

## RECEPCIÓN CRÍTICA (Y PARCIAL) DE LA CONCEPCIÓN SOBRE SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA DE ROBERT ALEXY\*

Andrés BOTERO BERNAL

### I. ACLARACIONES INICIALES

En el presente trabajo se hará una revisión crítica de un apartado concreto de la edición, en lengua española de “El concepto y la validez del derecho”,<sup>1</sup> lo que no obsta para que me remita a otros textos de la ya extensa obra del profesor de Kiel, en especial al “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”<sup>2</sup> y los trabajos recogidos en “La institucionalización de la justicia”.<sup>3</sup>

También es importante aclarar que el apartado concreto al que más me referiré es un capítulo de la edición española de la obra *El concepto y la validez del derecho*; se trata del capítulo “Sistema jurídico y razón práctica”. Pero éste no hace parte de la edición alemana *Begriff und Geltung des Rechts*;<sup>4</sup> es decir, este capítulo corresponde a un ensayo independiente de Alexy agregado por el traductor teniendo en cuenta su importancia. La clave de este capítulo que estudiaré ya está en *Rechtssystem und praktische Vernunft* que luego se desarrolla en *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*,<sup>5</sup> aunque este

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-177.

<sup>2</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, traducción de Carlos Bernal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, pp. 13-64.

<sup>3</sup> Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación de José Antonio Seoane, traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005.

<sup>4</sup> Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg und München*, Alber, 1992.

<sup>5</sup> Véase Alexy, Robert, *Rechtssystem und praktische Vernunft. In: Rechtstheorie*, 18, 1987; p. 405-419. Existe otro texto al respecto: Alexy, Robert, “Eine diskurstheoretische Konzeption

último versa sobre temas complementarios sobre la razón práctica tocados en aquél.

No obstante la historia de este capítulo (“Sistema jurídico y razón práctica”) no termina aquí; pues varios de sus tópicos fueron tratados en la conferencia del alemán dictada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, realizadas en San Sebastián en septiembre de 1988,<sup>6</sup> y luego retomadas para su ponencia en el 15o. Congreso Mundial de IVR, celebrado en Gotinga en 1991 que tenía por nombre, igualmente, “Sistema jurídico y razón práctica”. Seguro este capítulo ha dado más vueltas entre eventos y revistas,<sup>7</sup> pero baste la aclaración anterior para que el lector se percate de la importancia (y recorrido) de las ideas que la componen.

También debo agradecer a mis colegas Ricardo Guibourg (Universidad de Buenos Aires) por darme un espacio para exponer y debatir estas ideas en el Departamento de Filosofía del Derecho de su universidad; Javier Mendoza (Universidad ICESI) quien comentó mi trabajo; Enrique Cáceres (Universidad Nacional Autónoma de México) así como al Seminario de Filosofía del Derecho que él dirige, con quienes interactúe al momento de formular este artículo; Sergio Estrada (Universidad de Medellín) por sus sugerencias al texto, y a Ramón Narváez (Universidad Autónoma de México) quien hizo una lectura crítica muy importante.

Sobre la forma de presentación del texto, debo indicar que luego de estas aclaraciones se hará un pequeño resumen del capítulo aludido para más adelante establecer una serie de interrogantes que mi actitud escéptica ha planteado a dicho texto, lo que exigirá reflexiones más generales sobre Alexy. Se terminará con las conclusiones y la bibliografía.

## II. RESUMEN DEL CAPÍTULO “SISTEMA JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA”

Ahora, entrando en materia, quiero señalar algunos aspectos que considero relevantes del capítulo aludido de la edición española de “El concepto y la validez del derecho”,<sup>8</sup> indicando entre paréntesis la página en la que se encuentra la idea resumida, para así más adelante establecer mi lectura crítica

der praktischen Vernunft”, en Alexy, Robert y Dreier, Ralf (herausgeben von), *Rechtssystem und praktische Vernunft. Band 1*, Stuttgart, Steiner, 1993, pp. 11-29.

<sup>6</sup> Ponencia que fue traducida por Atienza y publicada en: Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 139-151.

<sup>7</sup> Incluso, esto nos permite detectar una estrategia comunicativa de Alexy: la reiteración de ideas y tesis en la mayoría de sus conferencias y artículos.

<sup>8</sup> Alexy, Robert, *El concepto...*, cit, p. 159-177.

tica del mismo. De todas maneras hacer un resumen en dos o tres páginas de una obra tan importante, relevante y compleja, es tarea titánica e incluso comprometedora; pero es pertinente, pues así sitúo al lector en una postura a la que me referiré constantemente en la siguiente parte de este escrito.

Alexy estableció en este texto que en la contemporaneidad la Constitución ya no es sólo fundamento de vigencia formal del derecho estatal, sino una norma jurídica obligatoria y de aplicación inmediata (p. 159), que exige, a su vez, pasar de la subsunción legal a la ponderación constitucional. Pero este modelo no ha sido pacífico en modo alguno, y ha generado en contra una reacción que él denomina “legalismo” (p. 160), el cual defiende la subsunción, la norma estatal, la independencia del derecho ordinario y la primacía del legislador. Entonces, trabajando a partir de una lógica de las oposiciones, contempla que el constitucionalismo contemporáneo, contrario al legalismo, es aquel que propone un sistema jurídico de tres niveles (p. 161). El primero y segundo nivel son, respectivamente, las reglas y los principios (p. 161). Los principios son mandatos de optimización (p. 162) sometidos a una dimensión de ponderación (p. 164). Las reglas, en cambio, son mandatos definitivos (p. 163) sometidos a una dimensión de validez (p. 164). La optimización, por su parte, exige la ponderación y ésta la proporcionalidad (p. 163). Ahora, entre los principios y los valores hay una amplia coincidencia estructural (p. 164), pero los principios son deontológicos y los valores axiológicos (p. 164). Agregó que el segundo nivel se explica y justifica a partir de las deficiencias del primer nivel, esto es, de las reglas, puesto que éstas últimas presentan lagunas indefectiblemente (p. 166), por tanto es limitado (p. 167). También señaló que la seguridad jurídica es el valor crucial en el “legalismo”, sin embargo no puede ser considerado el único criterio a tener en cuenta porque, de un lado, no es posible dar una respuesta jurídica a todos los casos con base en el derecho por reglas, y del otro, existen otros valores que deben ser igualmente considerados en el segundo nivel (p. 167).

Tal como se dijo anteriormente, el problema del primer nivel es fundamentalmente la existencia de lagunas, las cuales, exigen para su resolución no sólo satisfactoria sino también deseable el recurrir a un segundo nivel: los principios (p. 168),<sup>9</sup> lo que lleva entonces a concebir el derecho, por el mo-

<sup>9</sup> Kelsen negará la existencia de lagunas. Para él, toda laguna es ideológica: “*Sieht man näher zu, so zeigt sich, daß die Existenz einer Lücke“ nur dann angenommen wird, wenn der Mangel einer solchen Rechtsnorm von dem rechtsanwendenden Organ als rechtspolitisch unerwünscht angesehen und daher die logisch mögliche Anwendung des geltenden Rechtes aus diesem rechtspolitischen Grunde abgelehnt, weil von dem rechtsanwendenden Organ als unbillig oder ungerecht angesehen wird*” Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960. pp. 251 y 252 (en español: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto Vernengo, 14a. ed., México: Porrúa, 2005. p. 255).

mento, como un sistema de reglas y principios (p. 168). Pero esta visión de un sistema de reglas y principios ha generado tres objeciones (pp. 168-170), las cuales impedirían pensar necesariamente en un orden duro de los principios, pero que no obstan para la defensa de un orden débil. El orden débil está compuesto de condiciones de precedencia (p. 171) que son las reglas en una colisión entre principios pero que siempre están abiertas por nuevas circunstancias que exigirían el respaldo de la argumentación (p. 171) ya tanto para la instauración de la regla como para quien acusa la necesidad de su cambio. Pero esta argumentación remite a una ponderación (p. 171) que el alemán resume de la siguiente manera: cuanto mayor sea la no realización o la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (p. 171).<sup>10</sup> Pero esto no puede conducir a creer que aplicando los principios se puede llegar a una única decisión correcta (p. 172).<sup>11</sup> Otro elemento del orden débil son las precedencias *prima facie* (p. 172) que no contienen decisiones definitivas pero establecen cargas de argumentación (quien desee salirse de una precedencia tiene la carga argumentativa).

En defensa del orden débil de principios que a su vez supone un sistema de principios y reglas, afirmó que renunciar al derecho por principios es una renuncia de la racionalidad al interior del derecho (pp. 172 y 173). Igualmente concedió que la eliminación de las lagunas de apertura (propio del derecho por reglas) implica lagunas de indeterminación (del derecho por principios), pero la aceptación de lagunas de indeterminación no es, al sentir de Alexy, una crítica fuerte al sistema (p. 173) puesto que el modelo es de reglas y principios (p. 173), no de reglas o principios.

Sin embargo, para Alexy el segundo nivel no basta. Es necesario recurrir a un tercer nivel: la razón práctica (pp. 173 y 174). Por ésta el alemán entendió la racionalidad por medio del procedimiento de formulación como de aplicación del derecho (p. 174). El de aplicación puede ser de ar-

Esta postura está mucho más clara en el resumen que él hizo de la primera edición de su *Reine Rechtslehre*, y que tradujo Legaz: “Las llamadas ‘lagunas de las leyes’ son, pues, una fórmula típicamente ideológica. Conviértese en una imposibilidad lógico-jurídica aquella aplicación de la ley al caso concreto que, según la opinión del juez, constituye una inoportunidad, una inconveniencia desde el punto de vista de la política del Derecho”. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Traducción de Luis Legaz, México, Colofón, 2002, p. 70.

<sup>10</sup> Sobre los desarrollos de la tesis de Alexy en torno a la ponderación, véase: Bernal Pulido, Carlos. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, en Montealegre, Eduardo (coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 115-132.

<sup>11</sup> Mucho más profundo en este tema es: Alexy, *Sistema jurídico... cit.*, pp. 139-151. En este texto, Alexy señala las dificultades de sostener la tesis de la unidad de la decisión correcta, pero indica que tales dificultades no afectan la importancia de una teoría de los principios.

gumentación y pensamiento no institucionalizado o el institucionalizado del proceso judicial (p. 174). El primero es el objeto de la teoría de la argumentación jurídica que garantiza la razón práctica (p. 174). Allí se enfrentan los subjetivistas-relativistas con los objetivistas-cognitivistas; pero no hay que tomar una actitud del todo o nada en frente a tal disputa (p. 175). Por ello no creará en teorías morales materiales pero sí procedimentales como las que planteó en su momento Habermas (p. 175).

Este procedimiento, el de razón práctica, exige un grado sumo de claridad lingüística, información empírica, de universalidad y desprejuiciamiento.<sup>12</sup> Pero esto es lo ideal en cuanto al uso de la razón práctica (p. 176), pero, como tal idealidad no es fácil de conseguir, lo mejor es una realización aproximativa.

