, además, que puede defender su aseveración no sólo frente al respectivo destinatario sino también frente a cualquiera. A estas pretensiones corresponden las reglas específicas del discurso que garantizan el derecho de

decir la verdad». Fusfield ha objetado en contra del argumento pragmático-transcendental que o bien es circular o conduce a un regreso al infinito o se basa en intuiciones no controlables, es decir, fracasa en el tercer cuerno del conocido trilema de Münchhausen (W. D. Fusfield, «Can Jürgen Habermas' «Begründungsprogramm» Escape Hans Albert's Münchhausen-Trilemma?» en *Jahrbuch Rhetorik* 8 (1989), págs. 77 ss.). Objeta, sobre todo, la *fundamentación* de las reglas del discurso a través de contradicciones performativas (op. cit., pág. 77). Fusfield tiene razón cuando afirma que cuando se invoca una contradicción performativa no se trata de la fundamentación de un enunciado a través de otro enunciado independiente de aquél pues una contradicción performativa surge sólo cuando ya vale una regla del discurso. Se trata, pues, simplemente de un medio mediante el cual puede *mostrarse* que valen las reglas del discurso. Se trata, por lo tanto, sólo de la explicación de aquello que se supone, que es presupuesto conjuntamente. Al igual que toda suposición, ésta puede ser falsa y, por lo tanto, la explicación puede ser también inadecuada. Lo mismo vale para suposiciones sobre el significado central del concepto de aseveración y su explicación.

⁵³ A ello corresponde la regla general de fundamentación: cada hablante tiene que fundamentar lo que asevera cuando así le sea requerido, a menos que pueda aducir razones que justifiquen la negativa de fundamentación (2). Cfr. al respecto, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (nota 22), págs. 165 ss., 239.

cada cual a participar en discursos, como así también la libertad y la igualdad en los discursos.

Podría objetarse que todo esto es un truco definitorio. La vía que conduce del concepto de aseveración a las reglas específicas del discurso con las estaciones intermedias: pretensión de corrección, pretensión de fundamentabilidad y deber *prima facie* de fundamentación, consistiría tan sólo en una cadena de definiciones. Efectivamente, si se introdujera un concepto de aseveración tan fuerte, las reglas específicas del discurso no tendrían alternativa. Sin embargo, es posible sostener un concepto más débil con respecto al cual esto no valdría. Esta objeción remite a la primera premisa del argumento pragmático-transcendental que ahora puede ser formulada diciendo que las aseveraciones en el sentido aquí definido son, en algún respecto, necesarias.⁵⁴ La cuestión es saber si esta tesis es correcta.

Según Apel y Habermas, una renuncia a aseveraciones en el sentido aquí definido, si ella incluye una coherente negativa a argumentar, tiene amplias consecuencias. Así, Apel habla de la pérdida «de la posibilidad de la autocomprensión y de la autoidentificación» y hasta de «autodestrucción»⁵⁵ y Habermas de «esquizofrenia y suicidio».⁵⁶ Estas son suposiciones empíricas sobre las que puede discutirse.⁵⁷ Aquí habrá de bastar una tesis conceptual más débil. Según ella, es necesario llevar a cabo aseveraciones y fundamentaciones en el sentido siguiente: quien nunca en su vida formula ninguna aseveración (en el sentido aquí definido) y no ofrece ninguna fundamentación (en el sentido aquí definido) no participa en aquello que uno puede llamar la «forma de vida más universal de la persona». De esta manera, se debilita radicalmente el argumento transcendental. Ya no fundamenta, por ejemplo, la

⁵⁴ Watt ha puesto correctamente de manifiesto que entre las dos premisas del argumento transcendental existe una estrecha vinculación. Cuanto mayor sea el contenido normativo de la segunda premisa, tanto más dudosa se vuelve la necesidad de la primera. Y viceversa: el contenido normativo de la segunda premisa disminuye si aumenta la certeza de la necesidad de la primera. Cfr. A. J. Watt, «Transcendental Arguments and Moral Principles» en *The Philosophical Quarterly* 25 (1975), págs. 43. ss.

⁵⁵ K. O. Apel, *Transformation der Philosophie*, tomo 2, Francfort del Meno 1973, pág. 414.

⁵⁶ J. Habermas (nota 27), pág. 112.

⁵⁷ G. Patzig (nota 44), pág. 213.

obligación del más fuerte de justificar frente al más débil aquello que quiere imponerle. Puede expresar una simple orden e imponerla con la amenaza de coacción y, sin embargo, participar en la forma de vida más universal de la persona si tan sólo en cualesquiera otros contextos formula aseveraciones y lleva a cabo justificaciones. Pero, lo que queda es un resto normativo sumamente importante desde el punto de vista sistemático. Probablemente, cuando no se trata de circunstancias insólitas de una vida en total aislamiento, es fácticamente imposible no participar en la forma de vida más universal de la persona no realizando ninguna aseveración, por más trivial que ella sea, no presentando ninguna justificación, de cualquier tipo que sea, y no formulando nunca la contrapartida de las aseveraciones y fundamentaciones, es decir, la pregunta «¿por qué?» Todos tienen básicamente la capacidad de formular esta pregunta, de expresar aseveraciones y de presentar una razón, por más que ella no sea buena, y todos disponen —si se prescinde de circunstancias insólitas— de una praxis mínima por lo que respecta a estas capacidades.

La tesis sobre la forma de vida más universal de la persona es conciliable con el hecho de que existen diferentes formas de vida. Pero afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que, debido a tabúes, tradiciones o terror, estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero sólo desaparecerían totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta «¿por qué?». Por ello, las reglas del discurso no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a todas las formas de vida con prescindencia del hecho de que en ellas valgan en medida muy diferente.⁵⁸ En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, un «esclarecimiento de la existencia de la persona».⁵⁹

⁵⁸ Esto implica que es básicamente posible un discurso entre miembros de diferentes formas de vida. Cfr. al respecto, R. Alexy, «Aarnio, Perelman und Wittgenstein» en A. Peczenik/J. Uusitalo (eds.), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala 1979, págs. 121 ss.

⁵⁹ O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien* (nota 22), pág. 336.

Desde luego, con esto no se ha logrado mucho con respecto a la fundamentación de la moral. Del hecho de que alguien tenga la capacidad de solucionar argumentativamente los conflictos de intereses no se infiere que tenga que hacer uso de esta capacidad en cada conflicto de intereses frente a cada afectado. Al respectivamente más fuerte le puede parecer más ventajoso limitarse a los rituales de la dominación, a las órdenes y al ejercicio de la violencia. Pero, no por ello, necesita renunciar a la forma de vida más universal de las personas. Puede mantener discursos con los miembros de su grupo. La cuestión sería diferente sólo si se pudiera presuponer en toda persona un interés superior a todos los demás intereses en solucionar los conflictos de intereses correctamente en el sentido de la justicia. La experiencia enseña que un presupuesto tal es insostenible. Por ello, parece que el argumento transcendental sólo puede fundamentar la validez hipotética de las reglas del discurso: ellas valen sólo si existe un interés en la corrección.⁶⁰

Aquí comienza la segunda parte de la fundamentación. Apunta a la maximización individual de utilidades y tiene, en este sentido, un carácter hobbesiano. Supongamos que un sector dominante definido, por ejemplo, por características raciales, esté primariamente interesado en conservar las ventajas de la explotación del sector dominado. Los miembros del sector dominante pueden intentar crear, mediante la mera violencia, un equilibrio natural que responda a sus intereses. Pero, por varias razones, esto no sería óptimo para ellos. Aquí quiero considerar tan sólo una. Ella se basa en una tesis empírica, que constituye el tercer elemento parcial de mi fundamentación. Esta afirma que siempre hay un número tan grande de personas que tiene interés en la corrección que para los miembros del sector dominante es más ventajoso, por lo menos a largo plazo, justificar su dominación que apoyarse sólo en la violencia. Esta tesis vale tanto para la relación entre los dominantes y los dominados como entre los miembros del sector dominante.⁶¹ Los argumen-

⁶⁰ Cfr. al respecto G. Patzig, "Principium diiudicationis' und 'Principium executionis'" (nota 44), págs. 212, 216 s. En Habermas se percibe, a veces, esta validez meramente hipotética: «porque todo aquel que quiera argumentar seriamente, tiene que aceptar las suposiciones idealizadas de una forma exigente de comunicación» (J. Habermas, «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?» en *Kritische Justiz* 20 (1987), pág. 12; subrayado de R. A.).

⁶¹ Cfr. al respecto R. Alexy, «Antwort auf einige Kritiker» (nota 38), págs. 424 s.

tos que se aducen para la justificación de la dominación no necesitan ser buenos. Puede tratarse de pura propaganda. Sin embargo, lo decisivo es que se argumente. De esta manera, la maximización individual de utilidades conduce —si hay que contar con un interés suficiente en la corrección— al reino de la argumentación.

Podría objetarse que esto no basta para la fundamentación de las reglas del discurso. Quien ingresa en el discurso simplemente por razones estratégicas tiene tan sólo que hacer como si aceptase la libertad y la igualdad de los otros como partes en el discurso. Sin embargo, ésta sería una objeción sólo si uno tuviera que considerar la creación de una motivación que, por su contenido, respondiera a las reglas del discurso como elemento constitutivo necesario de una fundamentación de reglas del discurso. Pero tal no es el caso. También en el ámbito del discurso puede distinguirse entre una validez subjetiva, es decir, referida a la motivación, y una objetiva, es decir, referida al comportamiento externo.⁶² La fundamentación aquí presentada apunta sólo a la validez objetiva o institucional de las reglas del discurso. Sólo se da una validez subjetiva o motivacional si existe un interés en la corrección. Este es presupuesto en algunos pero no en todos y no puede ser creado sólo a través de una fundamentación. El hecho de que la fundamentación de las reglas del discurso se limite a su validez objetiva o institucional muestra que ellas deben ser primariamente asignadas al ámbito de la legalidad y, por lo tanto, al del derecho.⁶³

Pero, un crítico de la teoría del discurso no tiene por qué darse por vencido con esto. Puede aducir que hasta ahora se han considerado sólo reglas para el discurso. De aquí no resultaría nada para el actuar. Esta objeción apunta al problema de la aplicación, que ahora debe ser tratado.

Como resultado parcial cabe recordar que las reglas del discurso pueden ser fundamentadas en un sentido triple. Las reglas del discurso expresan, primero, una competencia que pertenece a la forma más universal de vida de la persona.

⁶² Esta distinción responde a la distinción kantiana entre moralidad y legalidad; cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (nota 28), pág. 219.

⁶³ Cfr. al respecto la tesis de Höffe según la cual la ética discursiva tiene menos dificultades cuando es concebida sólo como «ética del derecho y el Estado» (O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien* (nota 22), pág. 379).

Todo el que participa en ella expresa alguna vez frente a alguien una aseveración, plantea a alguien la pregunta «¿por qué?» y aduce alguna vez frente a alguien una razón. Al hacerlo, ejerce aquella competencia, aunque más no sea rudimentariamente. Segundo, todo aquel que tenga un interés en la corrección tiene que hacer uso de aquella competencia. Tercero, para quien no tiene ningún interés en la corrección, la observancia objetiva de las reglas del discurso es, desde el punto de vista de la maximización individual de utilidades, ventajosa al menos a largo plazo.

¶ *La aplicación de la teoría del discurso*

Hasta aquí se ha tratado sólo de la fundamentación de las reglas del discurso como reglas para el ámbito del discurso. La racionalidad práctica apunta al actuar práctico correcto. La cuestión reza qué es lo que resulta de las reglas del discurso para el actuar. Aquí hay que distinguir dos problemas: el del contenido y el de la imposición. En el problema del contenido de lo que se trata es de la cuestión de saber si y en qué medida sobre la base de las reglas del discurso pueden indicarse normas para el actuar correcto. El objeto del problema de la imposición es la cuestión de cómo puede asegurarse que las normas reconocidas como correctas sean también obedecidas. Comienzo con el problema de la imposición.

El problema de la imposición surge porque la inteligencia de la corrección de una norma es algo diferente a su obediencia.⁶⁴ Así, la opinión unánime sobre una norma como justa no tiene necesariamente como consecuencia su cumplimiento por parte de todos. Pero, si algunos pueden, sin más, violar una norma, entonces no puede exigirse su cumplimiento por parte de nadie. Por lo tanto, del hecho de

⁶⁴ Esto responde a la distinción de Kant entre el *principium diiudicationis* y el *principium executionis*: «Si la cuestión es: qué es lo éticamente bueno o no, éste es el *principium* de la diiudicación, según el cual juzgo la bondad o maldad de las acciones. Pero, si la cuestión es qué es lo que me mueve a vivir de acuerdo con estas reglas, se trata del *principium* del estímulo» (I. Kant, *Vorlesungen über Moralphilosophie: Moralphilosophie Collins* en *Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Academia de Ciencias de la RDA y de la Academia de Ciencias de Gotinga, tomo XXVII, 1, Berlín, 1974, pág. 274; cfr. al respecto G. Patzig, «Principium diiudicationis» und «Principium executionis» (nota 44), págs. 205 ss.).

que en el discurso puedan crearse intelecciones pero no siempre las correspondientes motivaciones, se sigue la necesidad de reglas dotadas de sanción y, con ello, la necesidad del derecho.⁶⁵ Aquí se muestra, por primera vez, lo que habrá de confirmarse después: la teoría del discurso puede alcanzar importancia práctica sólo si es inserta en una teoría del derecho.

Dificultades mucho mayores presenta el problema del discurso. La causa de ello es que el sistema de reglas de la teoría del discurso no ofrece ningún procedimiento que permita obtener siempre, con un número finito de operaciones, exactamente un resultado. Esto se debe a tres razones. Primero, las reglas del discurso no contienen determinación alguna con respecto a los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las respectivamente existentes convicciones normativas y las interpretaciones de los intereses de los participantes. Segundo, las reglas del discurso no prescriben todos los pasos de la argumentación. Tercero, una serie de reglas del discurso es realizable sólo aproximadamente. En este sentido, la teoría del discurso no es una teoría de decisión definida. Esto vale, en todo caso, para los discursos reales y probablemente, en una cierta medida, también para los discursos ideales.⁶⁶

Sin embargo, del hecho de que la teoría del discurso no conduzca en todos los casos a una única solución no se sigue

⁶⁵ Este argumento responde en lo esencial a un argumento de Kant para el paso del estado de naturaleza a la situación civil; cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (nota 28), pág. 312. Con respecto a la utilización de este argumento dentro del marco de la teoría del discurso, cfr. R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» (nota 23), pág. 186; J. Habermas, «Law and Morality», *The Tanner Lectures on Human Values* 8 (1988), pág. 245. En el texto se menciona sólo una premisa para la fundamentación de la necesidad del derecho. Se presupone una segunda premisa, es decir, aquella según la cual está ordenado que las reglas reconocidas por todos como correctas sean obedecidas por todos. Además, la premisa presentada en el texto tiene que ser reforzada en el sentido de que, a causa de la debilidad motivacional del discurso, el derecho es, por lo menos, un medio necesario a fin de asegurar el cumplimiento general. Con la formulación contenida en la conclusión: «necesidad del derecho» se quiere decir que está ordenado introducir regulaciones jurídicas, es decir, pasar a una situación jurídica.

