

Corrección y facticidad: Justicia y democracia*

Correction and Facticity: justice and democracy

*Antonio Leiva Rabael*¹

¹Universidad Mayor, Chile.

<https://orcid.org/0000-0003-4582-8090>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1707>

RESUMEN: Este artículo intenta una explicación de la tesis de la corrección y del caso especial de Robert Alexy y qué respuestas es posible conducir a una de las críticas más prestigiosas que se han elevado en su contra, cual es la que Jürgen Habermas le dirige en su obra *Facticidad y Validez*². Para ello se explicarán las cuestiones imprescindibles para comprender el concepto de Derecho que brota de esta teoría y los principales argumentos para demostrarla. A continuación, se presentarán las tesis centrales del iuspositivismo metodológico, con el objeto de introducir las principales críticas desplegadas por Habermas respecto de la tesis alexiana del caso especial y de la vinculación entre Derecho y Justicia. Finalmente, se propondrán respuestas a esas críticas³.

PALABRAS CLAVE: corrección, tesis de la vinculación, tesis del caso especial, no-positivismo, principio democrático.

Recibido: 30/08/18. Evaluado: 01/10. Observado: 04/10. Aprobado⁴: 17/10/18

*NOTA: Es imperioso reconocer y sobre todo agradecer, el apoyo de los profesores José Ignacio Núñez y Alejandro Usen Vicencio. Sus observaciones agudas y críticas severas me libraron de cometer errores que habrían amagado el propósito de ser claro y riguroso. Si pese a lo anterior en este trabajo persisten cualquier clase de imperfecciones, ellos son imputables sólo al autor.

² Jürgen Habermas. 2010. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

³ Debe precisarse que el objeto del presente estudio es diverso al que Alexy aborda en el epílogo de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pues allí -si bien elabora una respuesta a las críticas que eleva Habermas- la cuestión en debate es la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y no como aquí donde el punto está en la teoría de la corrección.

⁴ NE: El autor realizó los cambios sugeridos por los evaluadores.

ABSTRACT: This article intends a description of the Robert Alexy's theory of correction and especial case, and which responses are possible to give to one of the most prestigious critics risen against it, which is that Jürgen Habbermas develops in his *Between Facts and Norms* opera. For this, shall be explained the essential matters in order to understand the concept of law which comes from this theory, and the most important arguments to demonstrate it. Below, will be shown the methodological iuspositivism main thesis, in order to present the fundamental critics developed by Habbermas to the alexian thesis of especial case, and the connection between law and justice. Finally, answers to that critics shall be proposed.

KEY WORDS: correction, thesis of connection, theory of special case, no-positivism, democratic principle.

SUMARIO: I. La teoría de la corrección de Robert Alexy. II. Algunas cuestiones preliminares. III. El positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho. IV. El positivismo jurídico y la vinculación. V. Habermas y la objeción democrática. VI. A título de respuesta. VII. Sobre la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación. VIII. Sobre la diferencia entre argumentación práctica y jurídica. IX. Sobre la subordinación del derecho a la moral. Bibliografía

I.

LA TEORÍA DE LA CORRECCIÓN DE ROBERT ALEXY

La tesis que defiende Alexy sobre el concepto y la validez del derecho consiste en que a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, se le suma la corrección material para definir la validez de una norma jurídica individualmente considerada y la del ordenamiento jurídico en su conjunto. Para Alexy, la validez de las normas no sólo depende de los elementos que el positivismo jurídico metodológico tradicionalmente sostiene para esta materia –legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, según se mencionó–, sino que además el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección⁵, es decir quien afirma un juicio de valor o de deber pretende que su afirmación es fundamental racionalmente⁶, es decir quien fundamenta aspira a que su fundamentación sea acertada y, de ese modo, su afirmación sea correcta⁷.

Lo que está a la base de la tesis de Alexy, es la existencia de una vinculación conceptual y necesaria entre el Derecho y la Moral (justicia mínima), en su dimensión distributiva y conmutativa. Así, lo que al mismo tiempo se está afrontando es la tarea de sumarse al debate entre el positivismo jurídico y el no-positivismo, en punto a lo que Alexy entiende que el Derecho es; no a lo que le parece el Derecho debe ser.

II.

ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

La cuestión básica a la que se aboca Robert Alexy es la de esclarecer si existe o no una vinculación entre el Derecho y la Moral, en términos de precisar si es necesario conceptualmente definir el Derecho con referencia a la Moral o si, por el contrario, la

⁵ Robert Alexy. 1994. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa. 123.

⁶ Robert Alexy. 2004. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 133.

⁷ Alexy (2004), 208.

mencionada vinculación es meramente contingente u ocasional -como incluso cierta parte del positivismo jurídico metodológico lo admitiría-. Esa es una muy interesante tarea y tan actual, que reedita la discusión inconclusa entre el positivismo jurídico y el no-positivismo⁸.

Para el logro del objetivo trazado, existe la necesidad de mencionar algunas categorías o instituciones que Alexy utiliza para fundamentar su posición no-positivista, pues ellas son meridianamente importantes para comprender su tesis.

1) El participante y el observador. Para Alexy, con una visible influencia hartiana, es imperioso analizar el fenómeno que lo ocupa desde las perspectivas del participante y la del observador, pues -tal cual lo diría el mismo Hart- con la sola perspectiva externa se podrá meramente *registrar* la regularidad de las conductas observables de cara a la reacción institucional ante el cumplimiento e incumplimiento de las normas. Sin embargo, sólo la perspectiva del participante, correspondiente al aspecto interno, podrá reproducir -parafreaseándolo- la manera en que las reglas funcionan en la sociedad como fundamento o razones de las acciones conforme a reglas⁹.

Así las cosas, adopta la perspectiva del *participante* quien en un sistema es parte en una argumentación acerca de lo que en él está ordenado, prohibido o permitido. Dicho de otra forma¹⁰, el participante pide y aduce argumentos a favor de lo que él considera que es la respuesta correcta para un problema jurídico en el sistema jurídico en el que él mismo se encuentra. Por ejemplo, en esta posición encontramos al juez. Esto no quiere decir que sólo él es participante en el sentido que nos ocupa, sino que designa la *ubicación o rol argumental* de quienes por su situación deben razonar de cara a la forma en que debería decidir correctamente un juez. Así, el participante es quien se pregunta -como funcionario que ha de aplicar el derecho o como ciudadano que ha de obedecerlo- cuál es la respuesta correcta de una cuestión jurídica con arreglo a dicho sistema¹¹.

Por otra parte, encontramos al **observador**. Éste se pregunta cómo se decide **de hecho** en un sistema jurídico. El observador pide y aduce argumentos a favor de una posición que refleja cómo se resuelven en la realidad los problemas jurídicos en el sistema¹². Para un observador, pertenece al Derecho aquello que los tribunales o las autoridades hacen cuando

⁸ Al decir de Squella -con toda razón-, Alexy no debe ser calificado de *iusnaturalista* por el hecho de no ser positivista, pues -como se mencionó- en su doctrina sobre la validez del derecho incluye los dos elementos centrales del ius positivismo, cuales son la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social (Squella, Agustín. 2001. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 393).

⁹ Hart, H.L.A. 2011. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 110-113.

¹⁰ Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 96.

¹¹ Alexy, Robert. 2010. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares. 22.