Concluyó entonces que el derecho entendido como un sistema de tres niveles permite disminuir los efectos nocivos de cada uno de ellos por separado (p. 176). De tal manera el derecho por principios corrige (pretensión de corrección)<sup>13</sup> las deficiencias propias del derecho por reglas y a su vez la razón práctica guía la formulación y la aplicación adecuada (asunto que centrará la atención de Alexy en el tema de la aplicación más que de la formulación) del derecho de reglas, así como el de principios.

### III. EL ESCEPTICISMO FRENTE A LO IMPORTANTE: PREGUNTAS Y OBSERVACIONES EN TORNO A TAL TEORÍA

Con este pequeño resumen del apartado que deseo comentar, que exige del lector, obviamente, aquello que Gadamer denominó “la anticipación en la lectura”,<sup>14</sup> ya podré iniciar una divagación teórica que expresará mi admiración pero, al mismo tiempo, mi escepticismo frente a tal teoría. Aclaro que mi postura escéptica no es más que la cortesía que un filósofo tiene para con aquello que tiene suficientes méritos para trascender en la

<sup>12</sup> En otro texto, Alexy agrega otras exigencias ideales: 1) tiempo ilimitado, 2) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 3) carencia de prejuicios ilimitada. *Ibidem*, p. 151.

<sup>13</sup> Al respecto, véase: Alexy, Robert, “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Carlos Bernal, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 62-69.

<sup>14</sup> “Lo que importa es hacerse cargo de las propias anticipaciones, con el fin de que el texto mismo pueda presentarse en su alteridad y obtenga así la posibilidad de confrontar su verdad objetiva con las propias opiniones previas”. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método I*, 7a. ed., traducción de Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1997. p. 336. Gadamer, Hans Georg, *La dialéctica de Hegel: Cinco ensayos hermenéuticos*, Madrid, Cátedra, 2000, pp. 10 y 11.

marea de textos que nos acomete. Y este escepticismo se manifiesta por medio de preguntas, lo que supone una apertura de las posibilidades de ser de una teoría, esto es que la “esencia de la pregunta es el abrir y el mantener abiertas posibilidades”.<sup>15</sup> Así que honro y potencializo (en mí, como lector) una propuesta, como la de Alexy, a partir de la duda.

En torno al texto anteriormente resumido, encuentro algunos aspectos que quiero comentar:

### 1. *Una mirada reduccionista del positivismo*

Alexy bien se ha catalogado a lo largo y ancho de su obra como un “no-positivista”,<sup>16</sup> fruto de una reflexión dualista de las teorías del derecho que él reduce —sí, reduce— a dos: positivistas y no-positivistas. Esto lo lleva necesariamente a un juego de oposiciones y de identidades por vía de antonomasia que suele ser peligroso para la gran gama de teorías existentes en el mundo iusfilosófico. En fin, este juego dualista que se expresa en el fondo del texto lleva a una mirada reducida de lo que él quiere expresar como uno de los extremos de esa línea, el positivismo, al que le achaca culpas más decimonónicas que contemporáneas. Mayor suerte cubre la obra de Alexy al hablar de un “no-positivismo” pues este concepto incluiría de manera más abierta la gran pluralidad de teorías más o menos iusnaturalistas existentes en el medio.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Gadamer, *Verdad y...*, t. I, *cit.*, p. 369.

<sup>16</sup> Por ejemplo, se reitera esta decisión metodológica de Alexy en Alexy, Robert, “Derecho y moral”, en Alexy, *La institucionalización...*, *cit.*, pp. 17-29. Igualmente Alexy, Robert, “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Carlos Bernal, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 78-86.

<sup>17</sup> Creo que muchas de estas teorías que se presentan a sí mismas como no-positivistas son más propuestas novedosas del iusnaturalismo, aspecto que nos dejó en el aire Zagrebelsky (este autor nos habla que el neoconstitucionalismo es un positivismo —algo extraño luego de la presentación tan peyorativa que nos hizo del positivismo—, pero luego aceptó que entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo hay varias semejanzas especialmente en el procedimiento de aplicación y en la defensa de la superioridad de los principios, para terminar aceptando que el neoconstitucionalismo puede ser el iusnaturalismo contemporáneo: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 115). En este punto, Peces-Barba (Epílogo: “desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en Zagrebelsky, *El derecho...*, *cit.*, p. 169) bien podría decir que quien considere a estas posturas como iusnaturalistas es uno de esos juristas dispuestos a forzar las cosas para tranquilizar una conciencia iusnaturalista (cosa que puede ser muy razonable en torno a los iusnaturalistas que exigen ser matriculados en el neoconstitucionalismo al verlo como una extensión contemporáneo de un pensamiento más antiguo), pero eso no me

Sea esta la oportunidad de poner en duda estos juegos dicotómicos, útiles pedagógicamente para hacer comprender muchas posturas, pero no del todo correctas en juicios científicos, de “teorías legalistas” *vs.* “teorías no-positivistas”, dualidad que se ha tratado de unir a otra de “Estado de derecho” *vs.* “Estado constitucional” (que encontramos, por ejemplo en Zagrebelsky).<sup>18</sup> Así, nada más impreciso que esta última dicotomía, puesto que los Estados de derecho tienen Constitución, siendo pues términos que se implican. ¿Un Estado constitucional no es de derecho? ¿El constitucionalismo ligado a veces de manera virtual a un “Estado constitucional” implica de suyo un npositivismo que ya es, en este juego, la otra extensión de una línea que empieza con el legalismo-Estado de derecho?

Creo que este punto ya ha sido tocado en miradas de destacados colegas, quienes sospechan de la supuesta virtualidad (¿confusión?) npositivista (que ya en muchos casos llega ya al anti-positivismo)<sup>19</sup> del neoconstitucionalismo.<sup>20</sup>

En fin, el positivismo es mucho más que la exégesis que giró hace ya dos siglos sobre el legicentrismo y el estatalismo. Es cierto, no cabe duda, que hay vertientes derivadas de esa escuela (me refiero en particular al formalismo jurídico latinoamericano)<sup>21</sup> que campean entre muchos operadores jurí-

es aplicable, puesto que yo hago tal señalamiento, creo yo, para tranquilizar mi conciencia positivista —analítica y crítica—.

<sup>18</sup> Zagrebelsky, *El derecho...*, *cit.*, p. 33.

<sup>19</sup> Importante en este punto la crítica que hace Escudero sobre las virtuales relaciones dicotómicas entre el positivismo contemporáneo y el constitucionalismo, que en fin desdibuja el positivismo mismo al tener éste que ponerse calificativos que lo alejen del modelo decimonónico y que lo terminan por acercar en su confusión conceptual (que no sólo la tienen los no positivistas, sino presente entre los positivistas moderados mismos) a tesis iusnaturalistas. Escudero, Rafael. Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral, Madrid, Civitas, 2004.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997. También la recensión de esta obra, en: García Figueroa, Alfonso, “Constitucionalismo y positivismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 54, septiembre-diciembre de 1998; pp. 367-381. También, García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003. pp. 159-186; Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *ibidem*, pp. 75-98 (especialmente pp. 87-98).

<sup>21</sup> En Colombia, considero que se está produciendo un debate falsamente dicotómico entre formalistas (jurídicos latinoamericanos) y neoconstitucionalistas. Algo escribí al respecto: Botero Bernal, Andrés. “Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: Formalismo versus principios y/o valores”, *Opinión Jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, núm. 9, enero-junio de 2006, vol. 5; pp. 33-61. En ese texto explico de mejor manera qué es eso de formalismo jurídico latinoamericano y remito a una mejor bibliografía al respecto.

dicos contemporáneos, pero de allí a abarcar el género por algunas especies no es algo que pueda dejar pasar de lado.

Pasando al tema de la subsunción, bien podré aplicar en un caso concreto los efectos nocivos del punto anterior. Sostiene Alexy que el primer nivel del sistema, necesario pero insuficiente por sí mismo para una concepción del derecho como sistema, se agota en la subsunción entendida más como un juicio de aplicación de la regla, asunto que el alemán acusa como propio del modelo “legalista” y, por ende, “positivista”. Esta acusación es cierta en relación con algunas escuelas del positivismo, asociado en mucho con el legicentrismo-estatalismo, pero varias de las doctrinas positivistas más trascendentes del siglo XX lograron superar en mucho esta visión positivista decimonónica. ¿Acaso Kelsen sostiene una aplicación mecánica o una subsunción aplicativa sin más? Ya es conocido por todos que el positivismo del siglo XX sostendrá que el derecho exige ser interpretado,<sup>22</sup> lo que dará un argumento más al austriaco para defender la discrecionalidad judicial (ya defendida por los realistas-funcionalistas), y esto por poner un solo nombre de los que brillaron dentro del positivismo del siglo XX. En fin, afirmo que Alexy caracterizó un género por una de sus especies, lo que le facilitó la labor destructiva de un derecho exclusivamente guiado por reglas.

Ahora, entiendo que esta crítica no anula el pensamiento de Alexy en torno a los tres niveles, pero dificulta el camino fácil adoptado por el alemán en tanto no todo el positivismo se agota en el “legalismo” que tanto fastidio —y con razón— a él le provoca.

Concluyendo este aspecto, me guío de las palabras de mi querido amigo Roberto Jiménez:<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Kelsen criticará, como ya era común en su época, que las normas se aplican sin más. Por ejemplo: “Wenn das Recht von einem Rechtsorgan anzuwenden ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Normen feststellen, muß es diese Normen interpretieren”, Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, cit., p. 346 (en español: Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 349). Incluso las normas constitucionales deben ser interpretadas para ser aplicadas. Por demás, esto ha llevado a preguntarse si Kelsen habría aceptado las tesis de la argumentación y la razonabilidad si hubiera conocido los desarrollos posteriores al respecto; Barbarosch considera que él las habría aceptado en lo que respecta a su teoría de la democracia, es decir, en lo atinente a una propuesta política-moral concreta —que no podría confundirse con la ciencia del derecho—. Barbarosch, Eduardo., *Teoría de la justicia y la metaética contemporánea*, Buenos Aires, UBA y La Ley, 2007, p. 9. Ahora, la crítica a la mera aplicación no sólo era de Kelsen, esta premisa traspasa las más variadas teorías positivistas del XX. En fin, el positivismo del XX ya estaba alejado de varias de las características que Alexy le atribuye a los “positivistas”.

<sup>23</sup> Jiménez Cano, Roberto Marino, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 98 y 99. Debo aclarar que Jiménez defiende un positivismo excluyente, para lo cual reconstituye el concepto de positivismo como una postura de estudiar el derecho (metodológica) y esencialmente descriptiva.



