

GEORGE  
PAVLAKOS  
EDITOR

DERECHO, DERECHOS Y DISCURSO  
LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

TRADUCCIÓN DE  
JORGE PORTOCARRERO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

PHILIPPOS C. VASSILOYANNIS\*

*Ética discursiva, positivismo jurídico y el derecho*

Desde su influyente tesis doctoral, el profesor ROBERT ALEXY ha sostenido persuasivamente que la argumentación jurídica constituye un caso especial de la argumentación moral<sup>1</sup>. Esta peculiaridad radica en el hecho de que la pretensión de corrección, implícita en la argumentación jurídica, solo puede ser satisfecha dentro del marco institucional de un orden jurídico existente; en consecuencia, ya que ALEXY de ninguna manera puede ser calificado como representante de una concepción relativista de la corrección, el cumplimiento de dicha pretensión depende del grado de corrección del derecho positivo. Si el derecho positivo no fuese correcto, (y si se dejara de lado que tenga sentido hablar de un derecho extremadamente injusto<sup>2</sup>), entonces la pretensión de corrección implícita en la argumentación jurídica (como ALEXY también sostiene) carecería de contenido. Pero ¿de qué depende la corrección de las proposiciones del derecho positivo?

A falta de un puente moral que nos lleve de la argumentación moral a la jurídica (en otras palabras, sin una justificación moral de la forma del derecho), la concepción discursiva de la argumentación jurídica solo puede reproducir la distinción positivista entre derecho y moralidad, y terminar como una mera apología al discurso jurídico. ALEXY se muestra más bien proclive a una opción más bien tradicional de metodología, que demuestre (aunque no ofrezca justificación moral para ello) la peculiaridad de la argumentación jurídica. Primero, hace referencia al *genus proximum* al cual esta pertenece, concretamente a la argumentación moral, y luego identifica su *differentia specifica*: las limitaciones institucionales que hacen a la argumentación jurídica un caso especial de la argumentación moral. Sin embargo, la cuestión inevitable que surge en este punto es si la argumentación jurídica solo pasa a ser un caso especial de la argumentación moral, o si su peculiaridad, es decir, las limitaciones jurídicas pertinentes, pueden derivarse por sí mismas de la concepción discursiva de la argumentación jurídica y de la ética discursiva, en virtud a razones estrictamente morales; en síntesis, de una justificación moral de la forma del derecho.

---

\* Este proyecto fue cofinanciado por la European Social Fund and the National [Hellenic] Resources (EPEAEK II) PYTHAGORAS II.

1 R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, traducción al inglés de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford University Press, Oxford 1989, [traducción al español de MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007].

2 Cfr. R. ALEXY, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, traducción al inglés de S. L. PAULSON y B. LITSCHESKI PAULSON, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 40, [traducción al español de JORGE M. SEÑA, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 1994].

ALEXY justifica la necesidad del derecho al invocar<sup>3</sup>, entre otras, la ayuda de la reglamentación institucional en el siguiente problema: el proceso de deliberación (¿moral?) no garantiza la existencia de una única respuesta (¿correcta?). El problema en consecuencia se origina en el conocimiento que se tenga del derecho. Este problema, según ALEXY, es resuelto por la expedición autoritativa del derecho, la cual es realizada por medio de decisiones políticas tomadas mediante procedimientos (¿jurídicamente?) predeterminados y en función a la regla de la mayoría. Esto nos remonta un poco a la siguiente crítica de ROUSSEAU a GROCCIO<sup>4</sup>: ¿acaso la misma regla de la mayoría no supone la unanimidad, por lo menos una vez, cuando unánimemente establecemos la regla de la mayoría como principio para la toma de decisión que ordena la adherencia de las minorías al punto de vista de las mayorías? Para evitar circularidad, debemos ofrecer una justificación moral para la regla de la mayoría.

El fallo en la resolución del problema del conocimiento del derecho conduce —¿a dónde si no?— a la anarquía. Como es obvio, este argumento no establece sin más la necesidad moral del derecho. ¿Por qué un iuspositivista no se suscribiría a esta forma de establecer la necesidad del derecho? No es mi intención aquí examinar de manera sistemática la teoría del derecho de ALEXY<sup>5</sup>. Me limitaré a sostener que el positivismo jurídico puede anclarse solamente a una concepción de la argumentación meramente procedimental (tal y como lo afirma HABERMAS, por ejemplo), lo cual constituye la peor versión, tanto por razones epistemológicas como morales. A mi parecer, aquí reside la respuesta de por qué ALEXY dirigió su concepción de la justificación discursiva de los derechos humanos directamente hacia una justificación moral del derecho.