¹² Alexy (2008), 96.

se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas de acuerdo a los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz¹³.

Resulta del todo pertinente esta distinción, pues participante y observador se encuentran en diferentes posiciones frente a los elementos de validez del derecho. Por ejemplo, un litigante –observador- tendrá dificultades para determinar la relevancia de preguntarse sobre la validez de las normas en las que fija su atención, debido a que lo que es de su interés –cosa distinta- es la eficacia. Piénsese en quien se coloque o deba colocarse en la perspectiva del observador, al analizar un sistema absurdo¹⁴ o un sistema depredatorio¹⁵. Aquel, no será capaz o no tendrá la necesidad de advertir que no se enfrentan a lo que en rigor es un ordenamiento, pues de la sola observación de éste concluirá la presencia de un sistema en que existe la legalidad de acuerdo al ordenamiento y de eficacia social, aunque no le sea posible advertir su extrema injusticia. Ella sólo se revelará ante el participante, nos dirá Alexy, mediante el argumento de la corrección.

2) La conexión clasificante y la cualificante¹⁶. Se aseveró hace poco, que Alexy sostiene la existencia de una conexión entre la justicia y el Derecho. Pues bien, dicho lo anterior, aún no se ha dicho nada respecto de la naturaleza y entidad de esa conexión. Esta distinción ilustra la envergadura de las relaciones que pueden existir entre la validez de una norma o de un ordenamiento y la justicia que entrañan.

Cuando se sostiene que existe una conexión **clasificante**, lo que se predica es que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado un criterio de justicia mínima, no son –por razones conceptuales o normativas-, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Aquí se afirma que la ausencia de una determinada propiedad provoca la imposibilidad de encasillar al objeto de análisis en la especie a la que se predica pertenecer. Respecto de esta clase de conexión, Squella apunta que a través de ella se constituye al Derecho en cuanto tal¹⁷. Bernal Pulido¹⁸ -explicando a Alexy- por su parte, indica que esta relación es la propiedad esencial del Derecho en su dimensión ideal o crítica, y que se refiere a la existencia de una moral crítica viviente en la opinión pública, que busca incesantemente

¹³ Alexy (1994), 36.

¹⁴ El sistema absurdo está dado por el arquetipo de un ordenamiento en que un grupo de individuos es gobernado de un modo en que no les resulta posible desarrollar sus fines permanentemente ni conocer los fines de sus gobernantes [Alexy (1994), 38].

¹⁵ El sistema absurdo deviene en depredatorio con la organización necesaria para que dicho ordenamiento sea estable en el tiempo. Aquí los *asaltantes* (usando la nomenclatura de Alexy), requieren de un ordenamiento, es decir de un conjunto de reglas, que les permita proyectar temporalmente su dominación, del que predicarán ciertamente un grado de corrección por estar al servicio de un fin superior [Alexy (1994), 39].

¹⁶ Alexy (1994), 32.

¹⁷ Squella (2001), 393.

¹⁸ Bernal Pulido, Carlos. 2011. *La Doble Dimensión del Derecho*. La Tesis de la Doble Naturaleza del Derecho de Robert Alexy. Lima: Palestra. 25.

lo correcto y que permite identificar umbrales extremos de injusticia, como cuando se violan los derechos humanos. Esto, pues la pretensión de corrección implica una conexión necesaria entre Derecho y moral porque, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, otorgando prioridad a las razones de justicia –que son morales- sobre todas las otras razones que no están basadas en el derecho positivo¹⁹.

Además, puede darse una conexión **cualeficante**, cuando las normas aisladas y los sistemas jurídicos prevén un determinado criterio moral –estando en conexión clasificante- pero no lo satisfacen, pero pueden ser –sin embargo- normas y ordenamientos, pero adolecerán de deficiencias. Aquí, con el mencionado criterio se avalúa la mayor o menor justicia de la norma²⁰.

La importancia de esta distinción radica en que para el autor bajo análisis, como lo anota Squella²¹, la conexión adecuada entre derecho y moral –justicia- es cualificante, hasta el umbral de la injusticia intolerable. Si ese límite se sobrepasa, la conexión se vuelve clasificante. Como ejemplo de dicha vinculación, la desproporción (no satisfacer el test de proporcionalidad) es un caso de injusticia extrema o intolerable, caso en el cual se provocará una laguna axiológica –que deberá ser colmada con la norma que resulte de aplicar la ponderación-, pues si bien existe una solución –por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas propiamente dichas-, la solución existente es axiológicamente inadecuada²², habida cuenta que el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber considerada.

De este modo, la norma que no satisface la pretensión de corrección no deja de ser derecho por su deficiencia, incorrección o injusticia, sino hasta que se atraviesa el límite insoportable de la incorrección, con lo que esa norma deja de ser Derecho. Esto mismo es lo que Radbruch²³ denomina como la otra línea divisoria²⁴ entre la injusticia legal y las leyes válidas: “donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.

¹⁹ Alexy (2008), 15.

²⁰ Squella (2001), 397.

²¹ Squella (2001), 398.

²² V.Gr., Atienza, Manuel. 2016. *A Vueltas con la Ponderación*. Un Debate sobre la Ponderación. Lima: Palestra-Temis. 28.

²³ Citado por Alexy, Robert. 2001. *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*. La Coruña: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 5. 77.

²⁴ La primera se analizará dentro de poco, con ocasión del argumento de la injusticia extrema.

Parafraseando a Radbruch, el Derecho estará compuesto por los actos que estén orientados a realizar, a poner en práctica, la justicia, sea que la realicen o no²⁵.

3) **El concepto de derecho.** Así las cosas, en *El Concepto y la Validez del Derecho*²⁶, el profesor Alexy define al Derecho de la siguiente forma:

El Derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a 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 pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.

Como puede advertirse en la definición recién presentada, se observan tres secciones bien pronunciadas: la primera es protagonizada por la pretensión de corrección, en su relación con las normas individualmente consideradas y con el ordenamiento jurídico en su conjunto, tanto en su conexión clasificante como cualificante. En la segunda, se señala una relación entre los tres elementos definitorios del Derecho, cuales son la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material, a partir de la Constitución, en sí misma primero y en cuanto a las normas dictadas conforme a ella, después. Y la última, es en la que se muestra el argumento de los principios, es decir la dimensión real –en los argumentos en que el participante efectivamente se apoya al aplicar el derecho- como la dimensión ideal –la representada por los argumentos en que deberán apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección-.

El argumento de la corrección. Al decir de Alexy, con el argumento de la corrección se afirma que las normas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección, o lo que es lo mismo -como ya se dijo-, quien afirma un juicio de deber pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente, es decir quien fundamenta aspira a que su fundamentación sea acertada y, de ese modo, su afirmación correcta. *Mutatis mutandi* lo anterior es lo que Habermas denomina **pretensión de legitimidad**, dicho en punto al desafío de la teoría filosófica de la justicia, cual es contactar la **idea** con la **realidad**, es decir resolver la tensión entre la necesidad de que las decisiones sean consistentes con el ordenamiento y la exigencia de que las decisiones estén fundamentadas

²⁵ Radbruch, Gustav. 2013. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 47.

²⁶ Alexy (1994), 123.

racionalmente, para que sean aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales²⁷.