Si, como es mi parecer, el neoconstitucionalismo envuelve una determinada ideología jurídico-política, entonces su principal rival no es el positivismo jurídico (metodológico), sino la ideología positivista explicada más atrás [...] El positivismo como teoría general y descriptiva del derecho no puede ser acusado de impedir el desarrollo de una teoría acorde con el Estado constitucional, puesto que a lo que se limita es a exponer dicha organización jurídico-política. Es esta razón, y no otra, la que explica realmente que las conclusiones sustantivas de la teoría del derecho (el positivismo teórico) del siglo XIX no sean correctas hoy; sencillamente porque el tipo de organización jurídico-política ha cambiado en muchos países y las descripciones no pueden ser las mismas [...] El obstáculo para el Estado constitucional no debe buscarse, entonces, en una teoría que describe ese modelo jurídico, sino en las teorías que prescriben otro diferente. Y es en ese campo donde entran en conflicto dos ideologías diferentes, la neoconstitucionalista y la positivista.

2. *Una visión moderada que agrupa todas las posturas, pero, ¿cuál es la visión radical y excluyente?*

Otro efecto de los peligros de las dicotomías para designar todo tipo de matices, lo vemos en lo que respecta al denunciado “orden duro” de los principios, tan criticado por Alexy, que sería compatible con un neoconstitucionalismo radical (o un neoconstitucionalismo ideológico, según la terminología de Comanducci<sup>24</sup> y que tanto éxito ha tenido en los escenarios contemporáneos). Es claro que en caso de existir, y tal vez exista, las críticas le lloverían por todos lados. Entonces, afirmando la existencia de un neoconstitucionalismo radical (del que no se cita un autor siquiera) sería fácil clamar la benevolencia del lector para con una postura moderada (pues la moderación se convirtió en un gran valor político); pero al ahondar en la identificación de tales enfurecidos y poco esclarecidos radicales, según las características que de ellos se da, se encuentra que no existen (por lo menos los desconozco), y en caso de existir queda la incertidumbre si no estamos más ante un enemigo inventado o una maniobra simulada para que sea a esa ala independiente del grueso del ejército a los que se dirigirían las salvas de artillería del enemigo, salvando nuestras fuerzas para mejores momentos.

Creo entonces que no hay un autor que, seriamente, plantee que basta un derecho sólo de principios para la resolución de los casos que se ventilan ante los jueces. En el evento más cercano encontré quienes defienden que las reglas deben concretizar los principios superiores so pena de ser expul-

<sup>24</sup> Comanducci, *Formas de...*, cit. Claro está que este autor de Genova consideraría que otra visión radical de la postura sería el neoconstitucionalismo metodológico.

sados del ordenamiento jurídico, pero no veo alguna teoría concreta (la que quizá puede existir en el maremagno de teorías que nos rodea) que considere que podría desecharse, sin más, las reglas, cuyo principal pecado sería el de existir. De esta manera, declararse “moderado” o “débil” cuando no hay ningún radical, o en caso de existir no son conocidos mayormente, es una petición de aclaración.

La visión de Alexy se autocalifica de moderada pues no reniega de las reglas, sino que las considera necesarias tanto para la aplicación de los principios como para la conducción misma del Estado; e igualmente es débil en tanto considera que es posible una aproximación al ideal pero no la fuerza.<sup>25</sup> Por ejemplo, la precedencia de la aplicación de dos principios en pugna se logra finalmente por la creación de una regla de prelación, generalmente judicial, fruto a su vez de una ponderación argumentativa.

Pero, si esto es así, me queda cierta duda sobre la necesidad de la distinción entre principios y reglas si al fin y al cabo se sostiene una conexión necesaria entre ambos niveles, conexión necesaria según el alemán porque el ascenso a los principios se haría fundamentalmente por alguna de estas vías: 1) cuando se esté ante una laguna de reglas (¿incluso las lagunas ideológicas?, creo que fundamentalmente son esas las que llaman al derecho por principios), 2) cuando choquen principios entre sí, o 3) cuando la regla aplicable choca con uno o más principios. No obstante, estas tres respuestas que permitirían el ascenso tienen mucho que aclararse al momento de intentarlas volver realidad: ¿qué lagunas harían que el derecho por principios desplace con su mayor fuerza cualitativa el derecho por reglas? Si se trata de las lagunas ideológicas, que son el grueso de las lagunas y las que tienen mayor posibilidad de ser predicadas —con fuerza, en tanto los prejuicios las guían— en igual número de veces a la posibilidad de existencia de cualquier regla (basta estar en desacuerdo con la respuesta jurídica de una regla para que se incube una laguna ideológica), entonces el derecho por reglas quedaría reducido a la capacidad argumentativa de los operadores jurídicos y, de tal forma, poco interés tendrían para una visión coercitiva propia del Estado. Si se refiere exclusivamente a las lagunas técnicas, pues entramos en suelos pantanosos, pero con el fin de favorecer el debate bien podría aceptarse; no obstante, invito al lector a reflexionar sobre los mecanismos con los que se determinan las lagunas técnicas dentro del sistema jurídico en el

<sup>25</sup> Por demás, ¿cómo puede indicarse que una teoría permite aproximaciones al ideal judicial de uniformidad de las sentencias y de decisiones correctas sino se afirma igualmente como imposible la concreción del ideal? Esto es como señalar el porcentaje que hace falta para conocer lo incognoscible.

mundo de la vida, para darse cuenta de las dificultades de ese puente que fácilmente trazan los constitucionalistas entre la laguna de las reglas con la pertinencia de los principios.

Otra pregunta sería esta: ¿existe algún conflicto jurídico que en el fondo no suponga un debate entre principios jurídicos? Según la forma de hacerse la pregunta sólo hay dos respuestas: sí o no. Quien responda con un no estaría negando una premisa que consiste que detrás de toda regla deberá preexistir un principio que le dé validez y la concrete. Además, considero que todos (esperando ejemplos en contra que me satisfagan) los conflictos jurídicos pueden reducirse a principios en choque o visiones distintas de un principio. Queda así, de esta manera, la puerta para la respuesta positiva.

Entonces, en caso de responderse afirmativamente se tendrían a su vez dos salidas que, igualmente, deben ser aclaradas e hilvanadas con detenimiento: 1) como en todo conflicto jurídico están en juego, mínimamente dos principios o dos visiones de un mismo principio, entonces las reglas ceden ante el juego ponderativo, lo que lleva a la supresión —vía el criterio “moderado”, por inútil— del derecho por reglas en tanto ceden y se inaplican; 2) como en todo conflicto jurídico están en juego mínimamente dos principios o dos visiones de un mismo principio, entonces debe procederse a distinguir los casos en los que se deben de aplicar los principios sin recurrir a las reglas estatales aplicables, de aquellos en los que directamente siguen las reglas estatales. En el primero de estos dos eventos se pasaría, según Alexy, al segundo nivel de su pirámide (siendo así inútil para ese caso las reglas); pero en el segundo evento (el de distinguir los casos) se caería igualmente en la inutilidad de las reglas mismas, puesto que la aplicación de las reglas conlleva a un desplazamiento (en tanto no se consideran) por parte de los principios en juego o a una validación de las reglas con base en los principios, todo lo cual exige una ponderación previa en todos o casi todos los casos, y cualquiera de los dos criterios posibles reduce a la inutilidad ya sea a las reglas o a los principios, esto es, que si se decide aplicar las reglas sin más, pues se desplazó lo que se considera superior (entonces para qué los principios), o si se decide aplicar las reglas porque se consideran validadas a la luz de los principios o simplemente desplazarlas para aplicar principios directamente, lo que exige una ponderación, ya volvió inútil el sistema de reglas pues no se aplicarían en sí mismas sino luego de una ponderación que las valide, lo que es lo mismo que decir que se parte siempre de los principios, cayendo así la visión moderada en la misma visión radical denunciada por el propio Alexy.

En fin, creo que el *moderado* señala discursivamente su gran respeto por las reglas estatales al mismo tiempo que afirma el carácter parcial de las reglas frente al sistema jurídico. Esto lo lleva a presentarse como una persona

respetuosa de la órbita de acción del legislador, pero este respeto es algo que tiene que ir más allá de simplemente decirlo, tal como lo acabamos de ver en el párrafo anterior. Alexy<sup>26</sup> defiende que esa órbita legislativa está definida por la Constitución de manera limitada, para lo cual aporta una serie de ejemplos para confirmar su respeto a la regla, pero los ejemplos son casos donde el propio Tribunal Constitucional alemán ha juzgado esa órbita, inhabilitándola o habilitándola, lo que me lleva a pensar que el autor alemán ratifica la idea del Tribunal Constitucional como un “factor real de poder” constituyente de una constitución real diferente a la de “papel” (siguiendo la terminología de Lassalle),<sup>27</sup> con lo cual la órbita legislativa se ve disminuida por las decisiones del juez constitucional (cosa inevitable en cualquier sistema de *judicial review*) mientras defiende, simultáneamente, el respeto fuerte por la regla legislada. Veamos un caso: Alexy ejemplifica su respeto a las reglas con un caso en el que se da un empate entre las razones para intervenir por parte del legislador con las razones de no intervención, que se resuelve con un juicio del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad o no de dicha intervención.<sup>28</sup> En fin, quien decide la órbita legislativa es el Tribunal Constitucional y, por tanto, esa decisión judicial es la fuente del respeto del *moderado* frente a la regla legislada (surgiendo una paradoja que, por demás, debe ser resuelta si se quiere una teoría clara); ante este estado de cosas, un escéptico de los principios diría que no hay tales empates entre las razones de intervenir o no, sino un querer del tribunal expresado como Constitución.<sup>29</sup> Alexy responde diciendo que sí son posibles tales empates puesto que las escalas de argumentación pueden ser refinadas (aunque no hasta el infinito)<sup>30</sup> lo que permite racionalidad en la decisión y con ello verificar empates argumentativos que justifica la decisión igualmente argumentada del juez constitucional.

<sup>26</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 13-64.

<sup>27</sup> Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Introducción de Franz Mehring, Bogotá, Temis, 1992, pp. 42 y 43.

<sup>28</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 45. Los ejemplos que pone el alemán son decisiones del Tribunal Constitucional sobre la órbita de acción del legislador.

Por demás, recordemos que la ponderación es un ejercicio que, según el alemán, está profundamente reglado (asunto al que coadyuvó la adscripción de estas posturas a la filosofía práctica quien venía trabajando el campo de la argumentación desde hace mucho formalizando sus procedimientos). Esto lleva a expresar de manera lógico formal diversos enunciados que encauzan la actividad ponderativa. Esto hace preguntar: ¿acaso no se cae en un formalismo e incluso dogmatismo en lo que respecta al cómo ponderar justo cuando se quiere atacar el formalismo jurídico decimonónico o “legalismo”?

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 46 y 47.