⁶⁶ Cfr. para esto último, R. Alexy, «Probleme der Diskurstheorie» (nota 32), págs. 85 s.

que no determine la solución para ningún caso.⁶⁷ La cuestión reza, por lo tanto, si no hay, por lo menos, algunos resultados discursivamente necesarios y otros discursivamente imposibles.⁶⁸

Para responder esta pregunta hay que distinguir entre dos tipos de reglas o normas de acción: las de tipo procedimental y las de tipo substancial. Ejemplos de reglas de acción procedimentales los ofrecen las normas de organización del Estado constitucional democrático; el ejemplo más importante de reglas de acción de tipo substancial son los derechos humanos. Habré de plantear primeramente la cuestión de si los derechos humanos pueden ser fundamentados sobre la base de la teoría del discurso.

No es posible una inferencia directa desde las reglas del discurso a los derechos humanos.⁶⁹ Las reglas del discurso son sólo reglas del hablar. Cumplirlas significa únicamente tra-

⁶⁷ Con respecto a la tesis según la cual la teoría del discurso no conduce en ningún caso a una única solución, cfr. L. Kern, «Von Habermas zu Rawls. Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich» en L. Kern/H. P. Müller (eds.), *Gerechtigkeit. Diskurs oder Markt?*, Opladen 1986, pág. 91. Habermas parece aproximarse a ella cuando aboga por una «modesta autocomprensión de la teoría moral» y le atribuye simplemente la tarea de «explicar y fundamentar el *moral point of view*» (J. Habermas, «Moralität und Sittlichkeit» (nota 22), pág. 32). Ello no ofrecería «ninguna orientación concreta» (J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm» (nota 27), págs. 180 ss.

⁶⁸ Con respecto a los conceptos de posibilidad, imposibilidad y necesidad discursivas, cfr. R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» (nota 23), págs. 180 ss.

⁶⁹ Adela Cortina ha intentado fundamentar sobre la teoría del discurso una inferencia directa de los derechos humanos. Ella parte de la premisa de que «todo eventual participante en un discurso práctico (tiene que) ser reconocido como persona» y llega directamente a la conclusión de que «hay que adscribir algunos derechos a este participante real y virtual del discurso» (A. Cortina, «Diskursethik und Menschenrechte» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 76 (1990), pág. 44). El problema de esta inferencia reside en la premisa, en el concepto de reconocer al otro como persona. Las reglas del discurso exigen simplemente reconocer al otro como interlocutor en la discusión. De aquí no se sigue todavía ningún reconocimiento como persona en el ámbito del actuar. Cortina puede sacar su conclusión sólo porque confiere una carga normativa al discurso práctico. Debe incluir el objetivo de la comprensión recíproca como esquema teleológico (op. cit., págs. 40 s.). Más arriba se ha expuesto que no es posible fundamentar pragmática-transcendentalmente este tipo de exigencias motivacionales. Lo que puede fundamentarse así es sólo la validez objetiva de las reglas del discurso.

tar al otro en el discurso como interlocutor con igualdad de derechos.⁷⁰ De aquí no se infiere que el otro tenga que ser reconocido sin más como persona también en el ámbito del actuar. Para pasar de las reglas del discurso a las reglas de la acción, se requieren suposiciones sobre los resultados de los discursos. Estas suposiciones tienen que tener como contenido el que determinadas reglas de la acción, en el presente caso aquéllas que confieren derechos humanos, son resultados necesarios del discurso. Aquí cabe preguntar, por lo pronto, si los derechos humanos pueden ser fundamentados en este sentido agregando a la validez objetiva de las reglas del discurso la premisa de que todos los participantes tienen un interés en la corrección. Si se lograra esto, en todo caso los derechos humanos podrían ser fundamentados bajo el supuesto de un interés en la corrección y, en este sentido, hipotéticamente.

Los derechos humanos regulan conflictos de intereses fundamentales. Si los conflictos de intereses fundamentales tuvieran que ser solucionados exclusivamente a través de negociaciones entre maximizadores individuales de utilidad, no podría excluirse la posibilidad de que en caso de posiciones de partida desfavorables de algunos participantes surgiera como resultado el status de esclavo, resultado que, por ejemplo, Buchanan no excluye. Por lo tanto, aquello que, en general, es entendido como derechos humanos no sería ya más fundamentable. También en los discursos prácticos y, por lo tanto, también en discursos sobre los derechos humanos, los intereses constituyen la base de la negociación. También allí puede suponerse que cada cual aspira a una ventaja máxima.⁷¹ La diferencia consiste en que tiene que tratarse de una ventaja máxima justificada. Ello es así porque aquello que el individuo desea para sí como derechos y que niega a los demás tiene que ser fundamentado. Sobre aquello que el individuo puede aspirar como derecho no se decide sobre la base del poder

⁷⁰ Leist habla correctamente de un «reconocimiento lingüístico-pragmático», que tiene que ser distinguido de un reconocimiento moral general referido al actuar. (A. Leist, «Diesseits der "Transzendentalpragmatik": Gibt es sprachpragmatische Argumente für Moral?» en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), págs. 303 s.).

⁷¹ Con respecto a la tesis de que tampoco en la ética discursiva puede prescindirse del concepto de ventaja, cfr. O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien* (nota 22), pág. 386.

o de las tradiciones sino a través de un procedimiento de fundamentación caracterizado por la libertad y la igualdad argumentativas y, por lo tanto, bajo las condiciones de la imparcialidad argumentativa.

Quisiera sostener que bajo estas condiciones y bajo el presupuesto del interés en la corrección, determinados derechos humanos pueden resultar discursivamente necesarios y su negación discursivamente imposible. Entre ellos se cuentan, por lo menos, el derecho a la vida y a la integridad física y, además los derechos a la personalidad, a la libertad básica de acción, a la libertad de religión, de opinión y de reunión, de ejercicio de la profesión y de propiedad, al tratamiento básicamente igual y a la participación en el proceso de formación de la voluntad política. Además, probablemente entre estos derechos se cuentan derechos sociales fundamentales mínimos,⁷² tales como el derecho a un mínimo vital.

Quien quiera negar esto tiene que aducir que es posible que alguien cumpla las reglas del discurso y tenga también un interés en la corrección pero, sin embargo, no acepte alguno o todos los derechos humanos. Un ejemplo aducido en contra de la teoría del discurso es el del racista que cree que los miembros de otras razas, tan sólo en virtud de su raza, carecen o poseen en menor medida algunos o todos los derechos humanos presentados.⁷³ Si el racista está interesado en la corrección y cumple las reglas del discurso, tiene que presentar argumentos para sus aseveraciones y someterlos a la crítica. Supongamos que el racista es un nacional socialista que considera que su teoría de las razas es una teoría científica. Ya por razones empíricas, su teoría tendría que fracasar. Sin embargo, el asunto se vuelve serio cuando el racista apoya su

⁷² Con respecto a este concepto, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 24), págs. 457, 465 ss. Según A. Honneth, las implicaciones normativas de la ética discursiva no se limitan a los derechos humanos en tanto derechos fundamentales y a exigencias procedimentales. La ética discursiva en tanto tal debe incluir ya una «concepción de la justicia social» (A. Honneth, «Diskursethik und implizites Gerechtigkeitskonzept» en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Francfort del Meno 1986, págs. 189 ss.). Adela Cortina («Diskursethik und Menschenrechte» (nota 69), págs. 46 s.) admite también implicaciones claramente más fuertes que las aquí sostenidas.

⁷³ Cfr. A. Leist, «Diesseits der 'Transzendentalpragmatik'» (nota 70), págs. 307 ss.

teoría en revelaciones religiosas, en aseveraciones metafísicas no verificables o en intelecciones mágicas. Pero, ello no derrumba la fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos. Quien niega la existencia de los derechos humanos en virtud de razones religiosas, metafísicas o mágicas inverificables puede, por cierto, tener interés en la corrección pero no se atiene objetivamente a las reglas del discurso. Cuando, como en el caso de los derechos humanos, se trata de la solución de conflictos de intereses, estas reglas sólo permiten argumentos examinables por todos los participantes.⁷⁴

Hasta aquí he esbozado sólo un argumento en favor de los derechos humanos bajo el presupuesto de un interés en la corrección. Una situación totalmente diferente surge cuando falta este interés. Supongamos el caso del ya mencionado maximizador individual de utilidades que sólo participa en el discurso por razones estratégicas a fin de maximizar sus utilidades al legitimar su dominación. Lo hace únicamente porque una dominación que es reconocida como justa es, a largo plazo, más ventajosa que un régimen que se apoye sólo en la violencia. Este maximizador de utilidades tiene que reconocer los derechos humanos como precio para la legitimación de su dominación. Todos los participantes del discurso quieren una ventaja máxima.

Discursivamente posible es sólo una ventaja justificada. Por ello, para el maximizador individual de utilidades los derechos son, desde el punto de vista del discurso, indirectamente necesarios por razones de funcionalidad teleológica.

Hasta ahora se ha expuesto que la existencia de derechos humanos puede ser fundamentada teórica-discursivamente. Con esto se ha ganado algo pero no todo. Quien tenga alguna experiencia con la aplicación de derechos humanos, es decir, con la cuestión de qué es lo que resulta de ellos en determinados contextos y casos, sabe que aquí surgen numerosos problemas de interpretación y ponderación. Para la mayoría de estos problemas, no es posible, sobre la base de la teoría del discurso, demostrar que una solución es discursivamente ne-

⁷⁴ Cfr. las reglas (6.1) y (6.2) en R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (nota 22), pág. 255.

cesaria o imposible.⁷⁵ La ética discursiva, en tanto tal, determina concretamente algo pero deja mucho abierto. No todo lo que es discursivamente posible puede, al mismo tiempo, valer jurídicamente. Ello significaría que sería posible solucionar conflictos sociales sobre la base de reglas recíprocamente contradictorias. Con ello, el problema del contenido conduce a la necesidad de procedimientos jurídicos que garanticen un resultado definitivo.⁷⁶ Por eso, la teoría del discurso presupone la necesidad del derecho no sólo a causa del problema de la imposición sino también del contenido.

Las normas jurídicas pueden ser creadas y aplicadas con procedimientos muy diferentes. Con esto se plantea la cuestión de si para el ámbito en el cual la ética discursiva en tanto tal no establece ninguna regla substancial o concreta de acción exige, al menos, reglas procedimentales. Algunas reglas procedimentales resultan ya de los derechos humanos fundamentables a través de la ética discursiva. Entre ellos se cuenta el derecho a participar en el proceso de formación de la voluntad política. El proceso de creación del derecho tiene que ser democrático. Además, el principio de la mayoría no debe valer ilimitadamente. Tienen que haber disposiciones institucionales que aseguren que las decisiones de la mayoría no lesionen los derechos humanos discursivamente necesarios. Especial importancia tiene el hecho de que la pretensión de corrección no sea abandonada con la transferencia de la decisión a procedimientos jurídicos.⁷⁷ De aquí se sigue la necesi-

⁷⁵ Un ejemplo instructivo lo ofrece el caso de la blasfemia investigado por Neil MacCormick. Este autor muestra que, por cierto, algunas soluciones del problema de la blasfemia son discursivamente imposibles pero que, más allá de los límites de lo discursivamente imposible, es posible discursivamente más de una regulación. Discursivamente imposible son la prohibición de argumentos serios y objetivos en pro o en contra de doctrinas religiosas y la protección de una o algunas religiones a través de una prohibición de la blasfemia. En cambio, son discursivamente posibles tanto una renuncia total a una prohibición de la blasfemia como una protección de todas las religiones frente a la blasfemia (N. MacCormick, «Moral Disestablishment and Rational Discourse» en H. Jung/H. Müller-Dietz/U. Neumann (eds.), *Recht und Moral*, Baden Baden 1991, págs. 227 ss.).

⁷⁶ Cfr. R. Alexy, «Die Idee eine prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» (nota 23), pág. 186; J. Habermas, «Law and Morality» (nota 65), pág. 245; del mismo autor, «Wie ist Legimität durch Legalität möglich?» (nota 60), págs. 13 s.

⁷⁷ Cfr. N. MacCormick, «Moral Disestablishment and Rational Discourse» (nota 75), págs. 224 s.

dad de institucionalizar la fundamentación y la crítica en los procedimientos jurídicos y fuera de ellos garantizarlas ius-fundamentalmente. La teoría del discurso resulta ser así una teoría básica del Estado constitucional democrático⁷⁸ que apunta a la discusión.⁷⁹

Al comienzo de este trabajo, se contrapuso a la concepción kantiana de la racionalidad práctica tres concepciones que compiten con ella. Ahora puede verse claramente qué es lo que puede aducirse con respecto a sus ventajas. Puede mostrar al escéptico nietzscheano que y cómo es posible la razón práctica. Frente a la concepción hobbesiana puede aducir que la idea de la maximización individual de utilidades tiene que ser complementada con la universalidad porque hay que contar con un interés en la corrección. La idea de la corrección práctica incluye la idea de la universalidad. A los partidarios de la concepción aristotélica puede mostrárseles que la variante ético-discursiva de la concepción kantiana en modo alguno carece de contenido y es meramente formal. En todo caso, conduce a los derechos humanos y a la democracia. La debilidad de sus exigencias concretas resultan ser aquí una ventaja. Los derechos humanos, en tanto derechos fundamentales, aseguran espacios para diferentes formas de vida y concepciones de la vida buena; el proceso democrático crea la posibilidad de un equilibrio justo en el que pueden hacerse oír múltiples voces. Por lo tanto, la teoría del discurso muestra cómo puede ser realidad la razón práctica sin dejar de respetar diferentes formas de vida y concepciones de la vida buena.

⁷⁸ Cfr. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga 1979, págs. 30 ss.; R. Alexy, «Probleme der Diskurstheorie» (nota 32), pág. 93; J. Habermas, «Interview mit Hans Peter Krüger» en del mismo autor, *Die nachholende Revolution*, Frankfurt del Meno 1990, págs. 82 s.

⁷⁹ Cfr. BVerfGE 5, 85 (197 ss.).

**SISTEMA JURÍDICO
Y RAZÓN PRÁCTICA**

I. Constitucionalismo y legalismo

En un Estado constitucional democrático como la República Federal de Alemania, pueden distinguirse dos concepciones básicas del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo.

El ejemplo más importante de una posición *constitucionalista* lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional Federal. De acuerdo con esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Lüth del año 1958, la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un «orden objetivo de valores» que, en tanto «decisión iusconstitucional fundamental», vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben «directrices e impulsos» la legislación, la administración y la justicia.¹ La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un «efecto de irradiación» en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales.

¹ BVerfGE 7, 198 (205); cfr. también de época más reciente BVerfGE 73, 261(269). Ejemplos anteriores de argumentaciones axiológicas se encuentran en BVerfGE 2, 1 (12 s.); 5, 85 (204 ss.); 6, 32 (40 s.).