La justicia como corrección. Para el autor bajo análisis, la corrección se relaciona con la justicia material en sus dimensiones distributiva y conmutativa, de manera tal que podría sostenerse que una norma es justa –correcta- en tanto asigne adecuadamente bienes, como en la seguridad social, o cargas, como en el caso de los impuestos, y/o exista una adecuada relación –por ejemplo- entre la acción descrita en la norma y la retribución o efectos a partir de ella. Esta idea de justicia –dicho en palabras de Hart- brota del principio general consistente en que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad, lo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida, cuando hay que distribuir cargas, y que debe ser restablecido cuando ha sido alterado²⁸. Así, la pretensión de justicia es un caso especial de la pretensión de corrección²⁹ o de legitimidad, usando el lenguaje habermasiano. Es por ello que señala que la **justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación**³⁰. Alexy utiliza la justicia material como un límite al Derecho, el que se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos³¹.

En ese orden de cosas, debe precisarse, que al hacerse mención a la distribución y a la compensación, no debe por ello sostenerse que la definición de justicia permita cualquier contenido. Ha de entenderse la justicia como el trato a las personas de acuerdo con sus derechos. Dicho en clave dworkiniana, se trata de una concepción de la **justicia como derechos**³².

El autor endereza un argumento atendible para sostener la tesis de la corrección, cual es que existiría un consenso –una praxis jurídica- respecto a que el cumplimiento de determinadas exigencias mínimas de justicia es un presupuesto necesario para el carácter jurídico de las disposiciones estatales³³.

Vale la pena preguntarse si es efectivo que las normas, las sentencias judiciales y los ordenamientos en su conjunto contienen una pretensión como esa. Para lograr esa misión, el autor usa el concepto de **contradicción performativa** aplicada en dos hipótesis: la norma constitucional absurda y la sentencia absurda, como antítesis de la máxima que se viene

²⁷ Habbermas (2010), 267 y siguientes.

²⁸ Hart (2011), 198.

²⁹ Alexy (2014), 190

³⁰ Alexy (2010), 51.

³¹ Alexy (2010), 21.

³² Campbell, Tom. 2002. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa. 80.

³³ Alexy -con todo- transparenta que un régimen injusto relativamente exitoso, puede destruir con cierta facilidad dicha praxis, mediante la conmoción individual, cambios personales y la recompensa a la capacidad de adaptación [Alexy (1994), 55].

analizando. Se entenderá por tal la contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, donde esta última se acepta como presupuesto necesario al llevar a cabo el acto que contiene la aserción explícita³⁴.

La **norma constitucional absurda** de Alexy reza: **X es una república soberana, federal e injusta**. Esta norma contiene una falla evidente, pero que no es de carácter exclusivamente moral, convencional, técnica o política, sino que lo absurdo emana de la contradicción con una noción elemental de justicia implícita en toda norma. Para el profesor Alexy, la pretensión de justicia que sostiene está detrás de cada norma jurídica, entre ellas la Constitución, afirma que la república a la que hace mención el ejemplo es justa, por lo que se advierte una contradicción entre el contenido del acto y lo que se presupone como necesario para la ejecución de este. Ahí la **contradicción performativa**³⁵ y la demostración de la conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral.

Ese mismo defecto es el que se advierte en una **sentencia absurda**, es decir una que prescribiera que **se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua**. Este ejemplo, también permitiría advertir que toda sentencia judicial formula una pretensión, cual es que el derecho se aplica correctamente³⁶. Refuerza esta afirmación, lo señalado por Dworkin³⁷ respecto de los efectos prácticos de la interpretación constructiva, es decir que una interpretación aspira a convertir una decisión o práctica en lo mejor que puede ser, es decir convertir al objeto sobre el que recae en el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se supone pertenece. Renunciar a la pretensión de corrección –para Alexy³⁸– sería abandonar el Derecho.

El argumento de la injusticia extrema. El argumento de la injusticia³⁹ es diferente según se trate de normas aisladas o individualmente consideradas o de sistemas jurídicos en su totalidad.

Respecto de las **normas individuales**, este argumento sostiene que cuando ellas traspasan un determinado umbral de injusticia pierden el carácter de derecho. Este

³⁴ Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 65.

³⁵ Alexy (1994), 44.

³⁶ El concurso de la contradicción performativa, al decir del profesor Alexy, podría ser acusado de no ser en sí una argumentación. Sin responder sustancialmente a esa acusación, él lo utiliza como la “demostración” que determinadas reglas son necesariamente válidas.

³⁷ Dworkin, Ronald. 2005. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.

³⁸ Alexy (2008), 66.

³⁹ Alexy (1994), 45.

argumento es el que se reconoce en la **fórmula de Radbruch**⁴⁰, la que Alexy abrevia: **la extrema injusticia no es derecho**⁴¹.

Para el **sistema jurídico como un todo**, el argumento de la injusticia es más complejo: los sistemas normativos que no formulan ni implícita ni explícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos⁴².

Tras la descripción del argumento de la injusticia, aparece la necesidad de –al menos– bosquejar sus límites. Así, merece la pena analizar el resultado del cruce entre la situación de una norma justa que pertenece o se crea en el seno de un ordenamiento intolerablemente injusto, y la situación –al revés de la anterior– en que un ordenamiento justo está compuesto de numerosas normas extremadamente injustas. Ambas representan situaciones extremas que permiten medir los contornos del argumento de la injusticia en un ordenamiento.

Para abordar este problema, Alexy analiza la tesis de la irradiación y la del derrumbe. La **tesis de la irradiación**⁴³, sostiene que la falta de carácter jurídico de las normas sustantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema. Al decir del profesor Alexy, esta tesis conduce –bajo el nombre del [sub] argumento de la totalidad– a un caso en que el todo se comunica con la parte, de modo tal que una norma aislada participaría de la propiedad del sistema al que pertenece, sin consideración a sus características propias. Esta tesis no es aceptable pues afectaría severamente la seguridad jurídica, toda vez que una norma individual que no es extremadamente injusta perdería su carácter jurídico por pertenecer a un ordenamiento que sí lo es⁴⁴. Así, la seguridad jurídica aconseja no afectar a las normas no-injustas que pertenezcan a un ordenamiento extremadamente injusto.

Con ello, Alexy pareciera concluir que la irradiación deviene en excesiva si sobrepasa el argumento de la injusticia, de lo que resulta –además– que éste debe estar referido a las normas aisladas y sólo a ellas.

Por otra parte, la **tesis del derrumbe**⁴⁵ afirma que un sistema pierde el carácter jurídico cuando hay que negar dicha naturaleza a muchas normas importantes para él. Aquí la causa del derrumbe está en que ya no quedarían normas suficientes para un sistema jurídico; se

⁴⁰ En plenitud, la fórmula radbruchiana es del siguiente tenor: “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 y la justicia alcancen una media tan insoportable que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’ tenga que ceder ante la justicia”. Citado en Alexy (1994), 34.

⁴¹ Alexy (2010), 21.

⁴² Alexy (1994), 40.

⁴³ Alexy (1994), 69.

⁴⁴ Alexy (1994), 70.

⁴⁵ Alexy (1994), 71.

estaría frente a un cambio sustancial del sistema. Alexy, descarta esta tesis atendiendo a la circunstancia de que un sistema jurídico permanecerá como tal –sin derrumbarse–, pese a que **muchas** normas –incluso las importantes– pierdan el carácter jurídico, mientras dicho sistema conserve un número mínimo de normas necesarias para la existencia de ese sistema jurídico.