Sigo con estos ejercicios escépticos ante una teoría y un autor tan relevantes. Según la visión moderada del constitucionalismo, cuando están en choque dos o más principios se exige una ponderación que termina con una regla de precedencia que es la que efectivamente se aplica, o cuando se desea aplicar un principio es necesario acudir a las reglas para establecer tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, por lo cual sólo se aplican reglas al fin y al cabo (esto es otro argumento del alemán para señalar su respeto por las reglas). No obstante, esto llevaría igualmente a una solución que sería extraña con respecto a los enunciados en los párrafos anteriores, pero igualmente serían válidos en esta visión constitucionalista: que la teoría moderada terminaría ratificando el formalismo puesto que con las reglas, según Alexy y no según muchos positivistas del siglo XX, sólo hay un “todo o nada”, y si sólo se aplican reglas ratificadas por los principios al fin y al cabo, entonces todo cabría en el “todo o nada”. Si un juez se aparta de esa regla de precedencia optaría por el “nada” debiendo nuevamente ponderar, pero de esta manera la regla deja de ser vinculante ante el juez (incluso ante cualquier juez, independientemente de quién promulgue la regla de precedencia). Pero si el juez la acepta se produce una reiteración del precedente que con el tiempo se convierte en regla dura, lo que podría generar un nuevo formalismo.

Esto último es el caso generalizado, por lo que se afirma que la teoría de Alexy cae de alguna manera en el formalismo.<sup>31</sup> La ponderación, que termina con una regla de carácter judicial (por demás, ¿es posible una ponderación legal?),<sup>32</sup> es lo más excepcional, por no decir que casi imposible, en el juez de Alexy en la medida que al ser regla judicial se sigue aplicando la regla ya establecida y no hay ponderaciones nuevas (en caso que hayan existido). Alexy, en suma, se quiere ubicar en tesis moderadas, pero esto puede permitir —como ya se dijo— juicios que una vez desarrollados terminarían por declarar la inutilidad de uno de los dos extremos de los que se parte, las reglas o los principios. Ese afán ecléctico es importante políticamente (esto es juicio subjetivo, pues soy defensor de los grises) pero lleva varios defectos en lo académico, pues embiste la claridad que gozan los extremos.

<sup>31</sup> Aspecto que es analizado, pero bajo otros supuestos, por: Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 31-39.

<sup>32</sup> Este aspecto lo tocó Prieto, generando un interesante intercambio de ideas con el autor del presente texto. Según Prieto si bien la ponderación es una tarea especialmente judicial, nada obsta para que el legislador pondere pero ello no puede eliminar la ponderación judicial posterior. Véase Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 146 y 147.

Un ejemplo de esa búsqueda de la tesis moderada está en su “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”,<sup>33</sup> en la que sigue con su línea argumentativa de exponer tesis opuestas (en este caso críticas, al parecer, antagónicas) para escoger una visión moderada entre ambas. Alexy, toma las críticas de Habermas quien duda de la racionalidad en la ponderación, lo que haría que se derrumbara la barrera cortafuegos que son los derechos fundamentales (que Alexy toma ya sin tapujos como concreción de la justicia institucionalizada y como mandatos de optimización)<sup>34</sup> en el discurso jurídico.<sup>35</sup> El otro extremo sería la tesis de Böckenförde quien considera que tomar los derechos fundamentales como principios, y estos como mandatos de optimización, llevaría a una dualidad: el Estado legislativo o liberal de un lado, y el Estado jurisdiccional constitucional del otro. Según este último modelo el principio al ser un mandato de optimización ya contiene en sí mismo cualquier futuro integrante del ordenamiento jurídico,<sup>36</sup> lo que es muy similar a la crítica de Forsthoff de considerar la Constitución como “huevo jurídico originario”<sup>37</sup> es decir, que todo lo que sea derecho ya está definido en la Constitución con lo cual el legislador está atado a ella y a los jueces constitucionales perdiendo su discrecionalidad ante los contenidos implícitos de una Constitución que va más allá del texto escrito (concepto muy de la mano con el de derecho tácito de Santi Romano).

Para tomar esta visión moderada entre ambas posturas (la de “demasiado poco” de Habermas y la de “demasiado” de Böckenförde), Alexy analiza dos teorías antagónicas, la de la Constitución como orden fundamental

<sup>33</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 13-64.

<sup>34</sup> Muy clara para establecer la ruta del pensamiento de Alexy en torno a la justicia, el siguiente texto que reúne una serie de escritos del alemán así como la presentación hecha por el editor: Alexy, Robert, *La institucionalización...*, *cit.*

<sup>35</sup> Concluye Habermas, “Das Verfassungsgericht verwandelt sich dadurch, daß es sich von der Idee der Verwirklichung verfassungsrechtlich vergebener materialer Werte leiten läßt, in eine autoritäre Instanz. Wenn im Kollisionsfall alle Gründe den Charakter von Zielsetzungsargumenten annehmen können, fällt nämlich jene Brandmauer, die mit einem deontologischen Verständnis von Rechtsnormen und grundsätzen in den juristischen Diskurs eingezogen wird... In dem Maße, wie ein Verfassungsgericht die Wertordnungslehre adoptiert und seiner Entscheidungspraxis zugrundelegt, wächst die Gefahr irrationaler Urteile, weil damit funktionalistische auf Kosten normativer Argumente die Oberhand gewinnen”. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, pp. 315 y 316. (En la versión en español: Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 331 y 332; igualmente Botero Bernal, Andrés, “Aproximación al pensar filosófico de Habermas”, *Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB*, núm. 2, 2003, pp. 7-36).

<sup>36</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 16.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 16.

de un lado y como orden marco del otro, para concluir de nuevo —a su manera moderada— que la Constitución que él concibe parte de estos dos modelos, por lo que la Constitución sí establece límites al legislador pero no elimina su discrecionalidad.<sup>38</sup> Para exponer la teoría de la Constitución como marco habla de dos visiones en la relación Constitución y ley, y allí nuevamente plantea la posibilidad de una tercera visión que modere entre ambas.<sup>39</sup> La primera de las visiones sería una meramente procedimental, esto es, que la Constitución fija sólo los procedimientos de creación de la ley, quedando esta última facultada materialmente para hacer cuanto quiera.<sup>40</sup> Al exponer esta primera visión, Alexy considera que los críticos de la teoría de los principios, al señalar que no hay racionalidad posible en la ponderación, permiten que los tribunales constitucionales utilicen esta circunstancia para encubrir el carácter decisionista de sus sentencias lo que generará una sujeción del sistema jurídico a los tribunales<sup>41</sup> recordando así, de alguna manera, las críticas que Schmitt hizo en su momento a Kelsen en el debate sobre el defensor de la Constitución,<sup>42</sup> o las que expone Lambert en sus estudio del caso americano.<sup>43</sup> A esto, podría agregar, que Alexy invita a ima-

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 19-21.

<sup>40</sup> Ante lo cual, mi vena escéptica me hace preguntar: ¿este tipo de constitución estrictamente procedimental ha existido en algún momento por más que Alexy quiera verlo como el modelo liberal? Creo que esta constitución es más un mito construido por los constitucionalistas del XX que una realidad histórica. Los historiadores del derecho bien han recalado modelos constitucionales decimonónicos (especialmente en Estados Unidos y América Latina) con algún sistema de *judicial review*, lo que exige matizar las afirmaciones que quieren ver en la realidad —especialmente en el continente americano— situaciones jurídicas que no se vivieron igual a Europa (al respecto, véase Botero Bernal, Andrés. “Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución”, *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional, núm. 20, septiembre-diciembre de 2007, p. 91-102, y Narváz Hernández, José Ramón, Vacuidad constitucional, apuntes para una historia de la justicia constitucional mexicana, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 05, enero-junio de 2006, p. 197-215).

<sup>41</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Veja, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 57, 62 y 63; en síntesis, afirma que si colocamos la protección de la constitución en el ámbito de la agencia judicial, politizamos la justicia sin judicializar la política: “semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?” (pp. 62 y 63). Para comprender mejor el pensamiento de Schmitt en este punto, hay que advertir que él distingue entre el control constitucional del juez y la defensa de la Constitución, actividad propiamente política. Agradezco a Luis Bandieri por su ayuda para la construcción de la presente nota.

<sup>43</sup> Lambert, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard

ginar mitos de contención frente a la realidad, es decir, cuando se teme una realidad derivada de un deseo concretado, lo mejor es imaginar unos límites frente a esa realidad —como suponer que el juez es, o por lo menos puede ser, racional al ponderar— para no renunciar así al deseo que se concreta, y lo peor es culpar de la llegada de la realidad trágica a quienes no soñaron con él en una contención imaginada.

La segunda visión es la material, según la cual se elimina toda acción legislativa, pues la Constitución es un huevo jurídico originario (agrego que no conozco ejemplo histórico de este modelo lo que me lleva a considerar que Alexy idea sus propios extremos ideales que permitan fácilmente la aceptación de la moderación que él mismo propone). Señala pues que el legislador sí tiene un margen de acción, aunque no nos dice claramente cómo se determina en la constitución invasora —cosa cierta en varios casos de remisión expresa— pero los ejemplos que da son de decisiones del Tribunal Constitucional alemán indicando los grados de intervención del legislativo, por lo cual se vuelve a que el grado de intervención legislativa es determinado por el juez constitucional.

La tercera visión es la que la Constitución confía algunas cosas a la discrecionalidad del legislador y otras no.<sup>44</sup> Esa tercera visión moderada la denomina él como “modelo material-procedimental”.<sup>45</sup> Pero creo que a la larga no es la Constitución sino el juez constitucional quien determina a partir de decisiones político y/o morales qué es material y qué es procedimental en una constitución (llegándose a confundir, si perdemos el rumbo de la crítica analítica, la ideología judicial constitucional con la constitución misma), lo que supone un riesgo extra para el sistema jurídico: la independencia y la autonomía (que no son lo mismo) del Poder Judicial frente a los demás órganos del poder que, al ver tal grado de discrecionalidad en el Tribunal Constitucional, intentarán apropiarse de él mediante el sistema de elección —selección de sus miembros—. Súmese que Alexy, obedeciendo a su contexto político, se preocupa más por explicitar su respeto a las reglas y al legislador en tanto la relación conflictiva base sería legislador-Tribunal Constitucional; pero si contextualizamos en América Latina esta relación conflictiva

& Cie, 1921. Además, Guibourg, Ricardo, "Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2006 (Ponencias de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social), pp. 139 y ss. Guibourg, Ricardo, "Gouvernement, droit et ontologie", en Béchillon, Denys de *et al.* (coords.), *L'Architecture du Droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, París, Economica, 2006, pp. 463 y ss.

<sup>44</sup> Alexy, Robert, "Epílogo a...", *cit.*, p. 21.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, p. 21.



base tenemos que se da más entre el Poder Ejecutivo-Tribunal Constitucional, lo que supone reflexiones algo diversas a las planteadas por el alemán.