La crítica en contra de esta concepción del sistema jurídico se hizo sentir ya tempranamente y parece hoy reforzada. No ha proporcionado, por cierto, un contramodelo unitario y cerrado pero sí un arsenal de tesis que, en su totalidad, constituyen lo que puede ser llamado «legalismo». Ya un año después del fallo Lüth, Forsthoff expresó su famosa frase: «La jurisprudencia se autodestruye si no sostiene incondicionalmente que la interpretación de la ley es la obtención de la subsunción correcta en el sentido de la inferencia silogística.»² La axiología conduciría a la «transformación de una concepción clara en charlatanería».³ Encerraría, además, el peligro de eliminar el contenido liberal de la Ley Fundamental⁴ —como lo formulara Carl Schmitt siguiendo a Nikolai Hartmann⁵— en aras de la «tiranía de los valores».⁶ Forsthoff se mofa de la concepción según la cual todo el sistema jurídico tan sólo es o debe ser una concreción de la Constitución. En este contexto habla de la «Constitución como protoorigen jurídico del que todo surgiría, desde el Código Penal hasta la ley sobre la fabricación de termómetros».⁷

La posición opuesta aquí esbozada puede resumirse en cuatro breves fórmulas: (1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.

Durante mucho tiempo, la crítica a la axiología fue sólo literaria. Pero en 1985, con el voto en disidencia de los jueces Böckenförde y Mahrenholz en el fallo sobre la duración del servicio civil de los objetores de conciencia, ingresó en la ju-

² E. Forsthoff, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes» en *Festschrift für C. Schmitt*, editado por H. Barion/E. Forsthoff/W. Weber, Berlín 1959, pág. 41.

³ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2.^a edición, Munich 1971, pág. 69.

⁴ Forsthoff (nota 2), pág. 69.

⁵ N. Hartmann, *Ethik*, Berlín/Leipzig 1926, págs. 523 ss.

⁶ C. Schmitt, «Die Tyrannei der Werte» en *Säkularisation und Utopie*, *Festschrift für E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia 1967, págs. 37 ss.

⁷ Forsthoff (nota 3), pág. 144.

risprudencia del Tribunal Constitucional. En lo esencial, estos jueces adujeron en contra del enfoque axiológico de la mayoría las objeciones formuladas por Forsthoff. La «clara estructura normativa de la Constitución»⁸ quedaría eliminada en aras de la ponderación entre elementos en tensión. La Constitución perdería así su «determinación substancial».⁹ Las disposiciones constitucionales serían, en última instancia, «degradadas a la categoría de material de ponderación en la toma de decisiones de los jueces»;¹⁰ los derechos fundamentales obtendrían el carácter de meros «puntos de vista para la ponderación».¹¹ Todo esto traería como consecuencia que «el derecho aplicable (no tendría) su sede ya en la Constitución sino en el juicio de ponderación del juez.»¹²

A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico. Este es el objeto de las siguientes consideraciones.

En un primer paso habrá de mostrarse, sobre la base de la distinción teórico-normativa entre reglas y principios, que una posición estrictamente legalista es inadecuada. Luego, en un segundo paso, se expondrá que una axiología libre de suposiciones insostenibles puede ser reconstruida como teoría de los principios y, en tanto tal, es un elemento irrenunciable de una concepción adecuada del sistema jurídico. El tercer paso conduce a un modelo de tres niveles orientado por el concepto de la razón práctica, que constituye un argumento en favor de un constitucionalismo moderado.¹³

II. Un modelo de sistema jurídico de tres niveles

1. Reglas y principios

⁸ BVerfGE 69, 1 (64).

⁹ BVerfGE 69, 1 (63).

¹⁰ BVerfGE 69, 1 (65).

¹¹ BVerfGE 69, 1 (63).

¹² Ibidem.

¹³ Con respecto a la defensa de un constitucionalismo moderado (sin usar este concepto), cfr. R. Dreier, «Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht», *JZ*, págs. 353 ss. La distinción entre constitucionalismo y legalismo surgió en conversaciones con él.

La distinción entre reglas y principios¹⁴ constituye la base de mi argumento en favor de un constitucionalismo moderado. Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*.¹⁵ En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.¹⁶ Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada.¹⁷ No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.

La diferencia entre reglas y principios se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios. Un ejemplo de conflicto de reglas lo ofrece un fallo del Tribunal Constitucional Federal en el que se trata de un conflicto entre una ley de un Estado federado que prohíbe la

¹⁴ Cfr. al respecto, R. Alexy, «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien» en *ARSP Beiheft* 25 (1985), págs. 13 ss.

¹⁵ Para un análisis profundo de esta distinción, que conduce a una serie de otras diferenciaciones, cfr. J. R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, tesis doctoral, Gotinga 1987, capítulo 4.

¹⁶ Cfr. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª edición, Berlín 1983, págs. 53 ss.

¹⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2.ª edición, Londres 1978, págs. 24 ss. Con respecto al criterio de todo o nada, cfr. R. Alexy, «Zum Begriff des Rechtsprinzips» en *Rechtstheorie Beiheft* 1 (1979), págs. 68 ss.

apertura de locales de venta los miércoles a partir de las 13 horas y una ley federal que lo permite hasta las 19 horas.¹⁸ El Tribunal soluciona este caso siguiendo la norma de conflicto «El derecho federal prima sobre el estadual» (Art. 31 LF) y declara nula la norma del Estado federado. Este es un caso clásico de conflicto de reglas. Ambas normas se contradicen. La una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La contradicción es eliminada declarando nula a una de las dos normas y, con ello, excluyéndola del orden jurídico.

De manera totalmente distinta procede el Tribunal en un fallo sobre la realización de una audiencia oral contra un acusado que corre el peligro de un ataque cerebral o de un infarto.¹⁹ El Tribunal constata que en tales casos existe una «relación de tensión» entre el deber del Estado de garantizar una aplicación efectiva del Código Penal y el derecho del acusado a su vida y a su integridad física (Art. 2, párrafo 2 frase 1 LF). Esta relación tendría que ser solucionada de acuerdo con la máxima de proporcionalidad. Lo que importa aquí es saber cuál de los dos intereses, abstractamente del mismo rango, tiene un peso mayor en el caso concreto. En el caso que había que decidir se trataba del «peligro concreto y probable de que el acusado, en caso de que se realice la audiencia oral, pierda su vida o sufra graves daños en su salud.»²⁰ Bajo estas circunstancias, el Tribunal aceptó la precedencia del derecho del recurrente a su vida e integridad física.

Este caso presenta las propiedades de una colisión de principios. La «situación de tensión» de la que habla el Tribunal se da entre el mandato de procurar en la mayor medida posible la eficacia de la aplicación del derecho penal y el mandato de cuidar en la mayor medida posible la vida y la integridad física del acusado. Si existiera sólo el principio de la eficacia de la aplicación del derecho penal, la realización de la audiencia oral estaría ordenada o, por lo menos, permitida. Si existiera sólo el principio de la protección de la vida y la integridad física, estaría prohibida. Por lo tanto, aplicados por sí

¹⁸ BVerfGE 1, 283 (292 ss.).

¹⁹ BVerfGE 51, 324 (343 ss.).

²⁰ BVerfGE 51, 324 (346).

mismos, ambos principios entran en contradicción. Esta situación no es solucionada declarando inválido a alguno de los dos principios y eliminándolo del orden jurídico. La solución consiste, más bien, en la determinación de una relación de precedencia referida a las circunstancias del caso entre los principios que entran en colisión. De esta manera, el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. Este último sigue siendo parte del orden jurídico. En algún otro caso, puede invertirse la relación de precedencia. Cuál haya de ser la solución depende de los pesos relativos de los principios opuestos. Con esto es, al mismo tiempo, claro que en las colisiones de principios, a diferencia de lo que ocurre en los conflictos de reglas, no se trata de la pertenencia o no al sistema jurídico. Las colisiones de principios no tienen lugar en la dimensión de la validez sino que se dan, dado que sólo pueden entrar en colisión principios válidos, dentro del sistema jurídico en la dimensión de la ponderación.²¹

El comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. En lugar de decir que el principio del funcionamiento eficaz del derecho penal entra en colisión con el de la vida y la integridad física, puede decirse que existe una colisión entre el valor del funcionamiento eficaz del Código Penal y el valor de la vida y de la integridad física. Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico.²²

²¹ Cfr. Dworkin (nota 17), págs. 26 s.

²² Para mayores detalles, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden 1985, págs. 125 ss.

Así, pues, todos los problemas de una axiología pueden ser analizados dentro del marco de una teoría de los principios y viceversa. Dentro del marco de una teoría del sistema jurídico la teoría de los principios es preferible ya que en ella se expresa directamente el carácter de deber ser del derecho. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio no da motivo a suposiciones tan problemáticas como el de valor. Una de estas suposiciones problemáticas es la concepción, frecuentemente vinculada con el concepto de un orden objetivo de valores, de un «ser de los valores», tal como fuera sostenida, por ejemplo, por Max Scheler.²³ La teoría de los principios renuncia a este tipo de tesis ontológicas como así también a la dudosa aseveración epistemológica de una facultad específica para la intuición de los valores. Los principios son normas que o bien valen o no valen. El problema de su conocimiento es un problema del conocimiento de las normas; el de su aplicación, un problema de la aplicación de las normas. Por lo tanto, la cuestión puede rezar sólo si exclusivamente normas con la estructura de reglas o también aquéllas que poseen la estructura de principios han de ser consideradas como elementos del sistema jurídico.

2. El modelo de sistema jurídico de reglas

Para saber si las mejores razones hablan en favor o en contra de considerar a los principios como elementos del sistema jurídico, hay que preguntarse, ante todo, qué sucedería si el sistema jurídico contuviese exclusivamente reglas. Una concepción del sistema jurídico que sólo contuviese reglas puede ser llamado «modelo de sistema jurídico de reglas».²⁴ El modelo de sistema jurídico de reglas está caracterizado por una peculiar relación de vinculación y apertura. En la medi-

²³ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5.ª edición Berna/Munich 1966, pág. 195.

²⁴ El modelo de reglas suele ser vinculado con la tesis del positivismo. Las teorías de Kelsen y Hart son ejemplos al respecto. Una tal vinculación es plausible pero no necesaria. Así la tesis de Kant de la estrictez del derecho muestra que también una teoría iusracional puede orientarse por un modelo de reglas (I. Kant, *Metaphysik der Sitten* en *Kant's gesammelte Schriften*, edición de la Real Academia Prusiana de Ciencias, tomo VI, Berlín 1907/14, págs. 233 ss.).

da en que las reglas determinan la decisión de un caso, el sistema jurídico presenta un alto grado de vinculación. Las reglas establecen la decisión de un caso cuando la decisión o bien se sigue lógicamente de aquéllas en conexión con una descripción indiscutida del tipo de hecho o puede ser fundamentadas con aquéllas conjuntamente con una indiscutida descripción del tipo de hecho aplicando reglas seguras de la metodología jurídica. En la medida en que las reglas no determinan de esta manera la decisión —y tanto las intelecciones de la metodología jurídica²⁵ como así también la aparición cotidiana de casos dudosos demuestran que tal es el caso en considerable medida— como en el modelo de reglas, por definición, el juez sólo puede estar ligado jurídicamente por reglas, tiene entonces que decidir sin vinculación jurídica alguna. Por lo tanto, más allá de las determinaciones establecidas por las reglas, posee un criterio jurídicamente no ligado, es decir, libre que, en caso de que desee orientarse por pautas puede hacerlo sólo siguiendo criterios extrajurídicos. En el modelo de reglas, esta consecuencia podría ser evitada únicamente a través de una legislación bajo la cual no hubiera ningún caso dudoso. Sin embargo, la experiencia histórica, al igual que reflexiones lógicas, semánticas y metodológicas, muestran que una legislación tal es imposible. Con esto, se pone de manifiesto el primer inconveniente del modelo de reglas. Aun en el caso de una legislación óptima y de un perfecto manejo de las reglas y formas de la interpretación jurídica, no puede garantizarse ninguna determinación y seguridad permanentes del derecho. La determinación y la seguridad del derecho son en este modelo un asunto de todo o nada. O bien el decidor está estrictamente vinculado o no lo está en absoluto. Por ello, necesariamente, los modelos de reglas puros presentan lagunas. Como el sistema jurídico no dice nada acerca de cómo deben llenarse estas lagunas, ellas pueden ser llamadas «lagunas de apertura». Habrá de mostrarse que la

²⁵ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 17 s., 273 ss.; H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982, págs. 119 ss. E. Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961, págs. 34, 39 s. recomienda una vuelta a las «viejas y probadas reglas de la hermenéutica jurídica» bajo las cuales entiendo los cánones de la interpretación de Savigny. No es posible una seguridad de resultado.

teoría de los principios puede contribuir esencialmente a llenar las lagunas de apertura.

El problema de las lagunas de apertura se presenta en todos los sistemas jurídicos. Dificultades adicionales presenta el sistema de reglas en sistemas jurídicos del tipo del Estado constitucional democrático. Ello se aprecia con especial claridad en los derechos fundamentales. Tomemos una disposición constitucional que primeramente confiere un derecho fundamental y luego estatuye la competencia del legislador para restringir este derecho mediante una ley. Si esto se lee como dos reglas, entonces el derecho fundamental es puesto totalmente o hasta el límite de su contenido esencial (Art. 19 párrafo 2 LF), a disposición del legislador. En este sentido se vuelve vacío. Si ello ha de impedirse y asegurarse la vinculación del legislador a la Ley Fundamental dispuesta por el Art. 1 párrafo 3 LF, la norma que confiere un derecho fundamental tiene que ser concebida como principio cuyo desplazamiento sólo está permitido cuando así lo justifica un principio opuesto.²⁶

El argumento de las lagunas y el de la vacuidad no dicen que el modelo de reglas sea sin más irracional. Pero muestran que es expresión de una concepción restringida de la realización de la racionalidad práctica en el sistema jurídico. Quien sostiene un modelo de reglas puro encomienda al sistema jurídico en tanto tal la realización de sólo un postulado de racionalidad, es decir, sólo el postulado de la seguridad jurídica.²⁷ Sin duda, la seguridad jurídica es una exigencia central, pero no es la única que formula la razón práctica al sistema jurídico.²⁸ En el modelo puro de reglas, todas las demás exigencias tienen un carácter externo al sistema jurídico. Se dirigen como exigencias políticas o morales a quienes participan en el proceso de creación del derecho. Desde el punto de vista del modelo de las reglas, lo que ellos transformen en las reglas jurídicas válidas y, así, sea incorporado al sistema jurídico es casual.

3. *El modelo de sistema jurídico de reglas / principios*

Un representante del modelo de reglas prodía admitir

²⁶ Para más detalles, cfr. Alexy (nota 22), págs. 106 ss.

²⁷ Con respecto a la seguridad jurídica como exigencia de la razón práctica, cfr. básicamente Kant (nota 24), pág. 312.

²⁸ Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.ª edición, Stuttgart 1973, J 9.

todo esto y, sin embargo, decir que hay que renunciar a los principios como elementos constitutivos del sistema jurídico. El modelo de reglas tendría, por cierto, debilidades pero la incorporación de principios en el sistema jurídico, primero, no las reduciría realmente y, segundo, conduciría a problemas adicionales.

El modelo de reglas sería fácil de defender si, como alternativa existiera sólo un *sistema de principios* puro, es decir, una concepción según la cual el sistema jurídico consistiría exclusivamente en principios. Un sistema de principios puro, debido a su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica.