Como resultado del análisis de ambos casos, se concluye que –como límite o extensión– la tesis de la corrección, sólo despliega sus efectos en donde esté radicada la incorrección. Se trata –entonces– de una tesis de extensión moderada y de efectos intensos.

El argumento de los principios. El argumento de los principios sostiene que el juez, en el derecho vigente, es decir tanto en el que actualmente es eficaz como en el ámbito de apertura de éste –como indeterminación–, debe aplicar los principios y los demás argumentos jurídicos.

En la definición de Derecho anotada más arriba, se lee “**apoya y/o tiene que apoyarse**”, para significar que a éste pertenecen los argumentos con los cuales quienes lo aplican sustentan sus decisiones, como aquellos en los que deberían apoyarlas, sea que en uno o en otro caso, se satisfaga o no la pretensión de corrección. Este último aserto, es lo que posibilita una crítica de la praxis de las decisiones desde la perspectiva del derecho⁴⁶.

A la base del argumento de los principios, se encuentra la distinción entre reglas y principios⁴⁷. A este respecto, lo primero que debe decirse es que, si bien reglas y principios son diferentes entre sí, comparten la calidad de normas, pues ambas dicen lo que debe ser, lo que es lo mismo que sostener que las dos pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas⁴⁸, sirviendo de material autoritativo para fundamentar una decisión.

Para Alexy, el punto decisivo en la distinción que nos ocupa está dado porque los **derechos fundamentales** son mandatos de optimización⁴⁹, es decir normas que pueden ser cumplidas en la medida de lo posible, dentro de las contingencias materiales, jurídicas y –habrá que agregar– epistémicas presentes, es decir en diferente grado, aplicándose mediante la ponderación.

A diferencia de los principios, las **reglas** poseen una estructura que podríamos llamar **binaria**, es decir que sólo pueden ser cumplidas o no –todo o nada–, sin magnitudes,

⁴⁶ Alexy (1994), 126.

⁴⁷ La clasificación de Alexy de reglas y principios, como es bien sabido, es distinta de otras. Entre las más difundidas se encuentran la de Habermas [Habermas (2010), 326-329] y la de Dworkin [Dworkin (2014), 72 y 80].

⁴⁸ Alexy, Robert. 2012. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 65.

⁴⁹ Alexy (2012), 68.

conteniendo determinaciones en el ámbito de lo jurídico y fácticamente posible, constituyéndose en mandatos definitivos⁵⁰, cuya aplicación se realiza mediante la subsunción.

Otra diferencia de entidad entre reglas y principios fluye de la forma en que se solucionan los conflictos entre ellos. Mientras los conflictos entre reglas se solucionan introduciendo a una de ellas una cláusula de excepción o invalidando al menos una de ellas⁵¹, en las colisiones entre principios uno debe ceder en favor del otro, es decir que bajo ciertas circunstancias un principio aventaja al otro, mediante lo que se denomina la **precedencia condicionada**⁵². Lo que Alexy quiere decir en este caso, es que la decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica, en muchos casos no se sigue de las formulaciones de las normas jurídicas que se presuponen vigentes y de los enunciados empíricos que se reconocen como probados o verdaderos⁵³. Esto ocurre en los casos en que se enfrenta a la textura abierta del derecho.

Al decir de Squella⁵⁴, el argumento de los principios postula que en tanto el derecho posee una textura abierta, en especial por la vaguedad del lenguaje en el que se expresa en las normas, es posible y necesario que el juez recurra a principios de índole moral para superar las lagunas, las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas. Esta constatación no pretende sostener que dichos factores importan una permisión para que el juez colme de discrecionalidad la argumentación jurídica cuando el Derecho no prevea -en sentido amplio- una solución, como en Hart⁵⁵, sino simplemente advertir que provocan la imposibilidad de resolver una contienda con el concurso de reglas positivadas. Al respecto, téngase presente que Alexy⁵⁶ sostiene que ningún no-positivista que merezca ser tomado en serio, excluye del concepto de Derecho -en lo que nos ocupa- la legalidad conforme al ordenamiento.

El argumento de los principios provoca la pregunta de cómo se produce esa argumentación. La función del principio o máxima de la proporcionalidad es realizar esa tarea que las indeterminaciones normativas, las contradicciones normativas o las consecuencias notoriamente injustas no permiten concluir, mediante un expediente racional, escrutable argumentativa e intersubjetivamente y con altos niveles de objetividad. Es el recurso a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto -en el sentido del mecanismo para apli-

⁵⁰ Alexy (1994), 75.

⁵¹ Alexy (2012), 69.

⁵² Alexy (2012), 72-73.

⁵³ Alexy (2014), 23.

⁵⁴ Squella (2001), 401.

⁵⁵ Hart (2011), 164.

⁵⁶ Alexy (1994), 14.

car los principios- el expediente en que deben apoyarse los que crean o simplemente aplican el derecho, si pretenden que éste satisfaga la pretensión de corrección y sea válido.

III.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Para que sea posible la recepción de una teoría como la de la corrección en el sentido aquí planteado, lo primero que debe ocurrir es la refutación de la tesis de la separación radical entre el Derecho y la justicia. Siendo esta última un elemento moral, la tarea debe iniciarse con el desmonte de la principal tesis del positivismo jurídico metodológico⁵⁷.

IV.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA VINCULACIÓN

Al decir de Dworkin⁵⁸, el esqueleto del positivismo jurídico está compuesto por tres ideas centrales. La primera, consiste en que el derecho de una comunidad es el conjunto de normas especiales usadas con el propósito de determinar qué comportamiento será objeto de reacciones por parte de los poderes públicos. Estas normas pueden ser identificadas por criterios que se relacionan con su origen o **pedigree** [diríamos a lo Hart] o con la manera en que fueron adoptadas [a lo Raz]. La segunda idea, consiste en que el conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de manera que, si alguna de tales normas no cubre expresamente un caso determinado, este no será decidido “aplicando la ley”, sino discrecionalmente. Y la tercera idea, consiste en concebir a la **obligación jurídica** como la exigencia o prohibición tipificada por una norma, de manera tal que en ausencia de dicha norma no hay obligación jurídica y si –por ejemplo- el juez decide un conflicto discrecionalmente no impone en aquel un deber jurídico. Es por ello, siempre en la voz de Dworkin⁵⁹, que el positivismo jurídico supone que el Derecho se crea en virtud de una

⁵⁷ Para los efectos de este trabajo, ha de entender dicha corriente iuspositivista en el sentido que, sintetizando a Prieto Sanchís, presenta Alfonso García Figueroa [García Figueroa, Alfonso. 1998. *Constitucionalismo y Positivismo*. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, número 54, septiembre-diciembre de 1998].

⁵⁸ Dworkin, Ronald. 2012. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel. 65-66.

⁵⁹ Dworkin (2012), 34.

práctica social explícita o de una decisión institucional, y rechaza la idea de que la legislación pueda ser producto de una voluntad general o corporativa implícita. Es decir -como lo describe Waldron⁶⁰- una determinada norma es Derecho, no en virtud de su contenido sino en virtud de su fuente. Más específicamente este último autor advierte que para el positivismo jurídico, pese a que es incuestionable que en la creación del Derecho se hallen juicios morales o políticos, una vez aprobada la norma ya no requiere el uso de ningún juicio de ese tipo para su identificación, interpretación o aplicación⁶¹.