Igual moderación procede, como metodología del alemán, cuando él explica la Constitución como orden fundamental, diciendo que hay dos teorías extremas (la cuantitativa que indica que no se confía nada al legislador, y la cualitativa que indica que la Constitución decide los asuntos fundamentales para la comunidad) a las que critica para indicar que participa de una constitución media,<sup>46</sup> pasando a ser así su visión como moderada, la que defiende de la siguiente manera:<sup>47</sup>

Una Constitución puede decidir asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un orden marco. Según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco.

Estos puntos radicales, que bien ataca Alexy para poder así tomar un punto medio, recordando la *mesotés* aristotélica,<sup>48</sup> me lleva a preguntar por la existencia de ejemplos históricos de uno y otro modelo. ¿Existieron Constituciones enteramente fundamentales o enteramente marco? Podría alegarse que Alexy no se refiere a Constituciones radicales sino a teorías de la constitución radicales, por lo que sería inútil la pregunta anterior, por lo que entonces solicitaría ejemplos concretos de tales teorías, por un lado, y que justifique la importancia —en esta hipotética respuesta— de exponer teorías que no tienen algún referente constitucional histórico (cosa que podría suceder si se alega que estamos ante un debate meramente teórico, pero esto supondría rebajar la pretensión de validez de corrección fruto de su modelo constitucional —por ejemplo— que el alemán señala de validez universal más allá de lo meramente teórico). Por último, expongo otro interrogante: me queda el sabor que en esta búsqueda de la moderación lo que Alexy expone es la necesidad de mezclar ambos sistemas (el fundamental y el marco) puesto que los extremos son cuestionables y además —creo— no tienen referente histórico claro. Las Constituciones reales no obedecen a modelos puros,<sup>49</sup> sino que son mezclas necesarias, por lo que es una necesidad que mezcle de ambos modelos radicales entre sí, pero aquí Alexy considera lo necesario como bueno, entonces del ser deriva un deber ser. ¿Estoy en lo correcto?

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 22 y 23.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>48</sup> Véase el libro V (“De la justicia”) de la *Ética Nicomaquea*.

<sup>49</sup> Como bien lo enseñó Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*, traducción de Manuel Martínez Neira, 2a. ed. Madrid, Trotta, 1998.

Siguiendo en el rastreo del afán moderado del alemán, éste pasa en el mismo escrito que comento a enunciar los márgenes de acción estructural del legislador y de la ponderación.<sup>50</sup> Una vez más habla de tres modelos, dos extremos y uno moderado. El primer modelo sería que el legislador tiene un margen para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención o cuando la Constitución señala las razones para intervenir pero no ordena la intervención<sup>51</sup> y el ejemplo que coloca es la norma constitucional de mantenimiento de la flota mercante alemana que queda a potestad del legislador según la interpretación del Tribunal Constitucional alemán.<sup>52</sup> El segundo modelo es dejar al legislador la elección de los medios, especialmente en los deberes de protección, donde la Constitución deja abierta la forma de llevarse a cabo, pero la decisión que se tome está mediada por la ponderación de la eficiencia, eficacia y efectividad de esos medios escogidos, lo que lleva al tercer modelo, el margen de ponderación, que será el moderado según el alemán.

Al exponer este tercer modelo, Alexy empieza explicando la crítica que se ha hecho a la ponderación de que ésta establece un punto máximo, lo que conlleva a creer en la decisión única correcta como el ideal de aplicación de los principios.<sup>53</sup> Pero esto lleva a preguntarnos por la proporcionalidad que es la clave de la optimización de los principios.<sup>54</sup> Dice Alexy que el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios (idoneidad, necesidad —estos dos frente a las posibilidades fácticas— y proporcionalidad en sentido estricto —frente a las posibilidades jurídicas—) no permiten considerar un punto máximo,<sup>55</sup> por lo cual la crítica antes explicada se cae por su propio peso. Pone a continuación ejemplos de ponderación del Tribunal Constitucional en la que se juzga los medios para salvaguardar principios<sup>56</sup> y cómo el Tribunal Constitucional ha considerado los medios escogidos por el legislador luego de ponderaciones que ha hecho, con los cuales afirma que no se niega la discrecionalidad legislativa, sino que se pone un margen (¿no será

<sup>50</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, pp. 23y ss.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 23. Caso por demás interesante, pues no estamos ante un derecho fundamental aunque sí un principio constitucional, lo que hace que las premisas del ejemplo dado no coincidan del todo con la teoría que se quería ejemplificar.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 26. Alexy piensa que quienes critican la ponderación —por creerla un punto máximo de aplicación — critican en verdad —y sólo— a Dworkin por su teoría de la unidad de la decisión correcta.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 28-30.

en verdad una limitación política-moral, más que jurídica<sup>57</sup>). Aquí vuelve a tomar la crítica de Habermas y señala que sí hay criterios de racionalidad en la ponderación<sup>57</sup> pero de manera moderada —una vez más se vuelve con esta palabra clave—:<sup>58</sup>

Con ello, todo confluye a la tesis moderada. Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada.

Y luego afirma que “hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras”,<sup>59</sup> por lo cual, sí hay límites a la actividad ponderativa del juez (que, agregó, es la que, al fin y al cabo, determina el margen de acción del legislador), por lo cual responde a la crítica de Habermas, quien considera que, por la falta de racionalidad en la argumentación, la ponderación caerá de forma arbitraria o irreflexiva en los estándares y en las jerarquías a los que se está acostumbrado.<sup>60</sup>

Alexy vuelve y se defiende: si los jueces constitucionales se ciñen al precedente sin la corrección se caería en lo que dice Habermas, pero si hay argumentación no habría tal arbitrariedad, pues los argumentos son reflexiones.<sup>61</sup> Entonces, siendo la “intensidad de la intervención” del legislador un límite de la ponderación, no habrá necesariamente una arbitrariedad.<sup>62</sup> Ahora, frente a tal juego de moderación, mi escepticismo me lleva a preguntar, entre otras cosas: si se acepta la posibilidad de arbitrariedad, o por lo menos de irreflexión, ya se está aceptando la crítica; entonces ¿cómo encauzar al juez constitucional para que no siempre acate el precedente judicial, evitando así la arbitrariedad, si el precedente es, justamente, un límite de la ponderación y un mecanismo de control judicial y de seguridad jurídica defendida, entre otros, por los (neo)constitucionalistas? Podría responderse:

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>60</sup> Habermas, *Facticidad y...*, *cit.*, pp. 281 y 332. Bernal, por su parte, defiende la racionalidad de la ponderación, aunque acepta que tiene límites. Bernal, *El neoconstitucionalismo...*, *cit.*, p. 54-57.

<sup>61</sup> Alexy, “Prólogo a...”, *cit.*, p. 37. Es importante aclarar que nos referimos al juez constitucional (amparo, acción de inconstitucionalidad, etcétera), no a la función judicial ordinaria.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 37.

pues con la corrección que supone una ponderación, pero esto nos llevaría a un círculo vicioso de ponderación sobre ponderación, agravado por el hecho de que se aceptan los riesgos de arbitrariedad en ciertas ponderaciones (independientemente que sean las primeras o las últimas en el círculo vicioso)<sup>63</sup>, a la vez que se pone de manifiesto una fe en que el argumento es una reflexión correcta. Entonces, los defensores del modelo del que ahora sospechamos dirían: es que hay ponderaciones correctas (razonables en tanto argumentadas) e incorrectas (arbitrarias), pero pregunto: ¿cómo se determina la corrección o incorrección de un ciclo argumentativo —como la del juez que se aparta de un precedente— sobre otro ciclo argumentativo —expuesto en el precedente rechazado—? ¿Acaso se rechaza un precedente porque no estaba argumentado? Sería mejor decir que se rechaza un precedente porque no está *bien* argumentado. Así, la corrección de una ponderación no se basa en si fue o no argumentada, sino en la calidad de los argumentos utilizados, lo que desvía la atención del criterio de corrección: éste ya no se basa en si existió o no argumentación sino en un criterio de validación (y por tanto superior) de los argumentos esgrimidos. ¿Pero cuál es ese criterio? Tal vez, la respuesta más sensata sería que el criterio para determinar lo correcto o lo incorrecto no es más que una preferencia político-moral del juez o, en el mejor de los casos, y a pesar de sus peligros, de la cultura en la que desenvuelve el juez. Sin embargo, ¡qué riesgo someterse a los prejuicios de quien considera que éstos son mandatos constitucionales!<sup>64</sup>

En fin, el ánimo *moderado* que tanto anima a Alexy me genera cierto escepticismo en cuanto los efectos de su teoría, que bien deben ser aclarados

<sup>63</sup> Obsérvese que el riesgo de una ponderación constitucional incorrecta no es exclusiva de los fallos constitucionales que no son tomados en cuenta por otros jueces, ya sea porque los eliminaron del mundo jurídico (el caso de un juez superior que deroga la sentencia del inferior, vía apelación) o porque consideran que el precedente judicial no les es aplicable. Incluso, puede ser que la ponderación que deroga (en la apelación, por ejemplo) o inaplica una ponderación anterior, sea justo la incorrecta, y la derogada o inaplicada la correcta, según los criterios de Alexy. Esto agrava el panorama político de la teoría.

<sup>64</sup> Concluyendo, Alexy acepta que la ponderación tiene sus límites y que no garantiza una perfecta objetividad en las decisiones judiciales. Ahora bien, aceptar que la ponderación no siempre es racional no significa que toda ponderación es irracional (al respecto: Bernal, *El neoconstitucionalismo...*, cit., p. 57). Esto lleva a otra pregunta: ¿cuál es el criterio de validación de una ponderación para afirmar su racionalidad y su corrección? No puede negarse que los neoconstitucionalistas han trabajado fuertemente en diferentes modelos que, en caso de ser aplicados según lo establecido por sus autores, darían la mayor objetividad posible a la ponderación; empero, ¿estas construcciones logran expandirse entre los agentes que ponderan en lo real/cotidiano?, ¿son expresión de lo ideal o expresión de lo posible dentro de lo deseado?, ¿fueron construidas de cara a los agentes que ponderan? En el fondo, esas construcciones mantienen su unidad en torno a una elección político-moral previa.

si lo que se quiere es una teoría conceptualmente coherente y posible (recordando que lo posible no es igual a lo deseado).