Otra es la situación en una *teoría del sistema jurídico* según la cual éste está constituido tanto por reglas como principios, es decir, en un *modelo de reglas / principios*. En el modelo de reglas/principios, por una parte, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas. Por otra, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a los que puede recurrirse y, por lo tanto, no hay en él ningún caso posible que no pueda ser decidido sobre la base de criterios jurídicos. De esta manera, sobre la base de una tesis de clausura fundamentada en la teoría de los principios que, dicho sea de paso, puede ser considerada, en todo caso en aspectos parciales, como reconstrucción racional de concepciones de clausura de la Jurisprudencia de conceptos²⁹, el problema de las lagunas ingresa en el ámbito de lo solucionable.

También para el problema de la vacuidad la solución parece estar próxima ya que los derechos fundamentales interpretados desde la perspectiva de la teoría de los principios poseen una fuerza propia que actúa en contra de las restricciones.

Los argumentos que se han presentado en contra de este modelo pueden ser agrupados en tres objeciones: una substancial, una competencial y una metodológica. Las tres pueden ser refutadas.

La objeción substancial aduce que una teoría de los principios estructuralmente coincidente con la teoría de los valo-

²⁹ Cfr. la respecto R. Drier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Francfort del Meno 1986, págs. 34 s.

res conduce a la destrucción de la libertad individual en sentido liberal.³⁰ Conduciría a una dación de contenido de la libertad iusfundamental³¹, a «quedar sometido» a los valores.³² Esta objeción desconoce que la libertad de hacer y omitir lo que uno quiere puede ser objeto de un principio.³³ El principio de la libertad jurídica exige una situación de regulación jurídica en la que se ordene y prohíba lo menos posible. El problema decisivo es el grado óptimo de realización de este principio en vista de los principios opuestos. Su solución no está determinada de antemano por la teoría de los principios pero la vía hacia ella es estructurada racionalmente. En esta medida, la teoría de los principios demuestra ser neutral desde el punto de vista de su contenido.

La objeción competencial expresa el temor de que la teoría de los principios conduzca a un inadmisibles desplazamiento de poder desde el parlamento a los tribunales de justicia, especialmente al Tribunal Constitucional Federal. La independencia del derecho ordinario legislado se perdería en aras de una omnipotencia del derecho constitucional basada en la teoría de los principios. Esta objeción desconoce también la diversidad de aquello que puede ser objeto de un principio. Existen no sólo principios materiales (substantivos) sino también formales (procedimentales).³⁴

Un principio formal central es la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente. Este principio excluye la concepción según la cual todo el sistema del derecho ordinario sólo tiene que ser el conocimiento correcto de aquello que exigen los principios constitucionales. Conjuntamente con otros principios procedimentales, procura una relativa independencia del derecho legislado ordinario³⁵ y es

³⁰ E. Forsthoff, «Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre» en *Epirrhosis, Festgabe f. C. Schmitt*, editado por H. Barion/E. W. Böckenförde/E. Forsthoff/W. Weber, Berlín 1968, pág. 190.

³¹ E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *NJW* 1974, pág. 1533.

³² H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden Baden 1973, pág. 37.

³³ Cfr. al respecto B. Rütters, *Rechtsordnung und Wertordnung*, Constanza 1986, pág. 27, quien señala que lo que importa es cuáles valores son aceptados como válidos.

³⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 22), págs. 89, 120.

³⁵ Cfr. al respecto R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts», *NVwZ* 1984, págs. 401 ss.

una razón esencial de los numerosos márgenes de acción que el Tribunal Constitucional Federal deja al legislador.

Sólo la *objección metodológica* plantea un problema serio. Cuando se dice que no se gana nada con la incorporación de principios en el sistema jurídico, se aduce que, a causa de la presencia permanente de principios opuestos, sobre la base de una teoría de los principios podría fundamentarse todo y, por ello, no constituye ninguna diferencia el que se los incluya o no en el sistema jurídico. Las decisiones judiciales serían sólo puestas tras un velo.³⁶ La clausura que promete la teoría de los principios sería sólo aparente. Significaría simplemente que siempre sería posible un argumento jurídico pero no que el sistema jurídico contenga siempre una solución. En lugar de la laguna de apertura del modelo de reglas, provocada por una falta de pautas jurídicas, aparecería sólo una laguna de indeterminación del modelo reglas/principios, provocada por el exceso de pautas jurídicas. La situación seguiría siendo la misma.

Esta objeción podría ser totalmente refutada si fuera posible un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente y que en cada caso condujera exactamente a un resultado. Un orden tal puede ser llamado «orden duro». La discusión acerca de un orden duro de este tipo ha mostrado que no es realizable.³⁷ En última instancia, fracasa ante los problemas de una medición de los pesos y de las intensidades de realización de los valores o principios.

Sin embargo, el fracaso de los órdenes duros no dice todavía que sea imposible una teoría de los principios que ofrezca algo más que una colección de puntos de vista o de *topoi* de los cuales uno pueda servirse a discreción. Lo que es posible es un orden débil que conste de tres elementos: (1) un sistema de condiciones de precedencia, (2) un sistema de estructuras de ponderación y (3) un sistema de precedencias *prima facie*.

El ya mencionado fallo sobre incapacidad procesal mues-

³⁶ Cfr. Böckenförde (nota 31), pág. 1534; en un sentido similar, Forsthoff (nota 30), págs. 190 ss.; E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, Reinbek 1979, pág. 184; U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Francfort del Meno 1979, págs. 151 ss.

³⁷ Cfr., por ejemplo, B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín [1976], págs. 129 ss., 158 ss.; J. M. Steiner, «Judicial Discretion and the Concept of Law» en *Cambridge Law Journal* 35 (1976), págs. 152 ss.

tra cómo surge un sistema de *condiciones de precedencia*. En él la colisión entre el deber del Estado de garantizar el funcionamiento eficaz de la aplicación del derecho penal y el derecho del acusado a la vida y la integridad física es solucionado bajo la condición de un «peligro probable y concreto de que el acusado en caso de realizarse la audiencia oral, pierda su vida o sufra graves daños en su salud»,³⁸ estableciéndose una precedencia del derecho fundamental. Esto significa que, bajo la condición mencionada, vale la consecuencia jurídica del principio precedente, es decir, se prohíbe la realización de la audiencia oral. Esto último puede generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios. Ella reza: *Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*³⁹

Las condiciones de precedencia establecidas en un sistema jurídico, es decir, las reglas que se corresponden con la ley de colisión, proporcionan información acerca del peso relativo de los principios. Desde luego, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características que deben ser evaluadas, no es posible construir con su ayuda ningún orden que establezca en cada caso justamente una decisión. Pero, con todo, se abre la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no existiría sin los principios.

El segundo elemento básico de un orden débil, un sistema de *estructuras de ponderación*, resulta del carácter de los principios como mandatos de optimización. En tanto tales, exigen una realización lo más amplia posible dentro de las posibilidades *fácticas* y jurídicas. La referencia a las posibilidades *fácticas* conduce a las bien conocidas máximas de la adecuación y de la requeribilidad. La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una *ley de ponderación* que puede ser formulada de la siguiente manera: cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.⁴⁰ La ley de ponderación no formula nada diferente a la máxima de

³⁸ BVerGE 51, 324 (346).

³⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 22), págs. 83 s.

⁴⁰ *Ib ídem*, pág. 146; como ejemplos de la jurisprudencia constitucional pueden valer los siguientes: BVerfGE 6, 377 (404 s); 17, 306 (314); 20, 150 (159); 35, 202 (226); 41, 251 (264); 72, 26 (31).

proporcionalidad en sentido estricto. Con esto se dice que la máxima de proporcionalidad con sus tres máximas parciales se infiere lógicamente del carácter de principios de las normas y éstas de aquélla.⁴¹ Quien expulse a los principios del sistema jurídico tiene que eliminar también la máxima de proporcionalidad. Ciertamente, ésta no ofrece ningún procedimiento de decisión que conduzca en cada caso a un único resultado. Pero representa una estructura de argumentación racional de la que no se dispondría ni en un sistema de reglas puro ni en un mero catálogo de *topoi*.

El tercer elemento del orden débil son las *precedencias prima facie*. Un ejemplo lo ofrece el fallo Lebach en el que se estableció la precedencia *prima facie* de una información actual sobre un delito grave frente a la protección de la personalidad del actor.⁴² Como precedencia *prima facie* de tipo general puede ser interpretada⁴³ la «suposición básica de libertad».⁴⁴ Las precedencias *prima facie* no contienen, por cierto, determinaciones definitivas. Pero, con todo, establecen cargas de argumentación. De esta manera, crean un cierto orden en el ámbito de los principios.

4. El modelo de sistema jurídico de reglas / principios / procedimiento

El resultado de los análisis del modelo regla/principios es ambivalente. Por una parte, una teoría de los principios con un orden débil permite estructurar racionalmente en un buen tramo la decisión jurídica en el ámbito de las lagunas de apertura del sistema jurídico. Ya ésta es razón suficiente para incorporar a los principios en el sistema jurídico. Una renuncia

⁴¹ Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 22), págs. 100 ss.

⁴² BVerfGE 35, 202 (231); cfr., además, BVerfGE 51, 386 (397) en donde para el caso de una expulsión motivada por una prevención general de un extranjero condenado por un delito penal y casado con una alemana, se supone una precedencia *prima facie* del mantenimiento del matrimonio frente al interés de intimidación de otros extranjeros que pudieran cometer actos delictivos similares.

⁴³ Cfr. al respecto Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 22), págs. 517 ss.

⁴⁴ BVerfGE 6, 32 (42); 13, 97 (105); 17, 306 (313 s.); 32, 54 (72).

al nivel de los principios equivaldría a una renuncia de racionalidad.⁴⁵ A este argumento metodológico se suma otro substancial. Con los principios constitucionales rectores, especialmente con los tres principios iusfundamentales de la dignidad, la libertad y la igualdad, y con los tres principios de fines y estructura del Estado de derecho, la democracia y el Estado social, se han incorporado como derecho positivo al sistema jurídico de la República Federal de Alemania, las formulas principales del moderno derecho racional. Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica⁴⁶ incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa.

Por otra parte, el agregado del nivel de los principios conduce sólo condicionadamente a una vinculación en el sentido de una determinación estricta del resultado. También después de la eliminación de las lagunas de apertura a nivel de las reglas quedan las lagunas de indeterminación del nivel de los principios. Sin embargo, de aquí no podría inferirse un argumento en favor del modelo de la regla y en contra del modelo regla/principio, tampoco si ésta fuera la última palabra. Lo que hasta ahora se ha descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres ni-

⁴⁵ A este argumento normativo puede agregarse el argumento empírico de que los principios juegan un papel central en la argumentación jurídica real; ello conduce a la tesis de que sin la incorporación de los principios, no puede lograrse una imagen adecuada del sistema jurídico tal como es Cfr. al respecto, N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, págs. 231 ss.

⁴⁶ Cfr. al respecto, M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga 1979, págs. 15, 124.

veles que puede ser llamado «*modelo reglas/principios/procedimiento*».

La idea de un procedimiento que asegure la racionalidad puede ser referida tanto al proceso de la aplicación del derecho como al de su formulación.⁴⁷ Aquí será considerada sólo con respecto a la aplicación del derecho. Por proceso de aplicación del derecho puede entenderse o bien el proceso de argumentación y pensamiento no institucionalizado de quienes encuentran y fundamentan una respuesta a la cuestión de qué es lo que está jurídicamente ordenado en un sistema jurídico en un determinado caso, o el procedimiento institucionalizado del proceso judicial que incluye este procedimiento.⁴⁸ En lo que sigue se tratará exclusivamente del proceso de pensamiento y argumentación no institucionalizado.

III. Razón practica

Presupuesto del modelo de tres niveles es que sea posible un procedimiento que asegure la racionalidad y que pueda ser agregado a los niveles de las reglas y de los principios con la finalidad de cerrar las lagunas. Si existe esta posibilidad, entonces, en vista de la ya expuesta racionalidad de la pertenencia tanto de las reglas como de los principios al sistema jurídico, el modelo reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos.

La elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho es objeto de la teoría de la argumentación jurídica.⁴⁹ Dos son las tareas que tiene que cumplir. La primera resulta de la racionalidad de la pertenencia al sistema jurídico tanto de un nivel de reglas como otro de principios. Estos objetivos autoritativos exigen el desarrollo de reglas metódicas que aseguren la vinculación a

⁴⁷ Cfr. R. Alexy, 174Die Idee einer prozeduralen. Theorie der juristischen Argumentation» en *Rechtstheorie* Beiheft 2 (1981), págs. 185 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, págs. 187 s.

⁴⁹ Cfr. aquí como exposición resumida, U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, como así también como nueva monografía, A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo 1986.

ellos.⁵⁰ La segunda tarea resulta del conocimiento ahora casi trivial de la metodología jurídica en el sentido de que es imposible un sistema de reglas metódicas que establezcan exactamente sólo un resultado. En todos los casos ya medianamente dudosos se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de autoridad. Por lo tanto, la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho depende esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son accesibles a un control racional. La respuesta de esta cuestión es la segunda tarea de la teoría de la argumentación jurídica.

La cuestión de la posibilidad de un procedimiento de aplicación del derecho que asegure la racionalidad conduce, pues, a la cuestión de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor. Durante mucho tiempo, la discusión de esta cuestión ha estado afectada por una estéril contraposición de dos posiciones básicas presentadas en siempre nuevas variaciones: de las posiciones subjetivistas y relativistas por una parte y de las posiciones objetivistas y cognocitivistias, por otra. Sin embargo, no hay ningún motivo para adoptar una tal actitud de todo o nada. Por cierto, no son posibles teorías morales *materiales* de las que pudiera obtenerse con certeza intersubjetiva exactamente una solución para toda cuestión moral. En cambio, son posibles teorías morales *procedimentales* que formulen reglas o condiciones de la argumentación práctica racional.⁵¹ Una versión especialmente promissora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.⁵²

El núcleo de la teoría del discurso es un sistema de reglas y principios del discurso cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y sus resultados. Aquí no es posible formular y fundamentar explícita y detalladamente un sistema tal.⁵³ En un resumen basto pueden identificarse cua-

⁵⁰ Para un sistema de tales reglas explícitamente formulado, cfr. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (nota 25), págs. 273 ss.

⁵¹ Cfr. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» (nota 47), págs. 177 ss.

⁵² Cfr. J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm» en del mismo autor, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Francfort del Meno 1983, págs. 53 ss.

⁵³ Cfr. al respecto Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (nota 25), págs. 2212 ss.; A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York 1983, págs. 167 ss.

tro postulados de racionalidad práctica procedimental. Se exige (1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universabilidad, (4) un grado sumo de desprejuiciamiento.

Es claro que estas exigencias tienen carácter ideal. Bajo condiciones reales pueden ser realizadas sólo aproximativamente. Esto excluye la creación de una certeza absoluta en todos los casos. Si la racionalidad fuera equiparada con la certeza, ello daría origen a una objeción fundada. Sin embargo, tal no es el caso. La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan sólo relativa. Esto basta como razón para la irrenunciabilidad de la incorporación en el sistema jurídicos de las reglas y principios de la racionalidad práctica procedimental.