Nino⁶² por su parte, sostiene que la tesis distintiva del positivismo jurídico discurre sobre la proposición consistente en que el sistema jurídico vigente puede ser identificado tomando sólo en cuenta hechos empíricos y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones. Ello -ahora en palabras de Ferrajoli⁶³- es lo mismo que sostener que la moralidad predicable de una norma no implica su juridicidad, como su juridicidad tampoco implica su moralidad. Buenas y fuertes razones, que se debieran elucidar luego y durante de la siguiente exposición -relacionadas sobre todo con la solvencia de la descripción-, militan a favor de detenerse en la explicación de Bobbio⁶⁴ respecto del positivismo jurídico. Para el profesor de la Universidad de Torino, el positivismo jurídico puede ser desarrollado a partir de ciertos puntos.

El primer, al que denomina *la aproximación al derecho*, es descrito a partir del modo de enfocar el estudio del Derecho:

il positivismo giuridico risponde a questo problema considerando il diritto come un fatto e non como un valore (...) [N]el linguaggio giuspositivistico il termine "diritto" è quindi assolutamente avaluativo, è privo cioè di qualsiasi connotazione valutativa o risonanza emotiva: il diritto è tale a prescindere dal fatto che sia buono o cattivo, che sia un valore o un disvalore.

En virtud de esta perspectiva, el derecho es concebido sobre todo como un complejo de hechos, de fenómenos o -incluso- de datos sociales. Por lo tanto, el jurista -equivalente en Bobbio del científico- debe analizar el derecho -poniendo términos en boca del enorme jurista italiano- como se observa irremediable el paso del tiempo, como se contempla la forma irreplicable en que crece una flor o como se miran las cosas al caer, es decir tal como se estudian los hechos naturales: como un quehacer exento de juicios morales.

⁶⁰ Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. 44.

⁶¹ Waldron (2005), 197-198.

⁶² Nino, Carlos Santiago. 2012. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea. 146.

⁶³ Ferrajoli, Luigi. 2009. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 46.

⁶⁴ Bobbio, Norbert. 1996. *Il Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli Editore. 151-152.

Pero, además, Bobbio describe al iuspositivismo desde la definición del derecho, de las fuentes, de su teoría de las normas, de su teoría del ordenamiento jurídico y de su método. Para el autor que nos ocupa, el derecho en el positivismo jurídico es inteligido en punto a la coercibilidad como atributo y se lo yergue como elemento constitutivo. Esta concepción está relacionada en Bobbio con la dimensión material de éste, como se acaba de mostrar. Para él afirmar al derecho como un hecho supone analizar su vigencia al son de aquello que es hecho valer por la fuerza. En cuanto a las fuentes, en el positivismo jurídico la legislación cuenta a su favor con cierta preeminencia. Esta afirmación serena en su presentación, eleva dificultades de género de cierta entidad, cuando se intenta explicar alguna de las demás fuentes como la costumbre, el precedente o la jurisprudencia, o –en fin y/o especialmente– la equidad natural, donde el método de positivación difiere sustancialmente del que opera con la legislación. Por otra parte, ahora respecto de la peculiar teoría de las normas que se advierte en el positivismo jurídico, Bobbio manifiesta que aquí se acentúa la naturaleza imperativa del derecho, a saber, su carácter de orden o –lo que es lo mismo– su explicación a partir de una teoría imperativista del derecho. En cuanto a la teoría del ordenamiento, Bobbio concluye que en el iuspositivismo el sistema jurídico es concebido como portador de dos atributos nucleares. El primero de ellos la coherencia, es decir que de todo orden jurídico es posible predicar la inexistencia de antinomias definitivas o genuinas, pues si dos normas resultaran en efecto incompatibles entre sí, una de ellas es inválida, y –en segundo lugar– la completitud, queriendo significar con ello que los sistemas de normas carecen de lagunas, esto es que el juez siempre contará con normas explícitas o implícitas que recabar para resolver cualquier caso que le sea sometido. Por último, en relación con el método de la ciencia jurídica, Bobbio sostiene –con sus razones y asperezas– que es característico del iuspositivismo el empleo de la interpretación jurídica como comprensiva del total de la actividad del jurista, con predominio de ella como un quehacer prioritariamente declarativo.

Sin perjuicio de lo dicho previamente, uno de los iuspositivistas más influyentes de la actualidad, niega los dos componentes sobre los cuales se cimienta la recién repasada división entre estas dos grandes escuelas del Derecho. En efecto, Raz⁶⁵ descrece –primero– que la dicotomía entre iuspositivistas y iusnaturalistas sea la división básica en la teoría del Derecho. Al mismo tiempo –o debido a que– refuta que la (des)vinculación sea el parámetro que distingue a unos de otros, pues –a partir de los ejemplos que promueve– sostiene que no puede haber duda acerca de la conexión necesaria entre derecho y moral. Para el profesor de Oxford, el efecto de esta constatación no es tanto que las nociones iusnaturalistas sean

⁶⁵ Raz, Joseph. 2013. *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons. 179-180.

acertadas, sino que la tesis sobre la que se cimienta es relativamente trivial, no prestando apoyo a lo que les interesa.

Sea como fuere, Robert Alexy⁶⁶, desde una perspectiva externa –a diferencia de la posición interna de Raz– señala que toda teoría positivista sostiene la **tesis de la separación**, es decir que el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, lo que supone que no existe conexión conceptual necesaria alguna entre derecho y moral. Así las cosas, siempre al decir de Alexy⁶⁷, no existe para el positivismo jurídico una conexión necesaria entre la validez jurídica o la corrección legal, de un lado, y el mérito o demérito moral o la corrección o incorrección moral, del otro.

Siguiendo a Alexy, debe aclararse que la centralidad de la tesis de la separación de si en efecto existe una (des)conexión entre derecho y moral, como en la conceptualidad y necesidad de la vinculación. Esto es así, pues al interior del positivismo jurídico se observan diferentes corrientes en punto a la des-conexión. Así es posible advertir la existencia de un positivismo incluyente⁶⁸, que admite la incorporación de argumentos morales, pero sólo de manera contingente u ocasional, pero no necesaria. De esa forma, sólo un positivismo excluyente, será aquel que –como en la explicación de Dworkin y Nino– entiende que el derecho sólo comprende razones autoritativas.

En palabras de Prieto Sanchís⁶⁹, para un positivista una norma jurídica podría coincidir en su contenido con una norma moral, la que puede ser justa en ese sentido, pero si cabe hablar de una obligación moral de obedecerla será por su carácter moral, no por el respaldo que reciba del Derecho; éste no suministra ninguna razón moral para ser obedecido.

Matices más o menos, ya se advertirá que la versión del positivismo jurídico que sea –sin perjuicio de lo señalado por Raz–, resulta incompatible con la tesis de la corrección de Alexy. Es incomunicable con la tesis de la corrección pues ella se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo⁷⁰, como por ejemplo en el caso de los principios, cuyo contenido se fija en punto a cuestiones jurídicas, fácticas o epistémicas y no por su positivación normativa, o –íntimamente relacionadas con los principios– de las normas adscriptas. Dicho de otra forma, para un no-positivista la inexistencia de una regla que dirima un pleito es absolutamente compatible con la existencia de una respuesta jurídica correcta y obligatoria que se hallará al interior del derecho, pues este está compuesto por reglas y principios, mientras que para

⁶⁶ Alexy (1994), 13.