### 3. *Las precedencias prima facie: jerarquías camufladas entre los principios?*

Otro aspecto, fruto de mi escepticismo, es el atinente a las precedencias *prima facie* que, según Alexy, no constituyen una jerarquía de principios (puesto que de aceptarse tendría que rechazarse el pluralismo como base de la democracia —recuérdese la ya muy citada, aunque creo que algo exagerada crítica de Hartmann<sup>65</sup> a la tiranía de los valores tan aludida por Zagrebelsky,<sup>66</sup> Alexy,<sup>67</sup> etcétera; siendo una notable excepción Valencia

<sup>65</sup> Valencia resume esta teoría con sus implicaciones contemporáneas: “La pluralidad de los principios y de los valores, a los que las Constituciones, remiten, es la otra razón, que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora tiranía del valor esencialmente destructiva. Y este riesgo también es predicable del que aparece como el más elevado de los valores, la justicia entendida en modo abstracto: Existe un fanatismo de la justicia (*fiat justitia, pereat mundus*), que ofende no sólo al amor, por no hablar del amor al prójimo, sino también a todos los valores superiores y que se confunde con el valor de la muerte y de la destrucción”. Valencia Restrepo, Hernán. *Nomóárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, 4a. ed., Medellín, Comlibros, 2007, p. 145. Se refiere al siguiente texto de Hartmann: “*So gibt es einen Fanatismus der Gerechtigkeit (fiat justitia pereat mundus), der keineswegs bloß der Liebe, geschweige denn bloß der Nächstenliebe, ins Gesicht schlägt, sondern schlechterdings allen höheren Werten*” Hartmann, Nicolai, *Ethik*. 4., unveränderte Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1962, p. 576. Ahora, creo que la famosa distinción de Hartmann ha sido llevada muy lejos y más allá de la intención expresa en su obra, queriendo deducirse de su llamado de atención sobre la vinculación de los valores con el fanatismo, una negación de valores superiores al interior de una comunidad democrática. Otra crítica a Hartmann (en el sentido que todo valor debe estar acompañado por una acción que los haga valer), en Schmitt, Carl, “La tirannia dei valori”, *Rassegna di Diritto Pubblico*, núm. 1, año XXV, 1970, pp. 16-20.

<sup>66</sup> “La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten es la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una “jerarquía de valores”. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad” Zagrebelsky, *El derecho...*, *cit.*, p. 124.

<sup>67</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 154 y 155, denuncia la tiranía del valor (es decir, critica la concepción que habla de valores superiores y por ende de principios supremos). Sin embargo, defiende la existencia de seis principios básicos de la ley fundamental alemana (que serían —por la recepción que se hace de este autor— los mismos *mutatis mutandis* para todas las Constituciones de los Estados democráticos contemporáneos). Alexy, Robert, *El concepto...*, *cit.*, p. 81.

quien sigue hablando de una jerarquía interprincipios—,<sup>68</sup> en la medida que el operador —especialmente el juez— puede apartarse de esta precedencia mediante la argumentación-ponderación, pero esto llevaría a considerar que si esa precedencia *prima facie* está consagrada en la Constitución (por ejemplo el artículo 44 de la Constitución colombiana), entonces hay reglas constitucionales que son meras normas dispositivas frente al juez, o lo que es lo mismo que hay reglas constitucionales que en momentos determinados el juez puede inaplicar para hacer prevalecer principios constitucionales. Entonces, en casos concretos es posible que una norma constitucional sea inconstitucional si se afirma que las precedencias *prima facie* no son jerarquías entre principios, sino precedencias ante las cuales el juez puede opinar y argumentar en contrario. Esto es hilar muy delgado, tanto que así se pretende diferenciar una *jerarquía* de una *precedencia*. Concluyendo, en el fondo creo que hay un miedo a aceptar jerarquías entre los principios y rechazarlas lleva a juicios temerarios como el anterior; jerarquías que, quiérase o no, son más comunes de lo que nos gustaría aceptar.<sup>69</sup>

Por otro lado, aquí cabría una crítica muy conocida sobre los órganos de cierre. Si alguien acepta que las reglas pueden ser inaplicadas, ora porque violan la constitución, ora porque son injustas (recuérdese el famoso axioma: una regla injusta no es derecho), debería concluir que la regla establecida por una alta corte (como sería el Tribunal Constitucional) fruto de una ponderación puede ser inaplicada por un juez inferior, ora porque este último la crea inconstitucional ora porque la crea injusta. Esto conllevaría a que las interpretaciones constitucionales del órgano de cierre no serían definitivas puesto que un juez, argumentando, podría apartarse de la decisión del superior, reactivando la controversia constitucional e incluso la casacional dependiendo del caso. Este dilema tiene, mínimamente, dos salidas: una es aceptar esta incertidumbre como un mal menor, otra es rechazarlo por la inseguridad que genera. Pero para rechazar tal dilema habría que argüir que lo que diga un tribunal de cierre sobre la Constitución es la misma Constitución (lo que supondría aceptar, sin tapujos, que las ideologías

<sup>68</sup> Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999, pp. 117 y 118. Existe una tercera edición de esta obra, en la que el autor se sostiene en la jerarquía entre principios.

<sup>69</sup> Observando los imaginarios sociales y las representaciones colectivas que sobre el derecho se tiene, encuentro que la justicia es considerado como el valor social superior. Entonces, si se sostiene que el derecho está inmerso en lo social, importa mucho lo que la sociedad concibe e imagina por derecho. Al respecto, véase Botero Bernal, Andrés, “La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia”, *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, núm. 23, 2005, pp. 29-68.

judiciales de turno del tribunal de cierre constituyen la norma superior, con todas las críticas que a esto pueda formularse) o que la propia Constitución ordena que estas reglas judiciales sean definitivas (lo que supondría aceptar que hay reglas absolutas no sometidas al “todo o nada” —pues en este caso siempre serían “todo” al no poder ser inaplicadas salvo por el propio tribunal de cierre— y que conllevan el mismo riesgo político que justificó inicialmente la lucha contra la absolutez del derecho legislado: ¿qué hacer si esas reglas judiciales —por alguna circunstancia del destino— chocan fuertemente con la moral pública y los derechos humanos?).

#### 4. ¿Una teoría procedimental sobre contenidos mínimos universales?

Ahora pasaré al tema del procedimiento. Bien lo aclaró Alexy que su teoría es procedimental en lo que respecta a la razón práctica, pero ello no le obstaculiza para afirmar la existencia de contenidos universales, por lo menos en cuanto su vigencia, en lo que respecta a los principios. Me refiero al tema de los derechos humanos, asunto que él y sus estudiosos han tenido que aceptar:

La institucionalización de la moral y la corrección implica la institucionalización de la justicia, y ésta implica la institucionalización de los derechos humanos básicos [...] El mínimo moral, de corrección o de justicia que ha de existir en cualquier derecho son los derechos humanos básicos [...] El mínimo de justicia integrado por los derechos humanos básicos tiene carácter y validez universal.<sup>70</sup>

Podría afirmarse que la existencia de contenidos de validez universal entre los principios no impide pensar en un tercer nivel estrictamente procedimental, pero esto me lleva a dos preguntas: ¿Esto no es una nueva forma de presentar una supuesta neutralidad —especialmente política y cultural— de una teoría

<sup>70</sup> Seoane, José Antonio, “Presentación”, en Alexy, *La institucionalización...*, cit., pp. 8 y 9. Esto a pesar que en Alexy señaló en el capítulo ya aludido del libro “El concepto y la validez del derecho” que la dimensión de validez es propio del derecho por reglas (Alexy, *El concepto...*, cit., p. 164). Ahora, las afirmaciones hechas por Seoane exponiendo los textos que hacen parte de esa edición que él dirigió, son importantes pues reflejan especialmente la doctrina que pervive en los alexyanos. La lectura de Seoane es cercana al siguiente texto: Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica? ”, *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2008. pp. 11-24. Sintetizando, el alemán sostiene, en este último trabajo, que los derechos humanos son universales, fundamentales, abstractos, morales y válidos jurídicamente.

de gobernanza<sup>71</sup> de lo jurídico, cuando en verdad no es más que el reflejo de una postura política y moral muy concreta? Aclaro la pregunta para evitar malentendidos. Parto del hecho de que, para aceptar esta tesis, es necesario antes compartir un criterio político concreto (llamémoslo, si se quiere, ser defensor del Estado social y democrático de derecho) que a su vez es profundamente eurocéntrico (y de alguna menor medida occidental). Entonces, las tesis procedimentales para la gobernanza práctica (en sus dos sentidos: de razón y de realización) del derecho son presentadas como una supuesta neutralidad ante los contenidos cuando para hacer tal afirmación se requiere justo lo contrario: considerar ciertos contenidos como mínimos por un deseo político y moral concreto. En fin, no aprendimos de los críticos de Kelsen en torno a la pretendida neutralidad de una norma básica.

La segunda pregunta que me hago tiene que ver con si el procedimiento tiene límites materiales. En un sentido, observando el procedimiento sin tener en cuenta las premisas con las que éste se aplicará, la respuesta sería un no; pero en otro sentido, observando el procedimiento atendiendo las premisas sobre las que se aplicará, tendremos un sí como respuesta. El procedimiento se limita por las premisas con las que se puede jugar, y éstas (o por lo menos un bueno grupo de ellas) están circunscritas a unos mínimos: los derechos humanos.

Esto opera igualmente ya no sólo en lo que respecta a los contenidos mínimos sino a la necesidad de juicios a priori y abstractos al momento de aplicar principios. Es importante señalar que Alexy acepta que hay pesos abstractos y concretos, por lo cual no todo es concreticidad en el choque entre principios, y coloca un ejemplo de choque entre el derecho a la vida y la libertad personal, diciendo que se trata de pesos abstractos siempre a favor de la vida.<sup>72</sup> Pero esto, en mi actitud escéptica, me remite a lo siguiente: si hay aplicaciones por fuera de lo concreto en la teoría de Alexy, a pesar que bien se predica en el neoconstitucionalismo su concreción como una característica del derecho por principios (Alexy prefiere el término práctico); en fin, cómo afirmar que los principios son prácticos (concretos), a pesar de ser de validez universal, con contenidos mínimos, regidos por una razón práctica procedimental y que admiten pesos abstractos.

<sup>71</sup> El *Diccionario de la Lengua Española* prefiere el término gobernanza, pero en varios países latinoamericanos ya ha hecho carrera el concepto de gobernanca. Véase Grun, Ernesto, “Algunas observaciones —desde la sistémica y la cibernética— sobre gobernanca y gobernabilidad de los Estados”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2005-2006; <http://www.filosofayderecho.com/rtd/n9.html> (consultada el 7 de abril de 2008).

<sup>72</sup> Alexy, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 38.



### 5. *Una nueva pirámide y la pregunta por su norma base*

A pesar de la reticencia a hablar de la pirámide para designar un sistema jurídico, por las implicaciones positivistas que tuvo la metáfora arquitectónica de Merkl, en esta obra bien podría explicarse con la misma metáfora<sup>73</sup>. Una pirámide de tres niveles y, por lo menos, con subniveles dentro de la primera de ellas (que coincidirían con los escalones planteados por los kelsenianos al analizar un sistema jurídico concreto). De la misma manera, el escalón superior es el fundamento del escalón inferior a la vez que por esa necesidad de fundamentación (agregada ahora la de corrección) es que se justifica su existencia. La importancia de este texto en concreto es que plantea no sólo dos niveles de la nueva pirámide (como la pirámide de dos pedaños de Zagrebelsky en su texto *diritto mite*),<sup>74</sup> sino una de tres pisos, lo que en fin exime la pregunta del fundamento de los principios que tantos ahogos ha causado a los neoconstitucionalistas en sus encuentros con los analíticos.<sup>75</sup> Pero la pregunta del fundamento de los principios, trasladada ahora en la pirámide de Alexy al de la razón práctica, encuentra su solución, a mi modo de ver, en un acto de voluntad política que creo es la adscripción a

<sup>73</sup> Por demás, existe un excelente trabajo sobre las metáforas arquitectónicas en el derecho. Cfr. Narváez Hernández, José Ramón, “Arquitectura jurídica. Certeza y seguridad en el derecho”, *Ambiente Jurídico*, núm. 10, 2008; pp. 15-42.