Para el modelo de tres niveles esto significa que cada uno de los tres niveles proporciona una contribución necesaria a la racionalidad del sistema jurídico. Cada uno de los tres niveles presenta deficiencias que, tomadas en sí mismas, son serias. Su vinculación no los hace desaparecer pero conduce a un alto grado de compensación recíproca. Es suposible que bajo las condiciones humanas no es posible superar esta medida de razón práctica en el derecho.

El punto de partida de las reflexiones aquí presentadas fue la controversia entre legalismo y constitucionalismo. Con el modelo de sistema jurídico de tres niveles no se han decidido en absoluto todas las cuestiones de esta polémica. Pero, se ha obtenido una línea básica. Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello —dicho con otra terminología— de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del derecho legislado ordinario. En el modelo de tres niveles se convierte en un problema de la ponderación entre el principio formal de la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente y los principios materiales de la Constitución. Los resultados de esta ponderación, al igual que de otras ponderaciones, son

fundamentales racionalmente. Todo esto es un argumento para sostener que un constitucionalismo moderado es la concepción del sistema jurídico que permite realizar en mayor medida la razón práctica.

DERECHOS INDIVIDUALES Y BIENES COLECTIVOS

DERECHOS INDIVIDUALES
Y BIENES COLECTIVOS

La relación entre derechos individuales y bienes colectivos es uno de los temas iusfilosóficos cuya discusión parece no tener fin. Es fácil identificar dos razones para que ello sea así: una es de naturaleza normativa y otra de naturaleza analítica. El problema normativo resulta del hecho de que toda definición de esta relación, en el sentido de una ponderación de los derechos individuales y de los bienes colectivos, requiere decisiones sobre la estructura básica del Estado y la sociedad. Un consenso acerca de su ordenación correcta presupone un acuerdo acerca de lo que es justo. Por ello, mientras exista disenso en la teoría de la justicia, la ponderación de derechos individuales y bienes colectivos seguirá siendo objeto de polémica. El problema analítico tiene su causa en el hecho de que la definición de la relación presupone claridad acerca de los conceptos de derecho individual y de bien colectivo. La falta de claridad de estos conceptos provoca confusiones en la solución del problema normativo.

En el primer plano de mis consideraciones se encuentra el problema analítico. Ellas se dividen en tres partes. En la primera, se trata de los conceptos de derecho individual y de bien colectivo. El objeto de la segunda parte son las relaciones conceptuales entre derechos individuales y bienes colectivos. Finalmente, en la tercera parte se expondrán algunas tesis normativas sobre la relación entre derechos individuales y bienes colectivos.

I. Los conceptos de derecho individual y de bien colectivo

1. El concepto de derecho individual

El análisis del concepto de derecho individual que se expondrá aquí se basa en dos pilares

1. un modelo de tres niveles de los derechos individuales y
2. una teoría de los principios de estos derechos.

El modelo de tres niveles incluye un sistema de las posiciones jurídicas básicas.

a) Un modelo de tres niveles de los derechos individuales

La base del modelo de tres niveles está constituida por la distinción entre (1) las fundamentaciones de los derechos individuales, (2) los derechos individuales como posiciones y relaciones jurídicas y (3) la impositibilidad de los derechos individuales.¹ La deficiente distinción entre los tres niveles es una razón esencial de la permanente polémica acerca del concepto de derecho individual.

(1) Las fundamentaciones de los derechos

Como fundamentación de un derecho puede pensarse en cosas muy diferentes. Fundamentaciones clásicas son el interés del titular en el objeto del derecho y la posibilidad de ejercer su libre albedrío. Este tipo de fundamentación de los derechos es algo distinto de los derechos mismos. Estos consisten en posiciones y relaciones jurídicas y, por lo tanto, tienen que ser tratados en el segundo nivel del modelo de tres niveles. Así como hay que distinguir entre la fundamentación de una norma y la norma que se apoya en esta fundamentación, así también la fundamentación de un derecho es una cosa y el derecho que se admite en virtud de esta fundamentación, otra. Tanto en la teoría de los intereses como en la de la voluntad surgen numerosas dificultades debido a que la fundamentación de un derecho es tratada como una característica del concepto de derecho. Ejemplos de la transformación de la relación de fundamentación en una relación conceptual se encuentran en la definición de los derechos subjetivos de Jhering como «intereses jurídicamente protegidos»² y en la definición de derecho subjetivo de Windscheid como «un poder de

¹ Cfr. Al respecto, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden 1985, págs. 164.

² R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte 3, 5.ª edición, Leipzig 1906, pág. 339.

voluntad o una dominación de voluntad conferido por el orden jurídico».³ La concepción según la cual debe haber exactamente una fundamentación general decisiva para los derechos individuales, que tiene que ser incluida en su definición, bloquea la vía hacia la intelección de que detrás de un derecho individual puede existir un haz de fundamentaciones heterogéneas y que diferentes derechos pueden apoyarse en fundamentaciones totalmente diferentes.

Si se distingue entre fundamentaciones de los derechos y los derechos como posiciones y relaciones jurídicas, aparecen como fundamentaciones no sólo bienes individuales tales como los intereses del respectivo titular del derecho o su libre albedrío sino también bienes colectivos. Así, puede intentarse justificar el derecho de propiedad del individuo exclusivamente a través de un bien colectivo, por ejemplo, la eficacia económica general de un orden económico basado en la propiedad privada.

Sobre la base de la dicotomía de bienes individuales y colectivos pueden distinguirse tres justificaciones de los derechos. Un derecho puede ser justificado en general o en una determinada situación (1) exclusivamente a través de bienes individuales, (2) a través tanto de bienes individuales como colectivos y (3) exclusivamente a través de bienes colectivos. Terminológicamente puede darse cuenta de ello de diversa manera. Dentro del marco del modelo de tres niveles, lo decisivo es que el derecho en tanto tal, es decir, la posición jurídica que se da cuando existe un derecho, es un derecho del individuo y, por lo tanto, un derecho individual también cuando es justificado a través de bienes colectivos. Por lo tanto, parece estar justificado llamar a todos los derechos del individuo —y sólo éstos serán considerados aquí— «derechos individuales». Este concepto del derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida en que todos los derechos individuales son derechos subjetivos y todos los derechos subjetivos del individuo son derechos individuales. En la medida en que —como aquí— se hable de derechos del individuo, los términos «derecho individual» y «derecho subjetivo» son intercambiables.

³ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª edición a cargo de Th. Kipp, tomo 1, Francfort del Meno 1906, pág. 156.

Son posibles otras terminologías y todo lo que aquí hay que decir puede también formularse con ellas. Así, podría pensarse en llamar «individuales» sólo a derechos que exclusivamente o, por lo menos, también, son justificados a través de fundamentaciones individuales. Derechos que exclusiva o eventualmente son justificados también a través de bienes colectivos pueden ser clasificados, por ejemplo, como «derechos subjetivos». Por las razones expuestas, esta forma de proceder es preferible a un concepto amplio de derecho individual. Las diferencias en la justificación pueden comprenderse óptimamente calificando a la justificación misma de «individual» y/o «colectiva».

(2) Los derechos como posiciones y relaciones jurídicas

Los derechos que han de ser colocados en el segundo nivel consisten, en tanto tales, en posiciones y relaciones jurídicas. Dentro del marco de un sistema de las posiciones jurídicas fundamentales puede exponerse muy simplemente qué son posiciones y relaciones jurídicas y cuáles existen. Surge un sistema utilizable tanto para fines teóricos como prácticos si, siguiendo la distinción de Bentham entre «*rights to services*», «*liberties*» y «*powers*»⁴ y de Bierling entre «pretensión jurídica», «simple permisión jurídica» y «poder hacer jurídico»,⁵ se dividen las posiciones que han de ser designadas como «derechos» en (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias.⁶ Aquí habrá de tener importancia sólo el hecho de que los derechos que hay que colocar en el segundo nivel, en tanto tales y en todas sus formas, tienen un carácter puramente deontológico.

Los derechos a algo son relaciones triádicas entre el titular (*a*), los destinatarios (*b*) y el objeto (*G*) del derecho.⁷ Sólo cuando existe esta relación entre *a*, *b* y *G* se encuentra a en

⁴ J. Bentham, *Of Laws in General*, edición a cargo de H. L. A. Hart, Londres 1970, págs. 57 s., 82 ss., 98, 119, 173 ss.

⁵ E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2.^a Parte, Gotha 1883, págs. 49 ss.

⁶ Cfr. al respecto y para lo que sigue R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 171 ss.

⁷ Para una concepción similar pero que, a diferencia de las exigencias del modelo de tres niveles, incluye también la razón justificante, cfr. A. Gewirth, «Why Rights are Indispensable» en *Mind* 95 (1986), pág. 328.

una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* un derecho a *G*. La forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede ser expresada con la fórmula

RabG.

Todo enunciado de esta forma es equivalente a un enunciado sobre la correspondiente obligación relacional:

ObaG.

Por lo tanto, los derechos a algo son reducibles a modalidades deónticas relacionales.

La forma más simple de la libertad jurídica consiste en la conjunción de la permisión de hacer algo y la permisión de no hacerlo. Formas más complicadas surgen a través de la vinculación de estas posiciones con derechos a algo. Los detalles pueden ser aquí dejados de lado. Para el carácter del segundo nivel del modelo de tres niveles que aquí interesa tiene sólo importancia el hecho de que también las libertades jurídicas en todas sus formas pueden plenamente ser abarcadas con la ayuda de modalidades deónticas las cuales, a su vez, tienen que ser relacionadas.

En el caso de las competencias, la remisibilidad a las modalidades deónticas básicas no es tan fácil de reconocer. La clave para ello es el concepto de deber ser posible o potencial. El contenido normativo de una competencia es idéntico con la clase de los —de acuerdo con ella— directa o indirectamente posibles mandatos, prohibiciones y permisiones. De esta manera, después de la relacionalización, la potencialización es la segunda operación con cuya ayuda surgen las posiciones del segundo nivel exclusivamente a partir de las modalidades deónticas básicas.⁸

Es, pues, claro que los derechos individuales que deben

⁸ Si se toma en cuenta, además, que las modalidades deónticas básicas (mandato, prohibición, permisión) son recíprocamente reducibles con la ayuda de la negación, resulta correcta la tesis de la reducción de Ross que afirma que en el ámbito del deber ser basta una modalidad deóntica básica (A. Ross, *Directives and Norms*, Londres 1968, págs. 117 ss.) si se tiene presente que para ello son necesarias tres operaciones: negación, relacionalización y potencialización.

ser asignados al segundo nivel tienen un carácter puramente deontológico. En cambio, en el primer nivel, el de las fundamentaciones de los derechos, se requiere hablar de bienes e intereses y, por lo tanto, hay que utilizar también conceptos axiológicos y antropológicos.⁹

(3) Imponibilidad

En el tercer nivel hay que ubicar las posiciones del derecho referidas a la imposición del derecho que, sobre todo, consisten en competencias y permisiones. No es poco frecuente establecer una relación analítica entre este tipo de posiciones y el concepto del derecho, por ejemplo, cuando Kelsen dice: «El derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente.»¹⁰ Aquí cabe objetar que la existencia de un derecho es una razón substancial de su imponibilidad;¹¹ ello no sería posible si la imponibilidad estuviera ya contenida en el concepto de derecho. A la relación de fundamentación entre el primero y segundo nivel corresponde una relación de fundamentación entre el derecho y su imponibilidad, es decir, entre el segundo y el tercer nivel. Esto no podría ser apprehendido si se incluyese la imponibilidad en el concepto del derecho.

b) La teoría de los principios

Un análisis del concepto de derechos individuales que permita determinar la relación entre derechos individuales y bienes colectivos presupone, a más del modelo de tres niveles, un segundo elemento teórico: una teoría de los principios de los derechos individuales. La teoría de los principios es necesaria para poder reconstruir un fenómeno bien conocido y central para la relación entre derechos individuales y bienes colectivos: la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos, como así también su solución a través de la ponderación.

⁹ Cfr. al respecto R. Alexy, págs. 126 s.

¹⁰ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena 1979, pág. 269; del mismo autor, *Reine Rechtslehre*, 2.ª edición, Viena 1960, págs. 139 ss.

¹¹ Cfr. N. MacCormick, «Rights in Legislation» en *Law, Morality, and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart*, editado por P. M. S. Hacker/J. Raz, Oxford 1977, págs. 203 s., 207 s.

La teoría de los principios aquí sostenida¹² se vincula con la distinción de Esser entre principio y norma¹³ y con la dicotomía de reglas y principios de Dworkin.¹⁴ Sin embargo, aquí se sostiene la tesis de que ambos autores han analizado correctamente algunas propiedades de las reglas y principios pero no han llegado al núcleo de la distinción. Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos. De esta distinción se siguen todas las otras distinciones, por ejemplo, que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizables en diferente grado mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no.

El término «mandato» en las expresiones «mandato de optimización» y «mandato definitivo» será utilizada en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones. Más arriba se expuso que todas las posiciones jurídicas son reducibles a modalidades deónticas fundamentales. Por ello, puede decirse que los derechos individuales tienen o bien el carácter de mandatos de optimización o el carácter de mandatos definitivos.

En la medida en que los derechos tienen el carácter de mandatos de optimización, no se trata en ellos de derechos definitivos, sino de derechos *prima facie* que, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos. Sólo los derechos con carácter de reglas son derechos definitivos. La tesis de Dworkin según la cual los derechos serían «*trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole*»¹⁵ implica que, en todo caso frente a bienes colectivos, tienen un carácter esencialmente definitivo. Se verá que

¹² Para más detalles cfr. R. Alexy, «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), págs. 13 ss.; del mismo autor, *Theorie der Grundrechte*, págs. 71 ss.

¹³ J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3.ª edición, Tübinga 1974, págs. 95 ss.

¹⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2.ª edición Londres 1978, págs. 22 ss.

¹⁵ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass./Londres 1985, pág. 359.

esta tesis es demasiado basta, tanto desde el punto de vista analítico como normativo. Aquí habrán de jugar un papel decisivo consecuencias que se infieren de la estructura de los mandatos de optimización para la solución de colisiones. Pero, antes, hay que considerar el concepto de bien colectivo.

2. El concepto de bien colectivo

Es más fácil presentar ejemplos de bienes colectivos que decir qué es un bien colectivo. Ejemplos de bienes colectivos son la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, la integridad del medio ambiente y un alto nivel cultural. Para exponer qué es lo que hace que éstos sean bienes colectivos, hay que distinguir tres cosas:

1. la estructura no distributiva de los bienes colectivos,
2. su status normativo y
3. su fundamentación.

a) La estructura no distributiva de los bienes colectivos

En todas las disciplinas prácticas se utiliza el concepto de bien colectivo. En las ciencias económicas es donde ha sido analizado con mayor profundidad. Para definirlo se suelen considerar los conceptos del carácter no excluyente de su uso y la no rivalidad de su consumo.¹⁶ Así, la seguridad colectiva es un caso relativamente claro de un bien colectivo porque, primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de *a* no afecta ni impide el uso por parte de *b*. Para el análisis económico, ambas características traen consigo numerosos problemas que no interesan aquí.