Un último punto introductorio: el propio KANT y los kantianos son en un cierto sentido formalistas. Sin embargo, su formalismo se basa en razones morales. La famosa autonomía privada, la cual ha sido criticada por distintas versiones del comunitarismo de derecha y de izquierda, es el resultado de una serie de abstracciones razonables y, ante todo, la manifestación del respeto por

3 Cfr. R. ALEXY, "Discourse Theory and Human Rights", en: *Ratio Juris* 9 (1996), pp. 209-235, 220, [traducción al español de LUIS VILLAR BORDA, *Teoría del discurso y derechos humanos*, en: R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá 1995, S. 63-138].

4 J. J. ROUSSEAU, "The Social Contract", en: *The Social Contract and Other Later Political Writings*, V. GOUREVITCH (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1997, pp. 49, [traducción al español de MARÍA JOSÉ VILLAVEVERDE, *El contrato social o principios de derecho político*, Tecnos, Madrid 1988].

5 He intentado sembrar algunas dudas en torno a su teoría en mi pequeña reseña sobre el libro *Teoría de los derechos fundamentales*, con ocasión de su traducción al inglés (*A Theory of Constitutional Rights*, traducción al inglés de J. RIVERS, Oxford University Press, Oxford 2004), [traducción al español de CARLOS BERNAL PULIDO, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007]; cfr. *Northern Ireland Quarterly* 55 (2004), p. 206.

los demás: para dar cuenta de todas estas abstracciones, sin exclusión y *sub specie aeternitatis*, se deben realizar algunas abstracciones relevantes e incluso radicales<sup>6</sup>. Por otro lado, cuando una pretensión de corrección meramente procedimental no está justificada en razones morales (independientemente de si puede realizarse exitosamente o si sirve a cualquier propósito), lleva a un anacrónico resurgimiento de la *Begriffsjurisprudenz* (el tipo característico de positivismo jurídico en la Alemania del siglo diecinueve) y a la denominada *juristische Methode* (metodología jurídica).

#### LA FILOSOFÍA MORAL DE KANT Y LA ÉTICA DEL DISCURSO

Sin duda, la ética del discurso es una conquista filosófica. En efecto, al elaborar su ética del discurso, tanto APEL como HABERMAS han sabido superar con considerable éxito, por un lado, a una forma tradicional de abordar los problemas filosóficos que desconocía el giro lingüístico en la filosofía y, por otro lado, la dominante preocupación metaética de la filosofía moral posterior a la Segunda Guerra Mundial, la cual aspiraba a explicar la moralidad de forma moralmente neutral para así explorar el lenguaje moral sin asumir compromisos de primer orden sin prerequisites morales. La ética del discurso, por lo menos la versión de APEL, busca justificar a la moralidad a la luz de la teoría de KANT. Precisamente respecto a este punto quiero dar a entender que esta no es la línea argumentativa de KANT. Por tanto debe notarse que, mientras que las teorías filosóficas a las que en un primer momento KANT se dedica a refutar son (para usar un término un tanto anacrónico) consecuencialistas y perfeccionistas, la ética del discurso asume como su rival filosófico a un tipo de escepticismo radical acerca de la posibilidad de encontrar una fundamentación para la moralidad. Esta decisión estratégica no está exenta de sufrir consecuencias. Si el programa filosófico de la ética del discurso se equivoca en la evaluación filosófica de su descubrimiento, corre el riesgo de tener muy poco que aportar a la filosofía moral.

Para explicar grosso modo la proximidad de la filosofía moral de KANT con la normatividad y la ética del discurso, necesitamos hacer las siguientes observaciones: (1) Para KANT, el fundamento de la moralidad no puede ser nada externo a nuestra subjetividad como seres racionales, sino que consiste en la razón práctica en sí misma. Para la ética del discurso, la justificación de los juicios morales no puede ser externa a nuestra subjetividad como seres discursivos,

6 Comparar con J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993, pp. 43, [traducción al español de SERGIO RENE MADERO BÁEZ, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México 1995].