<sup>74</sup> El sistema bidimensional de Zagrebelsky ha recibido algunas objeciones (¿precisiones?) muy cercanas a las que ahora propongo. Peces Barba, por ejemplo, ha señalado la visión restringida que del positivismo tiene el italiano, así como la creencia que aquél tiene de que el fundamento de los derechos humanos radica en el pensamiento humanista católico, creyendo el español que ha sido mayor la fundamentación política que ha aportado el socialismo democrático. Véase Peces-Barba, Gregorio, “Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en Zagrebelsky, *El derecho...*, *cit.*, p. 157-173.

<sup>75</sup> Por el ejemplo el ya famoso debate entre Bulygin y Alexy en torno a la pretensión de corrección y la relación conceptual entre moral y derecho. Alexy, R. Y Bulygin, E. La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral. Traducción e introducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Es importante señalar que Gaido (Universidad de Córdoba, Argentina) considera que el debate entre estos académicos se debe a que no hay acuerdo acerca de lo que cada uno entiende por “conceptual” al momento de preguntarse por la “relación conceptual entre derecho y moral”; empero, creo que las diferencias entre ambos contrincantes va mucho más allá de este aspecto. Ahora, el propio Alexy, constantemente, alude a ese debate que lo motivó a hacer diversas apreciaciones, por ejemplo: Alexy, Robert, “Derecho y corrección”, en Alexy, *La institucionalización...*, *cit.*, p. 37-42.

Otro momento de este interesante debate está recogido en: Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2008, pp. 103-110 y Bulygin, Eugenio, “Robert Alexy y el concepto de derecho”, *Ideas y Derecho: Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2008, pp. 245-255.

un sistema político-moral concreto, al que todos llaman “el Estado social y democrático de derecho” aunque no estoy muy seguro que todos entiendan lo mismo por este concepto.

Un neoconstitucionalista no aceptaría fácilmente este fundamento político-moral de la nueva pirámide jurídica, pues preferiría hablar de algo más objetivo, como sería reconocer, según él, la fuerza superior de los principios y la universalidad de los derechos fundamentales, ante los cuales sólo queda una resignación (en el peor de los casos entre los neoconstitucionalistas) o una ratificación (para los más fervientes defensores del modelo) del fundamento último de la nueva pirámide. Pero para mí tal solución no deja de ser una materialización de un ideal político-moral, es decir, un intento de volver realidad un deseo; el que dicho deseo sea justificable o no para mí, como ciudadano, es otra cosa. Entonces, el fundamento del edificio jurídico, como sistema, es una decisión político-moral con fuerte arraigo, como toda decisión político-moral, en una cultura ideada e idealizada.

## 6. *Una moral institucionalizada y unos contenidos mínimos universales*

Al igual que Peces-Barba,<sup>76</sup> Alexy cree que el positivismo no puede aceptar que la moral sea por sí misma jurídica. Se necesita una moral positivizada por medio de ciertos instrumentos democráticos, con lo cual se produce un derecho corregido. Esa moral positivizada (según el español) o la justicia institucionalizada (para el alemán), se traduce mínimamente en los derechos humanos que a su vez se expresan en la Constitución, lo que explica la hipercentralidad de ésta en el derecho contemporáneo (algo que Guastini llamaría la Constitución invasora).<sup>77</sup> Empero, estos contenidos mínimos de la moral positivizada o de la justicia institucionalizada son regidos en cuanto su aplicación por una razón práctica procedimental.<sup>78</sup> Ahora:

<sup>76</sup> Peces-Barba, “Epílogo a...”, *cit.*

<sup>77</sup> Guastini, Riccardo, La “«constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 49-73 (especialmente p. 49). Igualmente en: Comanducci, *Formas de...*, *cit.*, p. 83.

<sup>78</sup> Para Peces-Barba la moralidad positivizada es procedimental y es una creación de la razón humana a lo largo de la historia. ¿Razón humana? ¿Los actos de voluntad, las revoluciones, etc., son también fruto de la razón humana? Este concepto es peligroso, pues puede remitir, volviendo las palabras que él usó contra Zagrebelsky (Peces-Barba, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 169) a que los juristas fuercen las cosas para quedar bien con sus conciencias, en este caso los racionalistas. Pero además, ¿Puede ser procedimental? ¿No hay juicios con contenido en lo que se cree debe ser una democracia? No es sólo procedimental. Claro está que el español parece indicar que procedimental es que deje amplio espacio a las éticas privadas para decidir el libre camino o proyecto de vida, pero esto es confundir términos, pues incluso

¿esto no es acomodar a la fuerza un cubo para que entre en un espacio reservado a un triángulo? Esto me lleva a dos interrogantes: ¿Es posible la formulación de una teoría de la razón práctica netamente procedimental alegando al mismo tiempo límites de contenido en cuanto a lo que puede ser aplicado? A esto agrego: ¿No es contradictorio afirmar la existencia de una justicia institucionalizada que remite a cierto relativismo con la afirmación de que la justicia al institucionalizarse se concreta necesariamente en los derechos humanos a un punto tal de considerarlos como un mínimo con validez universal? Si se concibe el punto de conexión entre la moral y el derecho en una justicia institucionalizada en la Constitución, bastaría una reforma constitucional para modificarse automáticamente la justicia reclamada por el derecho, pero esto sería muy riesgoso de aceptar para alguien cuyo país conoció las penurias del nacional socialismo, por lo que se dirá (por ser políticamente adecuado)<sup>79</sup> que el tema de los derechos humanos es un mínimo intangible en la institucionalización de la justicia, pero ello no deja de ser inquietante pues, a mi modo de ver, es un paso indebido entre dos juicios que se han presentado como conexos.

Esto igualmente me intriga en torno a las formas en que la moralidad entra a institucionalizarse en el derecho, a pesar que ya se dijo que hay ciertos aspectos que se entiende no entraron sino que siempre estarán allí: los derechos humanos. Estas posturas serían proclives a pensar que la moralidad se positivizará (según el español) o que la justicia se institucionalizará (para el alemán) fundamentalmente por la legalidad —en sentido amplio— o por medio de la judicatura. Pero creo que no sólo por este medio, pues las representaciones colectivas, del que el juez es uno de los muchos que de ella hace parte, imponen criterios de identificación del derecho que muchas veces son morales reaccionarias. No se limita al legislador o al juez para que algo sea derecho, pues esto sería negarle el carácter de vinculatoriedad a la visión social. No se puede creer que sólo haya derecho cuando se acude al juez para que encauce un conflicto, o cuando se acude a la ley, a la que ya

ya esto es una opción sustantiva. Peces-Barba cree que la moral positivizada no degenera en un positivismo ideológico porque esta moral no es creada por el Estado. ¿Puede una moral no ser transformada al momento de ser positivizada? Todo acto de positivización implica actos políticos, en este caso estatales, por ejemplo al definir los contenidos normativos de un principio constitucional como si fuera moral, o cuando el constituyente (que nunca ha sido el pueblo) determina una orientación u otra de dicha moral.

<sup>79</sup> Es por ello que, como ciudadano, aplaudo todo discurso político que le recuerda al poder estatal (máxime cuando éste está en una lucha —a veces más simbólica que necesaria— en contra de un terrorismo malamente definido). Pero lo deseado en un rol no implica la validez de la afirmación, mucho menos cuando se trata ya no de actuar cívicamente sino respetando las tradiciones del discurso científico que exigen coherencia.

poco acceso tiene el ciudadano, para que ésta actúe con sus propias representaciones salvo ciertos momentos de *refrescar* la representación, acudiendo, por ejemplo, al asesor jurídico. En fin, faltó pensar en el neoconstitucionalismo las ideologías judiciales, así como el pluralismo jurídico que escapa al juez, pero que son determinantes al momento de decidir qué es derecho.

Para finalizar este punto, quisiera apropiarme de una crítica que Kelsen le hiciera a Hold-Ferneck,<sup>80</sup> para trasladar *mutatis mutandi* a Alexy. Si es aconsejable la conexión necesaria entre moral y derecho (en el caso de Hold-Ferneck era por medio de la consideración de que el derecho conduce a una paz y una seguridad, que impide visiones netamente formalistas y sin contenido de lo jurídico) que evitaría ciertas desgracias como, por ejemplo, la prohibición estatal a los padres de sostener a sus hijos, ¿por qué no se corregiría igualmente la obligación de los ciudadanos de dar su vida en ciertos casos, como en la guerra, o la del celibato (que va en contra de la naturaleza) a los miembros de ciertas religiones según sus propios sistemas jurídicos? Creo que Kelsen pretende cuestionar a los que pregonan la conexión necesaria puesto que ellos critican ciertas conductas inmorales dentro del derecho, pero que habría otras conductas igualmente atentatorias contra los mismos principios morales por ellos defendidos que no generan tanto repudio y que por tanto se aceptan sin mayor debate en la comunidad política como lo son los casos de la guerra en el derecho público y del celibato en el derecho eclesiástico. Sin embargo, ¿acaso la vida no es, para los defensores de la conexión necesaria, el bien superior ante el cual el Estado está limitado? Si es así, entonces, ¿cómo el Estado puede declarar una guerra (incluso la defensiva) en la que morirán sus súbditos y cómo se atreve a castigar a quién pregonan la superioridad del derecho a su vida sobre el derecho del Estado a declarar la guerra? ¿Será que el Estado es superior al individuo en momentos excepcionales, y por salvaguardar una mayoría (el común de los habitantes de un país) puede obligar a una minoría (los soldados en el frente) a asumir gravísimos riesgos? ¿Empero, las guerras defensivas se hacen para salvaguardar una mayoría del aniquilamiento o son para la defensa de ciertas instituciones políticas que se ven atacadas? Creo más en lo segundo, por lo tanto, se exigen riesgos inmensos a los individuos para la defensa de instituciones políticas controladas por determinadas élites; lo que me pare-

<sup>80</sup> Tomado de Kelsen, Hans. "Lo Stato come superuomo: Una risposta (1926)". en Kelsen, Hans y Hold-Ferneck, Alexander, *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna, A cura di Antonino Scalone*, Turín, G. Giappichelli editor, 2002. pp. 124 y 125.

cería inconstitucional desde una mirada que considere los derechos humanos como valores universales y justicia institucionalizada.<sup>81</sup>

O peor aún, siguiendo a Kelsen, ¿puede el derecho (eclesiástico) prohibir a alguno de sus miembros tener relaciones sexuales siendo esto algo para lo que estamos impulsados por nuestra condición biológica transgrediendo así no sólo impulsos naturales sino además la libertad del individuo? ¿Acaso el individuo puede renunciar a su libertad? ¿No podrá exigir ser miembro de un sacerdocio pero con libertad en cuanto su intimidad? En fin, ¿serían inconstitucionales, por violar derechos humanos y por ende el concepto de justicia institucionalizada, toda guerra y toda exigencia del celibato? Seguro el profesor de Kiel tendrá respuesta a estas preguntas, las que deseo oír y reflexionar sobre ellas.