Para distinguir los derechos individuales de los bienes colectivos, se requiere un concepto de bien colectivo que constituya una contrapartida apta de los derechos individuales. Un concepto tal de bien colectivo puede construirse con la ayuda

¹⁶ Cfr. al respecto, por ejemplo, M. Peston, *Public Goods and the Public Sector*, Londres/Basingstoke 1972, págs. 13 ss. Para una definición del concepto de bien colectivo en la filosofía moral y jurídica, que apunta al principio de exclusión, cfr. J. Raz, «Right-Based Moralities» en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford 1985, pág. 187.

del concepto de lo no-distributivo. Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos.

b) El status normativo de los bienes colectivos

El carácter no-distributivo que se acaba de exponer no basta todavía para la definición del concepto de bien colectivo. Puede valer igualmente para cosas que no son bienes colectivos sino males colectivos como, por ejemplo, una alta tasa de criminalidad, la fealdad de una ciudad o un clima de intolerancia. Cabe preguntarse, pues, qué significa que algo es un bien.

Cuando uno considera las argumentaciones en las cuales se trata de bienes colectivos, encuentra tres versiones conceptuales: una antropológica, una axiológica y otra deontológica.¹⁷ Estamos frente a la variante antropológica cuando se dice que hay que ponderar el *interés* en la seguridad exterior frente a un derecho individual. En cambio, se trata de una versión axiológica cuando se habla del *valor* de la seguridad exterior. Finalmente, el mismo bien obtiene un carácter deontológico cuando se dice que la creación y conservación de la seguridad exterior está *ordenada*.

Tanto en el lenguaje ordinario como en el de la jurisprudencia, las tres versiones son utilizadas intercambiablemente. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, es preferible la variante deontológica. Los intereses pueden ser fundamentaciones para que algo sea un bien colectivo jurídicamente relevante. Para convertirse en un bien colectivo de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, en este sentido, justificado. Pero, un tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada *prima facie* o definitivamente. Con ello, el interés adquiere un status normativo. El *status* normativo de los bienes colectivos es aprehendido me-

¹⁷ Con respecto a esta tripartición de los conceptos prácticos, cfr. G. H. v. Wright, *The Logic of Preference*, Edimburgo 1963, pág. 7.

por a través de la versión deontológica que de la axiológica. Como se ha expuesto, los derechos tienen un status deontológico. Si del costado de los bienes colectivos se elige la versión axiológica, entonces una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes. Esto puede evitarse fácilmente si se elige la variante deontológica. No hay inconveniente en hacerlo ya que la teoría de los principios permite aprehender en un lenguaje deontológico todo lo que puede decirse en una terminología axiológica. Si se tiene en cuenta, además, que las respuestas a cuestiones de derecho dicen qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido, entonces todo habla en favor de ingresar, para su fundamentación, en el nivel deontológico.

El concepto de bien colectivo puede ser pues definido de la siguiente manera: X es un bien colectivo si X es *no-distributivo* y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente. Esta definición vale para cualquier sistema normativo. Si se la quiere referir exclusivamente a sistemas jurídicos, hay entonces que completarla de la siguiente manera: X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es *no-distributivo* y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente por S . La recepción en esta definición de la dicotomía *definitivo/prima facie* pone de manifiesto que los bienes colectivos, al igual que los derechos individuales, pueden tener carácter de regla o de principio.

c) La fundamentación de los bienes colectivos

La definición presentada de bien colectivo muestra que cuando en favor o en contra de una decisión se recurre a un bien colectivo se hace referencia a un mandato y, con ello, a una norma. Algo es para un sistema jurídico un bien colectivo si y sólo si hay una norma que así lo establece. Por lo tanto, el problema de la fundamentación de bienes colectivos es claramente un problema de fundamentación de normas.

De los numerosos tipos de fundamentación habrán de interesar aquí sólo dos: el de la economía de bienestar y el de la teoría del consenso. Son importantes porque podría pensarse en utilizarlos para la definición del concepto de bien colectivo. Esto significaría que, en lugar de una definición exclusiva-

mente referida a la distribución, se obtendría una exclusivamente referida a la fundamentación o también referida a la fundamentación. Deseo sostener la tesis de que es aconsejable definir el concepto de bien colectivo —al igual que el derecho individual— sin hacer referencia a la fundamentación.

Estamos frente a una fundamentación de un bien colectivo del tipo economía de bienestar cuando se intenta justificar este bien como función de bienes individuales (utilidades, preferencias). Este tipo de fundamentación tropieza con los problemas de la aglomeración de utilidades individuales en utilidades colectivas.¹⁸ Si las utilidades individuales que hay que aglomerar son medidas en escalas cardinales, surgen dificultades insuperables de medición y comparación de las utilidades, por lo menos cuando se trata de bienes como los mencionados.¹⁹ Por cierto, estos problemas pueden ser evitados si se utilizan escalas ordinales. Pero aquí la aglomeración tropieza con el teorema de imposibilidad de Arrow.²⁰ Con esto, la fundamentación de bienes colectivos como función de bienes individuales se ve enfrentada con grandes dificultades. Con tanta mayor razón hay que excluir una definición referida a ella. En caso de que no existiera ninguna función adecuada, de la definición de bienes colectivos se seguiría que no puede haber ningún bien colectivo.

Hay varias variantes de una fundamentación basada en la teoría del consenso. De acuerdo con una muy poco exigente, un bien colectivo está justificado si lo aprueban fácticamente todos; de acuerdo con una más exigente, si la aprueban todos en caso de que se dieran determinadas condiciones de racionalidad.²¹ La segunda variante puede ser expuesta con más detalle en una teoría del discurso racional. Aquí tiene sólo importancia el hecho de que tampoco es aconsejable recoger en la definición la fundamentación de la teoría del

¹⁸ Cfr. al respecto, B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín 1976, págs. 131 ss.

¹⁹ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 139 ss.

²⁰ K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2.ª edición, Nueva York/Londres/Sydney 1963; R. D. Luce/H. Raiffa, *Games and Decisions*, Nueva York/Londres/Sydney 1957, págs. 327 ss.

²¹ Cfr. al respecto, R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 53 ss., 221 ss.; del mismo autor, «Problems of Discourse Theory» en *crítica* 20 (1988), págs. 43 ss.

consenso, aun cuando pueda demostrarse su aptitud. La aprobación fáctica o hipotética no es ninguna característica limitada exclusivamente a los bienes colectivos sino que también es concebible un consenso con respecto a los derechos individuales. Esto y la máxima general según la cual no es aconsejable recargar con problemas de fundamentación conceptos como los de norma,²² de derecho individual y de bien colectivo, constituyen una razón suficiente para adoptar una definición exclusivamente referida a la distribución.

II. Las relaciones conceptuales entre los derechos individuales y los bienes colectivos

1. Cuatro tesis

Para la investigación de la relación conceptual entre derechos individuales y bienes colectivos serán consideradas cuatro tesis formulables con respecto a las relaciones que existen entre estos conceptos:

1. Relación medio/fin I: todos los derechos individuales son exclusivamente medios para bienes colectivos.
2. Relación medio/fin II: todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para derechos individuales.
3. Relación de identidad: todos los bienes colectivos son idénticos con situaciones en las que existen y son satisfechos derechos individuales.
4. Relación de independencia: entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni relaciones medio/fin ni relaciones de identidad.

Se ve de inmediato claramente que estas cuatro tesis no agotan el ámbito de relaciones posibles entre los conceptos de derecho individual y de bien colectivo. Basta tan sólo considerar la primera tesis. Es perfectamente posible que no todos sino sólo algunos derechos individuales sean exclusivamente medios para bienes colectivos y es, además, perfectamente posible que algunos derechos individuales sean no exclusivamente sino también medios para bienes colectivos. Este tipo

²² Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 42 ss., 63 ss.

de matizaciones vuelve la tesis más plausible pero también menos interesante. Esta es una razón suficiente para no considerarla, por lo pronto, en una versión débil sino fuerte.

Más importante que el problema de la matización es el del status de las cuatro tesis. Quien sostiene que todos los derechos individuales son exclusivamente medios para bienes colectivos puede querer decir con ello que esta relación existe en todos los sistemas normativos concebibles y, por lo tanto, es conceptualmente necesaria. Su tesis tiene entonces un status analítico. Se trata también de un problema analítico cuando se pregunta si es al menos concebible y, por lo tanto, conceptualmente posible, una concepción de los derechos individuales y de los bienes colectivos, con independencia del hecho de que su contenido esté justificado, en la que una de las cuatro tesis sea verdadera. En cambio, se trata de una tesis normativa no analítica cuando una de las cuatro tesis no es rechazada a causa de su imposibilidad conceptual sino por razones de contenido, es decir, porque sólo es sostenible sobre la base de una concepción no justificable de los derechos individuales y de los bienes colectivos. En lo que sigue, la relación entre posibilidad conceptual y corrección material normativa habrá de jugar un papel central.

2. Los derechos individuales como medios para bienes colectivos

Ya más arriba se ha sostenido que es conceptualmente posible concebir algunos derechos individuales exclusivamente como medios para bienes colectivos.²³ Como ejemplo fue presentado el derecho de propiedad. Es concebible una concepción del derecho de propiedad según la cual éste sea exclusivamente un medio para la creación y promoción de la eficacia económica de la economía en su totalidad. Esto puede generalizarse. Conceptualmente es posible un puro carácter de medio, es decir, una justificación puramente instrumental de todos los derechos individuales. Consideremos derechos individuales tan fundamentales como los derechos a la dignidad, la libertad y la igualdad. No es difícil encontrar bienes colectivos que pueden ser concebidos como fines exclusivos de es-

²³ Cfr. I.1.a (1).

tos derechos. Como ejemplos pueden ser mencionados la tolerancia, la prosperidad artística, científica y económica, como así también la vitalidad y la solidaridad de una sociedad. Pero, si es posible justificar exclusivamente a través de bienes colectivos derechos abstractos como los tres mencionados, entonces también es posible hacerlo en el caso de todos los derechos concretos.

Por lo tanto, el carácter universal de medio de los derechos individuales no puede fracasar a causa de problemas conceptuales sino normativos. Pueden distinguirse dos aspectos de este problema. El primero consiste en que un derecho individual que es exclusivamente un medio para un bien colectivo no puede, por definición, desarrollar frente a éste ninguna fuerza propia. Si el derecho pierde su carácter de medio para el bien colectivo o impide su realización, entonces ya no hay ninguna razón para la existencia de ese derecho. Con relación al bien colectivo ni siquiera tiene una validez *prima facie*. No se produce una colisión en el sentido de la teoría de los principios y no puede llegarse a una ponderación. Estaría justificada toda restricción y toda privación del derecho individual si de, esa manera, se promoviese el bien colectivo.²⁴

²⁴ Hay que diferenciar en los detalles. Así, en la propiedad hay que distinguir entre la propiedad privada como instituto jurídico y las posiciones individuales de propiedad. En tanto instituto jurídico, la propiedad consiste en un sistema de reglas que norma la adquisición, conservación y pérdida de la propiedad. Si se comprueba que este sistema de reglas no es ya un medio necesario para asegurar la eficacia económica o que hasta la frena, entonces en el caso de una justificación exclusiva de la propiedad a través de la eficacia económica, pierde toda fundamentación la conservación de aquel sistema de reglas. Para las posiciones de propiedad creadas bajo él, surge un problema de transición. Otra es la situación cuando, por cierto, no puede dudarse que el instituto jurídico de la propiedad privada es un medio adecuado y necesario para asegurar la eficacia económica pero consta que esto no vale para determinadas posiciones individuales de propiedad. Desde una perspectiva moral esto conduce al problema del utilitarismo del acto y del utilitarismo de la regla (cfr. al respecto, J. Rawls, «Two Concepts of Rules» en Ph. Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford 1967, págs. 144 ss.). En un sistema jurídico, sería plausible que el legislador o los jueces reformaran el instituto jurídico de la propiedad, es decir, el sistema de reglas que define la propiedad, de forma tal que sólo gozaran de protección las posiciones jurídicas que sirven a la eficacia económica. Según este modelo, una posición que no satisface o que ha dejado de satisfacer el criterio de eficacia gozaría de protección en virtud de la existencia del instituto jurídico sólo hasta su transformación legislativa o judicial. En general, puede decirse que cuando la propiedad es exclusivamente un medio

El segundo aspecto se refiere a colisiones de derechos individuales que son justificados respectivamente por diversos bienes colectivos, como así también a colisiones de derechos individuales con otros bienes colectivos diferentes de aquellos que justifica. En estas constelaciones son posibles ponderaciones pero, debido al carácter universal de medio, estas ponderaciones no son, en verdad, ponderaciones entre derechos individuales o entre derechos individuales y bienes colectivos, sino exclusivamente entre bienes colectivos.

Si se toman en cuenta ambos aspectos, puede entonces decirse que en la concepción de los derechos individuales como meros medios para bienes colectivos no pueden ni siquiera producirse auténticas colisiones entre posiciones jurídicas individuales y bienes colectivos. Los derechos individuales no juegan en los casos de colisión ningún papel sistemáticamente importante.

El reconocimiento de derechos fundamentados no colectiva sino individualmente es expresión del hecho de que el individuo, en tanto tal, es tomado en serio. Viceversa, su no reconocimiento es expresión del hecho de que el individuo en tanto tal no es tomado en serio. Para la primera tesis esto significa que, si bien es cierto que es conceptualmente posible, es verdadera sólo en un sistema normativo en el que el individuo, en tanto tal, no es tomado en serio. Habrá que demostrar que un tal sistema normativo no es justificable. Si ello es así, entonces la primera tesis es conceptualmente posible pero normativamente imposible.

3. Los bienes colectivos como medios para derechos individuales

La segunda tesis es correcta si es conceptual y normativamente posible concebir a todos los bienes colectivos exclusivamente como medios para derechos individuales. Un bien colectivo habrá de ser considerado exclusivamente como un me-

para un bien colectivo, la existencia de posiciones de propiedad individuales depende directa o indirectamente de la existencia de la relación medio/fin. Independientemente de ella, los derechos morales tienen, en todo caso, una fuerza proporcionada por el utilitarismo de la regla y los derechos jurídicos una fuerza basada en la inercia del sistema jurídico.

dio para derechos individuales si su creación o conservación no significa nada más que la creación de presupuestos para el ejercicio de derechos por parte de sus titulares y el cumplimiento por parte de sus destinatarios.²⁵ En el caso de las libertades y competencias puede tratarse de la creación de presupuestos para el ejercicio; en el caso de derechos a algo, de la creación de presupuestos para el cumplimiento.