⁶⁷ Alexy (2008), 78-79.

⁶⁸ V. Gr, Bernal Pulido (2011), 17.

⁶⁹ Prieto Sanchís, Luis. 2010. *Neoconstitucionalismos*. Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 44. 487.

⁷⁰ Alexy (2008), 68.

un positivista no, toda vez que el derecho no provee tales respuestas correctas, sino que —en lo que desborda a las prescripciones contenidas en las reglas— habrá discrecionalidad lo que se sitúa u ocurre fuera del ordenamiento, salvo que éste lo incluya expresamente. Asimismo, para el no-positivista existe una conexión conceptual y necesaria, que tiene la consecuencia de que las decisiones que son moralmente defectuosas también lo son jurídicamente. Todas estas cuestiones resultan inaceptables para un positivista jurídico.

V.

HABERMAS Y LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

Respecto al tema que nos ocupa, debe tenerse presente que Habermas posa su atención, análisis y críticas a la tesis del caso especial de Robert Alexy. Es oportuno recordar que Alexy sostiene, como manifestación de la conexión entre Derecho y justicia, que la argumentación jurídica es una especie o caso especial de la argumentación práctica general⁷¹. Dicho de otra forma, este autor sostiene que existe una relación de género-especie entre el discurso práctico general y el discurso jurídico. Con cierta licencia dogmática, puede decirse que para Alexy —con restricciones y particularidades— la corrección general y la corrección jurídica se reúnen en punto a la justicia.

1) Fundamentación y Aplicación del Derecho. Pues bien, las dos expresiones de esta tesis, es decir la tesis del caso especial y la de la corrección, tensionan —no vale pena ocultarlo— la relación entre la consistencia de las decisiones con el ordenamiento y la racionalidad de ellas, por lo que cualquier teoría que aborde este asunto debe además proponer una forma de resolverla.

Así las cosas, previamente se describieron las proposiciones centrales del positivismo jurídico, con lo que al mismo tiempo se explicó cómo los iuspositivistas promueven sea resuelta esa tensión. El primer apartado de este trabajo —por su parte— es también la propuesta de Alexy sobre la forma en que Derecho y justicia se relacionan; hablar de los elementos que constituyen la validez de las normas es exactamente eso.

Respecto de dicha tensión, al igual que Alexy, Habermas en *Facticidad y Validez*⁷², con su legendaria sobriedad y maestría, sostiene que la seguridad jurídica demanda —primero— decisiones consistentes con el ordenamiento, que establezcan las expectativas de

⁷¹ Alexy (2014), 34.

⁷² Habermas (2010).

comportamiento⁷³, reconciliando de esa forma la historia y la justicia, y -después- que dichas decisiones sean racionalmente aceptables, es decir sensibles a la necesaria legitimidad para ser admitidas por los miembros de la comunidad.

Compartir esa opinión sobre la existencia y características de la mencionada tención es muy distinto de estar de acuerdo en la forma de resolverla. Muestra de ello, son las críticas que Habermas esgrime a la tesis de Alexy.

2) Vinculación en la fundamentación y en la aplicación. Una de las críticas que Habermas le hace a la tesis de Alexy, es no distinguir entre la vinculación del Derecho y la justicia en la creación de las normas –por una parte- y en la aplicación de ellas –por otra-. Dicho de una forma diferente, Habermas -al igual que lo hace Günther- sostiene que en el discurso moral se observa un aspecto de fundamentación y otro de aplicación⁷⁴, cuestión que Alexy no advierte.

Habermas está de acuerdo -cómo no- en que la tesis de Alexy es correcta en lo que respecta a su índole de aplicación, es decir que la tesis del caso especial se da en la argumentación jurídica de aplicación. Refuerza esta idea, reconociendo –igual que Alexy- que en ambos casos –en la argumentación jurídica y en la práctica general- se trata de la lógica de la aplicación de normas, o –como lo describe Alexy⁷⁵- en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos.

Sin embargo, en lo que respecta a la fundamentación, es decir en la argumentación para la creación del Derecho, este autor sostiene –siguiendo a Dworkin- que la corrección de los argumentos jurídicos brota de la pertenencia a un sistema normativo coherente⁷⁶; no de una cualidad interna de la norma. Lo anterior es lo mismo que decir que las reglas de la argumentación jurídica no alcanzan o no son aplicables a la creación del Derecho. Esa afirmación es incompatible con la tesis de Alexyana de la vinculación, no sólo debido a que donde hay principios hay ponderación lo que importa un límite jurídico a la deliberación, sino allí donde la corrección no surgiría de la justicia mínima, sino sólo de la positivación conforme al ordenamiento. Habermas fundamenta esta crítica, en que Alexy sabe que la corrección de los argumentos jurídicos y la corrección de los juicios morales generales es cualitativamente diferente, pues la racionalidad de la argumentación jurídica viene –según Habermas- determinada por la racionalidad de la legislación⁷⁷. Veremos dentro de poco que ello debe ser desoído.

⁷³ Habermas (2010), 271.

⁷⁴ Habermas (2010), 304.

⁷⁵ Alexy (2014), 35.

⁷⁶ Habermas (2010), 304.

⁷⁷ Habermas (2010), 304.

Es imposible estar en desacuerdo con Alexy y Habermas, allí donde advierten que la labor legislativa tiene componentes que desbordan lo moral⁷⁸. En otras palabras, es imprescindible acompañar a estos autores allí donde sostiene que la legitimidad de la creación de la legislación pende de factores –podríamos decir- de corte intelectual, como la calidad de la información con la que se cuenta para tomar decisiones legislativas y la racionalidad propiamente dicha de las decisiones que se toman, es decir por la calidad del proceso democrático⁷⁹. Hasta ahí los acuerdos.

3) Democracia y corrección. Se dijo hace poco algo parecido a que la relación entre Derecho y justicia es ineludiblemente polémica. Ciertamente que lo es, debido a que tensiona dos bienes de inmenso valor al interior del ordenamiento jurídico, como son el principio democrático y la corrección: lo que sea jurídicamente posible se ve limitado por lo compatible con la corrección.

Alexy⁸⁰ representa esta tensión describiendo modelos, sino puros de democracia, predominantemente democráticos -o como él los llama, puramente procedimentales- donde se negarán los derechos fundamentales pues todo le será permitido al Parlamento, y otros puros de corrección -o puramente materiales- donde la democracia se reduce a una mínima expresión pues todo estará predeterminado por la Constitución.

Habermas y todos los que estiman el principio democrático, entre los que ciertamente también se encuentra Alexy, hacen bien –no cabe duda- en desenmarañar el entramado de la producción legislativa para comprenderla cabalmente y protegerla, haciendo pesar sobre ella reglas procedimentales que garantizan condiciones racionales y así virtuosas de diálogo democrático. Pero proteger las formas de la deliberación democrática es muy diferente a no admitir límites *jurídicos* sustanciales mínimos para el resultado del trabajo del Parlamento de dirimir contiendas y modelar la legislación.