La cuestión consiste en saber si los bienes colectivos pueden ser considerados exclusivamente como presupuestos para derechos individuales en el doble sentido que se acaba de esbozar. Tomemos como ejemplo la ocupación plena como objetivo de la política económica. Este objetivo es perseguido por dos gobiernos. El uno sostiene una teoría estrictamente individualista de las tareas del Estado; el otro, una esencialmente colectivista. El gobierno de orientación exclusivamente individualista persigue el fin de la ocupación plena exclusivamente con el objetivo de que cada cual pueda efectivamente ejercer su derecho de libre elección de un puesto de trabajo. Todas las otras consecuencias de su política de ocupación plena las considera, en parte, como efectos secundarios positivos pero no ordenados y, en parte, como el precio necesario que hay que pagar para una realización lo más amplia posible de un derecho al trabajo. El hecho de que una orientación exclusivamente individualista no sólo es postulada sino también practicada se reconce en que en los casos en los cuales el fin de la ocupación plena entra en colisión con otros fines, el peso de aquel fin es determinado exclusivamente a través del peso de los derechos individuales afectados. En la ponderación, los efectos secundarios positivos no juegan ningún papel. El fin de la ocupación plena sigue siendo un bien colectivo. No puede determinarse qué parte se tiene en él y quién, también en el caso de la mayor realización posible, no se beneficia de él. En cambio, para el gobierno de orientación esencialmente colectivista, el aseguramiento de derechos individuales es sólo una entre otras razones para la política de ocupación plena. En primera línea, aspira a fines tales como la paz social y el bienestar general de la población. Estos fines juegan un papel decisivo en casos de colisión.

²⁵ Cfr. al respecto J. L. Mackie, «Can There be a Right-Based Moral Theory» en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford 1984, pág. 170.

El ejemplo pone claramente de manifiesto que la cuestión acerca de si un bien colectivo puede exclusivamente ser un medio para derechos individuales no puede ser respondida sólo sobre la base de una consideración aislada del bien colectivo. La respuesta depende, más bien, del papel que el bien colectivo juega en el respectivo sistema de bienes, normas y derechos.²⁶ Este papel está, a su vez, condicionado por la teoría normativa subyacente. Por ello, puede decirse que hay bienes colectivos que exclusivamente pueden ser perseguidos como medios para derechos individuales y que la existencia de este tipo de bienes colectivos depende de la teoría normativa subyacente. Esto sugiere la conclusión de que también en la cuestión de si los bienes colectivos pueden ser exclusivamente medios para derechos individuales se trata de un problema puramente normativo y no conceptual. Pero esta suposición requiere un examen más detallado.

Un adversario de la tesis del carácter exclusivamente normativo del problema podría buscar ejemplos de bienes colectivos que ya por razones conceptuales no pudieran ser exclusivamente medios para derechos individuales. La belleza de las ciudades y del paisaje parecen ser ejemplos de este tipo. Efectivamente ellos no plantean problemas de tipo conceptual sino normativo. El partidario de una teoría estrictamente individualista dispone de dos posibilidades. Puede presentar derechos individuales para los cuales este bien es exclusivamente un medio o puede sostener que no se trata de un bien y, por lo tanto, tampoco de un bien colectivo. Si elige la primera vía, tiene que aceptar derechos a la belleza del ambiente que tienen características tales que el bien colectivo relativo a ellos pueda aparecer como un mero medio. Esto es conceptualmente posible pero normativamente problemático. Generalizada, esta vía conduce a que para todo aquello que el Estado cree de útil, agradable y valioso, habría que inventar como sus fines los correspondientes derechos individuales. Es

²⁶ Esto abre la posibilidad de distinguir entre dos conceptos de bien colectivo, uno simple y otro complejo. Si se parte del concepto simple, puede decirse que ambos gobiernos persiguen el mismo bien colectivo. De acuerdo con el concepto complejo, aquello que sea un bien colectivo es definido esencialmente por el papel que el bien juega en el respectivo sistema de bienes, normas y derechos. De acuerdo con este concepto, ambos gobiernos persiguen diferentes bienes.

dudoso que todos los derechos de este tipo puedan ser justificados normativamente. También la segunda vía es conceptualmente posible pero normativamente problemática. Es difícil negar que la belleza del ambiente —cualquiera que sea su definición— sea un bien. Por ello, el segundo ejemplo muestra que también en casos extremos uno puede sostener la posibilidad conceptual de concebir a los bienes colectivos exclusivamente como medios para derechos individuales pero pone también claramente de manifiesto que, para ello, hay que pagar el precio de una teoría normativa problemática. Habrá de mostrarse que este precio es demasiado alto.

Problemas conceptuales resultan de otra razón, es decir, de la indeterminación de la relación medio/fin. Esta indeterminación existe también cuando los derechos individuales son considerados exclusivamente como medios para bienes colectivos pero tiene un carácter sistemático diferente si los bienes colectivos deben ser exclusivamente medios para derechos individuales. La razón es el carácter no-distributivo de los bienes colectivos. Un aumento de la tasa de ocupación no es un medio para la realización del derecho individual al trabajo de determinados individuos. Lo único que aumenta es la probabilidad de que una clase de individuos pueda realizar sus derechos. En estos casos, por razones conceptuales, el bien colectivo es sólo potencialmente un medio para el derecho individual.

Por lo tanto, en resumen, puede decirse que es conceptualmente posible concebir bienes colectivos exclusivamente como medios para derechos individuales. Pero, en algunos casos, la relación medio/fin es, por razones conceptuales, sólo potencial y en otros, la aceptación de la relación medio/fin presupone tesis normativas problemáticas.

4. La relación de identidad

La tercera de las cuatro tesis sería correcta si todos los bienes colectivos fueran idénticos a situaciones en las que existen derechos individuales y ellos son satisfechos. Se considerarán tres variantes: una relación de identidad general, una relación de identidad especial y una relación de abstracción.

a) La relación de identidad general

De acuerdo con la primera variante, los bienes colectivos consisten en una clase de derechos individuales existentes y satisfechos, cualquiera que sea su contenido. Como entonces el bien colectivo es lo mismo que una clase de derechos existentes y satisfechos de tipo general, es decir, no determinado, se puede hablar de una «relación de identidad general». Esta variante es inconciliable con el carácter no-distributivo de los bienes colectivos. Debido a su carácter totalmente distributivo, una mera clase de derechos existentes y satisfechos necesariamente no es un bien colectivo. Es distribuido perfectamente y, por lo tanto, es lo opuesto de un bien colectivo.

b) La relación de identidad especial

Una salida podría consistir en que no se apuntara a derechos cualesquiera sino a derechos de un tipo especial, es decir, aquellos que tienen como contenido la creación o conservación del bien colectivo. Tales derechos son derechos al bien colectivo como un todo. Ya desde un punto de vista normativo, es dudoso que los individuos tengan un derecho individual a la creación y conservación de todos los bienes colectivos. Pero, más serios son los problemas conceptuales. El intento de crear identidad suponiendo derechos individuales cuyos objetos serían exactamente los bienes colectivos significa no sólo la trivialización del problema sino también el fracaso de su solución. En tanto objetos de derechos individuales a bienes colectivos, los bienes colectivos siguen siendo lo que son: bienes colectivos. Pero, la relación entre un derecho y su objeto no es una relación de identidad. Por lo tanto, todo intento de encontrar una «relación de identidad especial» tiene que fracasar. Esta relación no puede existir.

c) La relación de abstracción

La tercera posibilidad consiste en una abstracción. Aquí no es considerado como bien colectivo la clase de los derechos individuales existentes y satisfechos sino el hecho de que existen y son satisfechos. Por lo tanto, el bien colectivo se refiere a la situación de la existencia y satisfacción de los dere-

chos individuales. Efectivamente, la situación de existencia y satisfacción de derechos individuales puede ser considerada como un bien colectivo. Sin embargo, no es lo mismo que la clase de los derechos existentes y satisfechos pues tiene otro status lógico. Por ello, entre aquella situación y los derechos individuales no existe ninguna identidad en sentido estricto. Sin embargo, lo que sí se da es una identidad de contenido. Pero, justamente esta identidad de contenido plantea problemas. Quien considera como bien colectivo la situación de existencia y satisfacción de derechos individuales lo hace porque esta situación contiene otros elementos. En caso contrario, no tendría ninguna razón para hablar de una situación de existencia y satisfacción de derechos individuales en lugar de la clase de derechos existentes y satisfechos. Entre estos otros elementos incluidos se cuentan, por ejemplo, el conocimiento recíproco de la existencia y satisfacción de derechos individuales, la confianza que de aquí resulta, como así también el probablemente a ello vinculado mayor espíritu de paz y cooperación. En el caso de estos otros elementos se trata de bienes colectivos que, por cierto, están vinculados con derechos individuales pero que no son idénticos con ellos en ningún respecto. Por lo tanto, hay que distinguir dos situaciones de la existencia y satisfacción de derechos individuales: una que no contiene este tipo de elementos de más alcance y otra que sí los contiene. Ambos son bienes colectivos. El primero es idéntico en su contenido con los derechos individuales pero, justamente por ello, no es interesante como bien colectivo; el segundo es interesante como bien colectivo pero, en su contenido, no es idéntico con los derechos individuales.

La tesis de la identidad puede, pues, aducir correctamente que la mera situación de la existencia y satisfacción de los derechos individuales es un bien colectivo y, en esta medida, existe una identidad de contenido. Pero, hay que tener presente que una identidad de contenido que vaya más allá de este caso especial —por lo demás, no interesante— queda excluida por razones conceptuales y es normativamente injustificable.

5. La relación de independencia

Tras estas consideraciones, no queda mucho por decir

acerca de la relación de independencia. No existe una relación de independencia en el sentido de que, por razones conceptuales, en ningún caso puede darse alguna de las tres relaciones consideradas.

Por lo que respecta a la primera relación medio/fin, la tesis de la independencia no puede ser analíticamente verdadera porque es conceptualmente posible concebir a los derechos individuales y a los bienes colectivos de manera tal que todos los derechos individuales sean exclusivamente medios para bienes colectivos. Pero, tampoco razones normativas conducen a su verdad. Ciertamente, como habrá de mostrarse en seguida, es injustificable una teoría normativa según la cual todos los derechos individuales sean exclusivamente medios para bienes colectivos; sin embargo, es perfectamente plausible que algunos derechos individuales puedan interesar también como medios para bienes colectivos.

En el ámbito de la segunda relación medio/fin se puede argumentar más fácilmente aún en contra de la tesis de la independencia. No puede dudarse que algunos bienes colectivos —aunque sólo sea en el sentido potencial expuesto— pueden ser medios para derechos individuales. Si uno acepta tesis normativas problemáticas, hasta puede decirse que todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para derechos individuales.

Finalmente, por lo que respecta a la relación de identidad, cabe constatar que la tesis fuerte de la independencia no puede ser correcta en la medida en que existe exactamente un bien colectivo en el que se da una identidad de contenido, es decir, la mera situación de existencia y satisfacción de los derechos individuales.

Por ello, en su versión fuerte, la tesis de la independencia resulta fácilmente refutable y, por lo tanto, no es interesante. Mucho más interesantes son sus versiones débiles. En ellas afirma que, a pesar de diferentes posibilidades de reducciones parciales, en ninguna de las tres relaciones es posible una reducción completa de los derechos individuales a bienes colectivos o de bienes colectivos a derechos individuales. En la tercera relación, ya por razones conceptuales, hay que excluir la posibilidad de reducción. En la primera y segunda relación, ello depende de razones normativas. A ellas habrá de echarse ahora una rápida mirada.

III. La relaciones normativas entre los derechos individuales y los bienes colectivos

En la relación normativa entre derechos individuales y bienes colectivos se plantean dos problemas: el de la reducción y el de la ponderación. El problema de la reducción resulta del hecho de que, como se mostrara en la sección precedente, con las correspondientes tesis normativas es posible reducir, mediante una relación medio/fin, tanto derechos individuales a bienes colectivos como bienes colectivos a derechos individuales. El problema de la ponderación se plantea cuando este tipo de reducciones no es aceptable, de forma tal que pueden producirse auténticas colisiones entre derechos individuales y bienes colectivos que deben ser solucionados a través de una ponderación. Ambos problemas conducen a profundas cuestiones de la filosofía práctica. Aquí no es posible ofrecer más que el esbozo de una vía de solución.

1. El problema de la reducción

Con la ayuda de la relación medio/fin, es conceptualmente posible tanto una reducción completa de derechos individuales a bienes colectivos como una reducción completa de bienes colectivos a derechos individuales. Consideremos primeramente la posibilidad normativa de la primera vía.

a) La irreducibilidad de los derechos individuales

Tal como se ha expuesto, los derechos individuales no son reducibles a bienes colectivos a través de una relación medio/fin si hay razones que expresan la idea de que el individuo deber ser tomado en serio como individuo. La discusión de estas razones es tan vieja como la discusión sobre los derechos humanos. En ella se entremezclan numerosas estrategias de fundamentación y mucha retórica. Cabe distinguir seis estrategias que pueden entrar en las más diversas relaciones recíprocas: 1. la teológica, 2. la iusnaturalista, 3. la intuicionista, 4. la decisionista, 5. la convencionalista y 6. la iusracional. La exposición y análisis de estas estrategias de fundamentación conduciría a una amplia filosofía moral y jurídica. Aquí se echará una rápida mirada a la variante de la estrategia pro-

bablemente más exitosa, es decir, la iusracional. En caso de que puedan encontrarse variantes intersubjetivamente convincentes de las otras estrategias, ello es bienvenido como apoyo adicional.

La variante aquí sostenida de la fundamentación iusracional es de tipo pragmático-transcendental.²⁷ Por lo que respecta al asunto, sigue una línea kantiana. Metodológicamente se sirve de argumentos de la filosofía del lenguaje, es decir, análisis de la presuposición.²⁸ La fundamentación se lleva a cabo en dos pasos. En el primero, se muestra que en el discurso todo argumentador tiene que hacer presuposiciones generales y necesarias que impliquen que toma en serio al destinatario de sus argumentos como socio del discurso y, por lo tanto, como individuo. Una violación explícita de este tipo de presuposiciones se da cuando, por ejemplo, se dice: «Alguien más inteligente reconocería fácilmente que mi argumento está equivocado, tu deberías dejarte convencer por él». Sin necesidad de entrar a un análisis profundo de esta manifestación, pueden reconocerse tres cosas: 1. que es deficiente, 2. que es deficiente a causa de la violación de presupuestos necesarios de la argumentación, también de aquel según el cual sólo puede hablarse del intento de convencer a otro y no de persuasión cuando se exponen argumentos con respecto a los cuales el argumentador cree que pueden convencer a cualquiera²⁹ y 3. que la deficiencia implica que el socio de la argumentación no es tomado en serio como individuo.

Naturalmente, lo hasta aquí dicho se refiere sólo al nivel del discurso. Pero, en él, también quien formula argumentos en contra de que el individuo tiene que poseer derechos individuales individualmente fundamentados, tiene que tomar en serio al individuo como socio de la argumentación pues al argumentar acepta necesariamente los correspondientes pre-

²⁷ Cfr. al respecto J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm» en del mismo autor, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Francfort del Meno 1983, págs. 53 ss.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 161 ss.; 230 ss.

²⁸ Cfr. al respecto A. J. Watt, «Transcendental Arguments and Moral Principles» en *Philosophical Quarterly* 25 (1975), págs. 40 s.

²⁹ Con respecto a la distinción entre convencer y persuadir que subyace a este argumento, cfr. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, en Real Academia Prusiana de Ciencias (ed.), *Kants gesammelte Schriften* III, Berlín 1904/11, pág. 531 (A 820, B 848).

supuestos de la argumentación. Pero, del hecho de que el individuo tenga que ser tomado en serio como socio de la discusión no se sigue que también en la vida, es decir, fuera del discurso, tenga que ser tomado en serio como individuo.³⁰ Para exponer esto se requiere un segundo paso en la fundamentación.

El segundo paso en la fundamentación comienza con la constatación de que quien puede participar como individuo igual en la fundamentación de las normas está en todo caso en esta medida, cualificado como individuo autónomo. En tanto tal actúa tanto en contra de sus posibilidades como en contra de sus intereses dados con esta cualificación si aprueba una institución del orden normativo de la vida social que no lo toma en serio como individuo. Por ello, un orden tal no es un objeto posible de un consenso obtenido discursivamente. Es discursivamente imposible.³¹ Con esto no se ha dicho para cuáles derechos individuales se requiere una fundamentación individual. Pero es imposible que un orden normativo no contenga ningún derecho individual con una fundamentación individual. Esto basta para refutar la reducibilidad de los derechos individuales a bienes colectivos.

b) La irreducibilidad de los bienes colectivos

Se ha visto claramente que hay dos vías para reducir los bienes colectivos a derechos individuales.³² Se recorre la primera cuando, para apoyar la tesis según la cual todos los bienes colectivos no son nada más que medios para la realización de derechos individuales, se sostiene que para cada bien colectivo es posible presentar los correspondientes derechos individuales como su fin exclusivo. Se recorre la segunda cuando, para apoyar aquella tesis, se sostiene que todo aquello que sin más es llamado «bien colectivo» si no es reducible de esta manera a derechos individuales es normativamente irrele-

³⁰ Con respecto a la afirmación de que una inferencia directa desde las reglas del discurso a las reglas de la acción es una falacia, cfr. J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm», pág. 96.

³¹ Con respecto a este concepto, cfr. R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation» en *Rechtstheorie*, Beiheft 2 (1981), págs. 182 ss.

³² Cfr. II.3.

vante y, por lo tanto, no es un bien, tampoco un bien colectivo. Ambas tesis tienen como consecuencia que los bienes colectivos carecen de fuerza normativa independiente, tanto en las argumentaciones morales como en las jurídicas. Sostendré que ambas son falsas.

Puede considerarse como un bien colectivo el que una sociedad esté organizada de forma tal que en ella pueda vivirse agradable y variadamente y puede, además, sostenerse que el Estado, cuando están aseguradas cosas más fundamentales, está obligado a crear y conservar este bien colectivo. Pero hay que poner en duda el que existan derechos individuales para los cuales este bien sea exclusivamente un medio. Tal como se expusiera más arriba, los derechos individuales son razones para su imposibilidad. Debido al carácter no-distributivo, la imposición no podría limitarse a la mera participación en el bien colectivo. Pueden haber casos en los cuales existan buenas razones para dotar al individuo con derechos, de forma tal que pueda para sí o como abogado de la comunidad imponer bienes colectivos. Sin embargo, esto no puede generalizarse. Por lo general, las mejores razones hablan en favor de crear para los derechos colectivos sólo un modo colectivo de imposición, tal como lo constituye el proceso político en un sistema democrático.

El hecho de que no existan derechos individuales correspondientes no significa que no exista el bien colectivo. Esto puede reconocerse en el hecho de que uno puede considerar que el Estado está obligado, después del aseguramiento de cosas más fundamentales, a procurar crear condiciones de vida agradables y variadas y cosas bellas y útiles. Con esto se expone sólo la justificación básica de la suposición de bienes colectivos no reducibles. Es una tarea de una teoría normativa del Estado y la sociedad, especialmente de una teoría de las tareas del Estado, decir cuáles bienes colectivos deben ser supuestos.

2. El problema de la ponderación

Si se acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como bienes colectivos con fuerza propia. La experiencia muestra que cotidianamente se producen

colisiones entre ambos. La cuestión de su solución conduce al problema de la ponderación.

a) La colisión entre derechos individuales y bienes colectivos

Sólo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si, y en la medida en que, tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización. Si, y en la medida en que, tienen carácter de reglas, es sólo posible un conflicto de reglas, que es totalmente diferente a una colisión de principios.³³ Un ejemplo de la jurisprudencia judicial puede aclarar esto. En su fallo sobre incapacidad procesal, el Tribunal Constitucional Federal,³⁴ consideró la cuestión de la admisibilidad de la realización de la audiencia oral cuando el acusado, a causa de la tensión que acarrea un proceso tal, corre el peligro de un ataque cerebral o de un infarto. El Tribunal constató una colisión entre el bien colectivo de una aplicación efectiva del Código Penal, por una parte, y el derecho individual a la vida y la integridad física, por otra; la colisión fue solucionada a través de una ponderación. Esto muestra que trataba al derecho individual y al bien colectivo como principios, algo que, como se mostró más arriba,³⁵ es perfectamente posible. Si hubiera partido de un conflicto de reglas, para la solución del caso tendría que haber declarado la invalidez del derecho individual o del bien colectivo y eliminarlo del orden jurídico o introducir en alguno de ellos una excepción que permitiera en todos los demás casos considerarla como una regla cumplida o no cumplida. El Tribunal eligió otra vía. Estableció una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. El que esto no conduce a una mera casuística *ad hoc* puede reconocerse en el hecho de que las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro constituyen el supuesto de hecho de una regla —desde luego relativamente concreta— que expresa las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia.³⁶

³³ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 77 ss.

³⁴ BVerfGE 51, 324.

³⁵ Cfr. I.1.b; I.2.b.

³⁶ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 81 ss.

b) La ponderación entre derechos individuales y bienes colectivos

La relación de precedencia condicionada que soluciona la colisión expresa una determinación, referida a un caso, del peso de los principios en juego y es, en esta medida, el resultado de una ponderación. En contra de la concepción de la ponderación se ha aducido siempre la objeción de irracionalismo.³⁷ Sin embargo, esta objeción no afecta más fuertemente al procedimiento de la ponderación que a la argumentación jurídica y práctica en general. La razón de la relativa resistencia de la ponderación frente a la objeción de irracionalismo es que de la estructura de los principios resultan reglas de la ponderación racional.

En tanto mandatos de optimización, los principios exigen una realización lo más amplia posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. De aquí resultan tres consecuencias que habrán de ser expuestas con el ejemplo de una colisión entre el derecho individual a la libertad de opinión y el bien colectivo de la seguridad exterior. Dos se refieren a la relativización con respecto a las posibilidades fácticas, contenida en la definición del mandato de optimización. La primera dice que si una acción no es adecuada para promover la realización de un principio —en el ejemplo, el de la seguridad exterior— pero lo es para inhibir la realización de otro principio, es decir, el derecho a la libertad de expresión, está entonces prohibida en relación con ambos principios. La segunda dice que una acción, con respecto a la cual existe una alternativa que, por lo menos, promueve la realización de uno de los principios, por ejemplo, el de la seguridad exterior, e inhibe menos el otro principio, por ejemplo, el del derecho a la libertad de expresión, está entonces prohibida en relación con ambos principios. En ambos casos, el ámbito de las posibilidades fácticas contiene alternativas de acción que satisfacen mejor las exigencias normativas de los principios que deben ser tenidos en cuenta. Las dos reglas mencionadas expresan la idea de la optimalidad de Pareto. En el derecho constitucional alemán, corresponden a ella las dos primeras de las tres máxi-

³⁷ Cfr., por ejemplo, E. Forsthoff, «Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre» en H. Barion/E. W. Böckenförde/W. Weber, *Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt*, Berlín 1968, págs. 190 ss.

mas parciales de la máxima de proporcionalidad, la máxima de adecuación y la de requeribilidad.³⁸

Referido a las posibilidades jurídicas, del carácter de principios se sigue la tercera máxima parcial de la máxima de proporcionalidad, la máxima de proporcionalidad en sentido estricto. Ella es relevante cuando —a diferencia de lo que sucede con las otras máximas parciales referidas a posibilidades fácticas— el cumplimiento de uno de los principios no es posible sin el incumplimiento o la afectación del otro. Para estos casos puede formularse la siguiente regla como ley de la ponderación:

• Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro.³⁹

La ley de la ponderación, que expresa ideas que pueden ser representadas con la ayuda de curvas de indiferencia,⁴⁰ se refiere a la ponderación en sentido estricto y propiamente dicho. Este consiste en sopesar los principios teniendo en cuenta sólo los costos de la realizabilidad posible del otro principio.

Por cierto, en contra de la ley de la ponderación puede, con razón, hacerse valer que no formula ningún procedimiento definitivo de decisión; sin embargo, no por ello es inútil. Estructura la ponderación al obligar a formular y fundamentar enunciados sobre el grado de no realización y afectación como así también enunciados sobre el grado de importancia; aquí interesa todo argumento posible en la argumentación jurídica. De esta manera, la argumentación es conducida a vías que no existirían sin la ley de la ponderación. Desde luego, hay que tener en cuenta que esta estructuración es neutral por lo que respecta a su contenido y, en este sentido, tiene carácter formal. Ello no altera en nada su imprescindibilidad y tampoco elimina su valor, pero significa que no satisface el deseo

³⁸ Cfr. al respecto y para lo que sigue, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 100 ss.

³⁹ Con respecto a la aplicación de esta regla en la jurisprudencia judicial, cfr. BVerfGE 7, 377 (404 s.); 17, 306 (314); 20, 150 (159); 35, 202 (226); 41, 251 (264); 72, 26 (31).

⁴⁰ Cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, págs. 146 ss.

de una determinación substancial de la relación entre derechos individuales y bienes colectivos. Ahora habrá de mostrarse que este deseo no tiene por qué quedar totalmente insatisfecho.

c) La precedencia *prima facie* de los derechos individuales

Se sostendrá que una determinación substancial general de la relación entre derechos individuales y bienes colectivos está impuesta por razones normativas en virtud de una precedencia *prima facie* en favor de los derechos individuales. El argumento principal consiste en una ampliación de la más arriba presentada fundamentación pragmático-transcendental de la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome al individuo en serio. El concepto de tomar en serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente. Por lo tanto, el concepto de tomar en serio puede ser explicitado desde el punto de vista de la teoría de la fundamentación. No existe ninguna justificación suficiente para una eliminación o restricción si en un caso de colisión es dudoso que existan mejores razones para el derecho individual o para el bien colectivo o en un caso tal se constata que para ambos pueden hacerse valer razones igualmente buenas. En ambos casos, el postulado de tomar en serio al individuo —que ha de ser explicitado a través de la exigencia de una justificación suficiente— exige la precedencia del derecho individual. La precedencia en casos de duda y la precedencia en el caso de certeza de razones igualmente buenas pueden ser resumidas bajo el concepto de precedencia *prima facie*. Existe, pues, una precedencia general *prima facie* en favor de los derechos individuales. Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación en favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos.

En contra de una precedencia *prima facie* de los derechos individuales que, por lo que respecta a los derechos de libertad puede ser expresada en la fórmula «*in dubio pro libertate*», se ha aducido que conduce a un orden normativo que sería individualista en una medida injustificable. Así, se habla de un individualismo anarquista y de un exagerado liberalismo eco-

nómico como consecuencia de una máxima tal.⁴¹ A esta objeción subyace o bien una sobrevaloración de la importancia substancial de la precedencia *prima facie*, un desconocimiento de su dirección o una teoría política colectivista injustificable. Se sobrevalora la importancia substancial de la precedencia *prima facie* cuando se la confunde con una precedencia definitiva o es interpretada sólo en el sentido de una precedencia regular. La precedencia *prima facie* no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes que para la requerida por los derechos individuales. Con esto, el sistema normativo adquiere, por cierto, una tendencia individualista pero ésta es tan débil que no satisfaría a un representante de una teoría política estrictamente individualista; esto muestra, además, cuán poco sostenible es la objeción de individualismo. Se desconce la dirección de la precedencia *prima facie* cuando no es interpretada como precedencia de todos los derechos que pertenecen a la clase de los derechos individuales sino como precedencia sólo de una clase parcial de estos derechos, por ejemplo, de los derechos de libertad. Las precedencias *prima facie* dentro de la clase de los derechos individuales constituyen un nuevo problema que aquí no será tratado. Finalmente, a la objeción de individualismo subyace una teoría política colectivista injustificable cuando ni siquiera se acepta la tendencia individualista débil de la precedencia *prima facie*. Sin ella, no puede decirse que el individuo es tomado en serio como tal.

⁴¹ Cfr. A. Keller, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts*, Winterhur 1960, pág. 279; cfr., además, H. Ehmke, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation» en VVDStRL 20 (1963), 87.

**BIBLIOGRAFÍA EN CASTELLANO
DE ROBERT ALEXANDER**

Libros

- Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.
- Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, 1997; traducción de Jorge M. Seña.
- Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, (versión original publicada como libro), en *Doxa* 23 (2000), páginas 197-230; traducción de A. Daniel Oliver-Lalana.

Colecciones de ensayos

- La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; traducción e introducción de Paula Gaido.
- Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993; traducción de Carlos de Santiago.
- Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; traducción de Luis Villar Borda.

Artículos

- «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica» en: Ernesto Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Bar-

- celona-Caracas, 1985, páginas 43-57; reimpresso en: Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, páginas 57-73; traducción de Carlos de Santiago.
- «Sistema jurídico y razón práctica» en: Robert Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, páginas 159-177; traducción de Jorge M. Seña.
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» en: *Doxa* 5 (1988), páginas 139-151; reimpresso en: Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, páginas 9-22; traducción de Manuel Atienza.
- «Problemas de la teoría del discurso» en: *Actas del Congreso Internacional Extraordinario de Filosofía 1987*, vol. 1, publicado por la Universidad de Córdoba, Córdoba (Argentina) s/a., páginas 59-70.
- «Derechos individuales y bienes colectivos» en: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, páginas 179-208; traducción de Jorge M. Seña.
- «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral» en: Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, páginas 37-58; reimpresso en: Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, Barcelona, Gedisa, 1998, páginas 115-137; traducción de Pablo Larrañaga.
- «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional» en: Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, páginas 23-35; reimpresso en: *Isonomía* 1 (1994), páginas 37-49; traducción de Pablo Larrañaga.
- «Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica» en: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, páginas 131-157; traducción de Jorge M. Seña.
- «Interpretación jurídica y discurso racional» en: Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, páginas 35-61; traducción de Luis Villar Borda.
- «Teoría del discurso y derechos humanos» en: Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, páginas 63-138; traducción de Luis Villar Borda.
- «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección» en: Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la rela-*

ción entre derecho y moral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, páginas 53-84; traducción de Paula Gaido.

- «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático» en: *Derechos y libertades* 8 (2000), páginas 21-41; traducción de María Cecilia Añanos Meza.
- «Una defensa de la fórmula de Radbruch» en: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña* 5 (2001), páginas 75-95; traducción de José Antonio Seoane.
- «La institucionalización de la razón» en: *Persona y derecho* 43 (2000), páginas 217-249; traducción de José Antonio Seoane.
- «La tesis del caso especial» en: *Isegoría* 21 (1999), páginas 23-35; traducción de Isabel Lifante.
- «Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin» en: Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, páginas 95-115; traducción de Paula Gaido.
- «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» en: *Revisita española de Derecho Constitucional* 22 (2002), páginas 13-64; traducción de Carlos Bernal Pulido.

Otras publicaciones

- «Entrevista a Robert Alexy a preguntas de Manuel Atienza» en: *Doxa* 24 (2001), páginas 671-667.