Aquí se sostiene que las críticas de Habermas a la tesis del caso especial de Alexy, parece no tener presente que esta última se inscribe en un tipo o modelo intermedio, entre uno puro de procedimiento y otro puramente material, cual es aquel que valora y protege la capacidad de configuración del Parlamento al mismo tiempo que la existencia de cuestiones indisponibles o límites jurídicos que no pueden ser sobrepasados, cual es la justicia mínima. Téngase presente que el diálogo democrático de calidad –cuán valioso sea- es una muestra de corrección y no un valor en sí mismo⁸¹.

⁷⁸ Habermas (2010), 305.

⁷⁹ Habermas (2010), 305.

⁸⁰ Alexy (2012), 517.

⁸¹ Campbell (2002), 238.

La crítica de Habermas, en contra de la tesis del caso especial, parece poner el foco en la magnitud de los sacrificios democráticos de la tesis alexyana, lo que no es un reparo sino simplemente una constatación. Pero lo que sí se debe criticar a Habermas en este punto no es lo que dice sino aquello sobre lo que calla. El modelo propuesto por Habermas, es decir uno predominantemente formal, irroga un precio exorbitante a los derechos fundamentales cual es no tener respuesta a la situación de ser amagados si no se adoptan decisiones respetuosas de las reglas que impone la acción comunicativa.

Lo anterior, rima con la cuestión planteada por Hart respecto a que la actividad parlamentaria tiene límites pero que ellos no son jurídicos⁸², y aguijonea la pregunta de si las decisiones legislativas en efecto se toman al son de la acción comunicativa, cuestión central si se promueve un modelo que confíe *in extremis* en la deliberación democrática llevada al son de ella.

En otra ocasión espero poder abordar una cuestión que por ahora sólo se podrá roscar con algunas preguntas: ¿No son acaso los derechos fundamentales -sino la máxima- una incuantificable expresión democrática, pero de cualquier manera no menos valiosa que la autonomía del cuerpo político expresada en el Parlamento? ¿Por qué creer que proteger de afectaciones intolerables a los derechos fundamentales y garantizar una deliberación democrática, son cuestiones irreconciliables?

VI.

A TÍTULO DE RESPUESTA

Es imposible estar de acuerdo en general con Habermas en las críticas que eleva a la tesis de la vinculación de Alexy.

VII.

SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE ASPECTOS DE FUNDAMENTACIÓN Y DE APLICACIÓN

Primeramente, no es posible concordar en punto a la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación de la argumentación jurídica, debido a que no se exhibe una justificación sobre la pertinencia ontológica de ella, y -luego- porque en lo relativo a la

⁸² Hart (2011), 83.

corrección –que es el tema incumbe- la creación del Derecho y su aplicación no presentan diferencias en esta materia.

De la falta de fundamentación sobre la pertinencia ontológica de la distinción entre aspectos de fundamentación y de aplicación de la argumentación jurídica. Raz sostiene que “no hay daño en ninguna clasificación; cualquier similitud y cualquier diferencia puede ser base de una”⁸³. Sin embargo, a esta distinción no puede atribuírsele –hasta que exhiba una demostración al efecto- la entidad que se le imputa. No es posible endosar una propiedad de esa envergadura –ni de cualquier otra, dicho sea de paso- en tanto no se demuestre que las diferencias entre ambas –más bien cuál diferencia entre ambas- justifica la diferencia de tratamiento. En el intertanto, sólo pareciera haber una diferencia entre los ambientes en el que la argumentación se desarrolla y que las características de dichos ambientes inciden de manera insignificante en su despliegue, pero no que entre una y otra existen diferencias de entidad que justifiquen la diferenciación que Habermas le atribuye. En el mejor de los casos, la distinción tendría valor epistémico –lo que no es poco-, es decir ilustrativo de los métodos y procedimientos propios de dos etapas de la argumentación jurídica observables sin demasiada dificultad. En caso alguno esta diferenciación podría ser ontológica, esto es propia de la existencia de dos entidades diversas. Para esto último, se requiere haber concluido una labor que, de haber sido realizada, Habermas la ha guardado con celo.

Persuadir sobre la pertinencia ontológica –y no meramente epistémica- entre ambos aspectos de la argumentación jurídica, es inexcusable sobre todo por el efecto que los promotores de esta distinción le confieren, cual es depurar moralmente al discurso jurídico de aspectos de fundamentación, los que pesarían exclusivamente en los aspectos de aplicación, es decir que las normas del discurso práctico general ni las del caso especial resultan aplicables a la actividad legislativa⁸⁴.

Esta necesidad de argumentos concluyentes sobre la procedencia de la distinción, es –si eso es posible- aún más imperiosa que en el caso anterior, pues sobre ella descansa la crítica transversal a la tesis del caso especial de Alexy la que consiste en que ella no hace justicia a la complejidad de la actividad judicial y la producción legislativa⁸⁵. A juicio de Habermas la tesis del caso especial, en los aspectos de fundamentación, no resuelve correctamente el entramado de argumentaciones, negociaciones y comunicaciones políticas que constituyen

⁸³ Raz (2013), 178.

⁸⁴ Habermas (2010), 304.

⁸⁵ Habermas (2010), 267.

la producción legislativa. Esto es lo que se puede denominar el argumento democrático o lo que Campbell denomina la justicia como democracia⁸⁶.

Pues bien, para que esto último sea efectivo Habermas haría bien en demostrar cómo el proceso de fundamentación y el de aplicación de las normas de la argumentación jurídica son incompatibles en el proceso legislativo, es decir porqué lo jurídico debe quedar excluido de esta etapa del proceso. Dicho de otra forma, Habermas debe probar que la argumentación jurídica no forma parte del entramado de argumentaciones que constituyen la producción legislativa, para no correr el riesgo de que sea su teoría y no la de Alexy la que no haga justicia a la actividad que intenta describir adecuadamente.

De la falta de pertinencia ontológica entre la fundamentación y la aplicación. El argumento de Habermas que nos ocupa no sólo debe ser desoído por falta de aportación de argumentos sobre su pertinencia ontológica, sino –sobre todo- porque en esta materia ambos aspectos de la argumentación jurídica (fundamentación y aplicación) no difieren en materia de su corrección.

En punto a la valoración jurídica y epistemológica, debe recordarse que es un postulado erguido por el propio positivismo jurídico, que las decisiones jurídicas que no pueden tomarse en punto a normas positivadas brotan de la discrecionalidad judicial, es decir de la valoración del Juez.

Si entendemos la fundamentación de las normas como la labor y el resultado de configurar reglas y principios atribuyéndole una cierta valoración y pertinencia, no se advertirá diferencia epistémica y procedimental relevante con la labor de aplicación del Derecho, especialmente en aquellos casos -nada infrecuentes en el Derecho Constitucional, especialmente en lo **ius fundamental**- en que el derecho positivo no prevé una solución unívoca o fácil para el caso⁸⁷.

No debe perderse de vista que la labor de concreción del Derecho preexistente deviene de ordinario en normas particulares, especificaciones del material autoritativo y preexistente, como por ejemplo son las sentencias judiciales y los actos administrativos dictados para casos determinados. Ellas son resultado también de un proceso de argumentación jurídica de fundamentación, pues el material autoritativo no suele ser bastante para afinar un proceso, cuya validez depende no sólo de la conformidad de su génesis con el ordenamiento, sino también con la corrección de sus prescripciones.

⁸⁶ Campbell (2002), 221.

⁸⁷ V.Gr., Alexy (2014), 23; Dworkin (2012), 146; y Bernal Pulido, Carlos. 2007. El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 103-104.

Así las cosas, la argumentación jurídica es la conexión entre la fundamentación y la aplicación, máxime cuando de lo que se habla es de la formación de normas, cuestión que es ya conceptualmente jurídica. No reconocer esa vinculación entre la fundamentación y la argumentación jurídica, hace que el argumento del propio Habermas consistente en que la tesis del caso especial corresponde a la aplicación del Derecho, parezca arbitrario.

Subyugar la facticidad al Derecho es exactamente eso, es erigir una norma (fundamentación) o hacer que de ella brote una conducta (aplicación), atribuyéndole a esa norma y/o a esa conducta una valoración jurídica y una pertinencia epistemológica. Por si no se ha sido claro, lo anterior es lo mismo que decir que de ordinario hay espacios visibles, significativos y relevantes para la fundamentación en ambos aspectos del discurso, y que en ninguno de ellos es admisible que se sobrepase el umbral de la injusticia extrema, pues donde ella ocurra se producirá la misma contradicción performativa, que hace incompatible la injusticia intolerable con la naturaleza jurídica de una prescripción.

VIII.

SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA Y JURÍDICA

Seguidamente, la objeción de Habermas respecto de la diferencia cualitativa entre la argumentación práctica general y la argumentación jurídica resulta superflua si se atiende a que –ad initio- Alexy la reconoce explícitamente al señalar que la argumentación jurídica es un caso particular de la argumentación práctica general (moral), es decir que ambos discursos –el moral y el jurídico- tratan de la corrección de enunciados normativos⁸⁸. Dicho de otra forma, esa diferencia –basada esencialmente en las restricciones estructurales de los argumentos jurídicos, como por ejemplo el respeto por el contenido de las normas positivadas sustantivas y procedimentales o el valor del precedente- es exactamente lo que hace que la relación entre la argumentación práctica general y la argumentación jurídica no sea de identidad sino de género a especie.

Dicho lo anterior de otra manera, ya se sabe que ambos tipos de argumentación son diferentes, pero Habermas no demuestra cómo esa diferencia es –primeramente- cualitativa y –luego- prueba de que la tesis del caso especial de Alexy es por ello incorrecta.

⁸⁸ V. Gr., Alexy (2014), 34-36.

IX.

SOBRE LA SUBORDINACIÓN DEL DERECHO A LA MORAL

Finalmente, Habermas imputa a la tesis del caso especial una –a su juicio- errónea subordinación del Derecho a la moral. Debe descartarse esta objeción debido a que Alexy no sostiene cosa parecida. Muy por el contrario, –como se destacó al inicio- mirando de cierta distancia Alexy sostiene como elementos definatorios copulativos de la validez de una norma jurídica individualmente considerada y la del ordenamiento jurídico en su conjunto, la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material.

Pero mirado desde cerca, Alexy coloca al derecho positivado, esto es a la manifestación de la voluntad democrática, incluso casi por sobre la corrección. En efecto, debe recordarse que la conexión entre Derecho y moral que este autor postula, consiste en que una norma y/o un ordenamiento son válidos en tanto simplemente contengan o prevean una pretensión de corrección consistente en que ellas sean mínimamente justas, en el sentido de respetuosas con los derechos fundamentales, de manera que si no lo satisfacen del todo –a la luz del principio democrático y de seguridad jurídica- no dejan por ello de ser normas u ordenamientos, pero que la validez de ambos se pierde sólo si se atraviesa el umbral de la injusticia extrema. Habida cuenta que debido a que la regla general es que el derecho positivado se presume válido y la corrección resta el estatus jurídico sólo –por excepción- a las normas extremadamente injustas, no es correcto imputarle una idea de superioridad de la moral sobre el Derecho. Desde perspectiva contraria, una norma correcta –en el sentido presentado aquí- no será por esa sola circunstancia si no ha sido positivada de acuerdo al ordenamiento o no brote del material autoritativo vigente.

Lo anterior no es muy distinto de afirmar que Habermas no logra advertir que el modelo alexyano de vinculación no es puramente material o ideal, es decir uno puro de corrección, como aquel donde el Derecho pierde toda relevancia en favor de una dimensión ideal⁸⁹ de la argumentación jurídica, sino que además incorpora una dimensión fáctica o real, representada por la expedición autoritativa y la eficacia social.

Como demostración de que no es posible estar de acuerdo con la imputación de Habermas a la tesis del caso especial, puede decirse que teniendo a la vista la conexión cualificante entre Derecho y moral, Habermas estaría de acuerdo con la hipótesis de que la acción comunicativa producirá mínimamente un resultado equivalente con la justicia como derechos. Dicho de otra forma, producto de un diálogo democrático desarrollado al son de

⁸⁹ V. Gr., Bernal Pulido (2011).

la racionalidad comunicativa, surgirá válidamente una decisión respetuosa de los derechos fundamentales. Así las cosas, en esta sección de la tesis de la vinculación de Robert Alexy, no se advierte la subyugación del Derecho en favor de la moral como Habermas acusa.

Respecto de la conexión clasificante, lo que se observa es la preminencia del derecho legislado o positivado, hasta que se sobrepasa un límite material y conceptual -incluso estadísticamente- muy excepcional, cual es el de la injusticia extrema; no una injusticia leve y/o volátil, sino una intolerable; no una evaluada intuitivamente o producto de una experiencia mística, sino racionalmente mediante la ponderación en sentido amplio. Es por ello que aquí tampoco se observa una sumisión del Derecho a la moral, sino simplemente la acción consecuen- cial y racionalmente fundada a partir de un defecto insoportable de una norma. Aquí lo que se advierte –a fin de cuentas- es el cuestionamiento al estatus jurídico de una norma no por sometimiento, sino que por fuertes argumentos.

Para citar este trabajo: Leiva Rabael, Antonio, “Corrección y facticidad: Justicia y democracia”, *Revista de Derecho. Ucuadal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 139-164.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1994. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa,
- Alexy, Robert. 2007. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert. 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert. 2009. *Los Derechos Sociales y su Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, Robert. 2010. *La Institucionalización del Derecho*, 2° Edición. Granada: Comares.
- Alexy, Robert. 2012. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2° Edición. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2014. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2° Edición. Madrid: Centro de Estudios Públicos y Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2016 *A Vueltas con la Ponderación*, en *Un Debate sobre la Ponderación*, Manuel Atienza y Juan A. García Amado. Lima: Palestra-Temis.

- Bernal Pulido, Carlos. 2011. *La Doble Dimensión del Derecho*. Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, Carlos. 2007. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, Norberto. 1996. *Il Positivismo Giuridico*. Torino: Giappichelli Editore.
- Campbell, Tom. 2001. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, Ronald. 2005. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, Ronald. 2012. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, Luigi. 2009. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, 2° edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Habermas, Jürgen. 2008. *Comunicación Moral y Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 2010. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 2011. *Escritos Filosóficos, Volumen 1*. Barcelona: Paidós.
- Hart., H.L.A. 2009. *El Concepto de Derecho*, 3° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Prieto Sanchís, Luis. 2010. *Neoconstitucionalismos (Un Catálogo de Problemas y Argumentos)*. Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 44.
- Nino, Carlos Santiago. 2012. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Radbruch, Gustav. 2013. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, Joseph. 2013. *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons.
- Squella, Agustín. 2001. *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.