### *7. Una vuelta al antiguo régimen o una reconstrucción con algunas de sus características*

Observo en Alexy, Zagrebelsky y otros neoconstitucionalistas, una desconfianza (muchas veces pertinente si se tiene en cuenta la historia política de sus países) con el Estado y, por ende, con su derecho, desconfianza que explico más con base en las experiencias histórico-políticas de sus autores, las cuales les llevan a proponer visiones muy cercanas (¿por pura coincidencia?) con la premodernidad, esto es, con el Antiguo Régimen. Esto no es sólo en el campo del derecho, se enlaza perfectamente con las propuestas políticas que se derivan de una nueva historia del derecho que, especialmente anclada en Italia (Firenze, por ejemplo) y España (más mesurada, pero con centros en Madrid y Sevilla), desmitifica el papel del Estado y su

<sup>81</sup> He pensado las formas como un neoconstitucionalista podría aceptar enviar a un grupo de seres humanos a la guerra. Una de ellas sería la ponderación: pesa más la defensa del Estado social y democrático de derecho que la vida de ciertos individuos. Pero quien razone así tendrá que aceptar que en casos excepcionales el Estado (por lo menos el Estado constitucional) prevalece sobre la vida humana y que los Estados no constitucionales (es decir, los que no son Estados sociales y democráticos de derecho) no tienen derecho a la guerra (ni siquiera defensiva). Bueno, entonces podría ser que en ciertos casos los Estados en general tienen derecho a enviar a una probable muerte a seres humanos si son atacados, pero esto deja intacta una de las conclusiones que señalé en la frase anterior (que en ciertas circunstancias pesa más el Estado que la vida humana). Otra forma sería la de señalar que los Estados tienen derecho a obligar a una minoría ir a la guerra, donde podrán morir, si se trata de una guerra defensiva en la que esté en juego la población. No obstante, ¿si no está en juego la población en general sino la supervivencia de ciertas instituciones sociopolíticas? Las guerras de exterminio no son tan comunes como las guerras que pretenden modificar las instituciones socio-políticas del invadido. En fin, cada respuesta que se dé debe ser solventada con detención.

derecho, críticos con el código, sugiriendo reivindicaciones del Antiguo Régimen, de un Estado limitado (¿pero hemos tenido ese Estado-legicentrista leviatánico europeo en América Latina?),<sup>82</sup> etcétera.

¿Será coincidencia la fuerte reivindicación que Zagrebelsky<sup>83</sup> hace del humanismo cristiano y de la Iglesia, en el mismo sentido que Grossi<sup>84</sup> del ordenamiento jurídico medieval?, ¿Qué decir de la propuesta de Alexy de una ponderación que en mucho recuerda la ruda equidad medieval o su adhesión a la tesis que la ley en extremo injusta no es derecho<sup>85</sup> que era un axioma presente en el iusnaturalismo (por ejemplo el escolástico)?<sup>86</sup>

<sup>82</sup> La desconfianza frente al Estado depende de la forma que tomó en cada lugar ese Estado. Dado que no existió una única forma de Estado, las críticas contra el Estado no pueden generalizarse de un país al otro. Nosotros no tuvimos el Estado del que tanto desconfían Alexy, Zagrebelsky y Grossi, entre otros; pero esto no quiere decir que la forma en que el Estado latinoamericano se presentó en el mundo de lo real/cotidiano hubiese sido la mejor. Por ejemplo: uno de nuestros problemas no fue tanto un legislador omnipotente sino un caudillismo disfrazado de poder ejecutivo. Por tanto, las críticas que se formulan al Estado europeo no necesariamente encajan en América Latina.

<sup>83</sup> Zagrebelsky, *El derecho...*, cit.

<sup>84</sup> Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

<sup>85</sup> Alexy opina, siguiendo una larga tradición de autores, que la injusticia extrema no es derecho. Esto le permite concluir que la moral está necesariamente incluida en el derecho. Véase Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Carlos Bernal, Madrid, Marcial Pons, 2008. pp. 47-49. Igualmente: Alexy, *La naturaleza de los argumentos...*, cit., pp. 69-71. Esta idea se reitera en muchos textos del alemán.

<sup>86</sup> Sobre la función política de este axioma escolástico (aunque presente en cualquier iusnaturalismo) como control político en el antiguo régimen García Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, García Gallo, Alfonso, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972. pp. 206-209. Es llamativo lo cercano de los efectos y del procedimiento de suspensión de la norma injusta que los jueces del Antiguo Régimen hacían (por ejemplo con la figura del “obedece pero no se cumple”), con los efectos y el procedimiento de inaplicación de una regla que choque con uno o más principios que ahora defienden varias escuelas neoconstitucionalistas.

Por su parte, Bernal señala que Alexy, en lo que respecta a las relaciones entre moral y derecho, retoma las banderas del derecho natural escolástico pero sin llegar a considerar al derecho natural como algo atemporal e inmutable (Bernal Pulido, Carlos, “Estudio introductorio”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Carlos Bernal, Madrid, Marcial Pons, 2008. p. 28). Se trataría pues, según nuestro criterio, de un nuevo iusnaturalismo. Claro está que las relaciones entre el iusnaturalismo aristotélico-tomista y el neoconstitucionalismo distan mucho de ser claras, en la medida que muchas vertientes del neoconstitucionalismo las niegan (verbigracia Zagrebelsky, *El derecho...*, cit., p. 115), y varios estudiosos establecen diferenciaciones entre ambas (Cruz, Luis María, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005. Cruz, Luis María, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006; Saldaña Serrano, Javier, “La falacia naturalista: respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de J. Finnis y M. Beuchot”, *Problema: Anuario de Filosofía*

Las preguntas anteriores merecen una introducción. El texto *L'ordine giuridico medievale*, de Grossi, tiene un fuerte componente político, en lo que respecta a su crítica al Estado moderno. La escuela que él dirige se ha caracterizado por continuar con esta línea ya trazada por el maestro. Empero, el propio Grossi ha dejado en claro que no hace apología filomedieval en este libro, sino que lo que hace es una reconducción histórica, vía comparatística con el Medievo, de los mitos modernos, todo dentro de su esquema crítico.<sup>87</sup> Súmese el discurso del maestro de Firenze con ocasión de su Laurea magistral en jurisprudencia,<sup>88</sup> denominado *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, en la que deja en claro en su vinculación con el neoconstitucionalismo. En este texto empieza criticando el estatalismo-legicentrismo (pp. 43-47); luego afirma que las Constituciones del XIX fueron legicentristas-estatalistas (p. 48), defensoras de códigos violadores del pluralismo y de los valores sociales (p. 51-56) y que incluyeron cartas de derechos que fueron fruto de la estrategia burguesa de dominación de los intereses sociales (p. 56); mientras que las Constituciones del siglo XX (Weimar y las Constituciones europeas de la segunda posguerra) permitieron conquistas sociales,<sup>89</sup> con las que se afirman los valores de un pueblo que subordinan al Estado y por ende al legislador, y que tienen a la Corte Constitucional como un guardián de esa supremacía, siendo ésta una institución que puede ser considerada como un auténtico órgano de la conciencia social (p. 57), y termina con una oda a Zagrebelsky (p. 58).

Pero esta oda no fue la única. Otro aplauso a Zagrebelsky y a su “diritto mite”, lo encontramos en la gran crítica que hace el profesor de Firenze a la modernidad jurídica.<sup>90</sup> En la página 17 de esta obra, Grossi señala como

y *Teoría del Derecho*, núm. 1, México, UNAM, 2007, p. 419-447. Empero, podría hacerse un modelo justificativo del neoconstitucionalismo a partir del iusnaturalismo tomista (por ejemplo, en lo atinente a la justificación de los derechos fundamentales). Sobre este punto en concreto se realizó un debate en la Universidad de Medellín, cuyas memorias fueron recogidas en Botero Bernal, Andrés (comp.), *Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho*, colección Memorias Jurídicas núm. 6, Medellín, Universidad de Medellín, 2007. También es importante Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual*, de M. Villey a J. Finnis, México, BFP-95, 2003.

<sup>87</sup> Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003. p. 19.

<sup>88</sup> Grossi, Paolo, *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza*, Nápoles, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2008

<sup>89</sup> Dice así: “è il risultato della rilevazione diagnostica che una assemblea costituente compie nel profondo di una civiltà storica, della lettura obbiettiva dei valori in essa circolanti, traducendoli in un complesso di principii giuridici capaci di esprimere il suo vólto essenziale e di fungere da suo supremo strumento ordinatore” *Ibidem*, p. 57.

<sup>90</sup> Grossi, *Mitología jurídica...*, *cit.*, p. 17 y 64.

deber del iushistoriador enseñarle al jurista actual el valor del derecho anterior al culmen de la era moderna, especialmente el del *ius commune* medieval y el *common law* posmedieval, que son los sistemas de alguna manera reivindicados con el neoconstitucionalismo por muchos motivos. Piénsese que el neoconstitucionalismo, entre muchas otras cosas, trae teorías del *common law* al sistema continental como lo es el precedente judicial, los *legal standards*, etcétera. Sigamos: Grossi, en la página 64, cita a Zagrebelsky respaldando la idea del Estado constitucional, y critica a la mayoría de los juristas por no haber aceptado el reto del nuevo modelo de Estado, asunto que él explica se debe a la fuerza de los mitos fundadores de la modernidad jurídica, que impiden a los abogados el cambio de paradigma. En fin, Grossi no desvincula su crítica iushistórica a la modernidad, con los planteamientos iusfilosóficos del neoconstitucionalismo.

Ahora bien, estas cercanías han sido tomadas por algunos académicos que critican lo que ellos denominan un derecho premoderno en la contemporaneidad, en la medida que se pretende la fusión del derecho con ciertas categorías morales o jurídicas por medio de vías de acceso privilegiadas de una élite de académicos, jueces y abogados, para llegar a una razón práctica que resolverá, según este ideal, nuestros mayores problemas socio-jurídicos.<sup>91</sup>

No creo, eso sí, que sean iguales los sistemas políticos de fondo en la decisión de defender una teoría o no en la contemporaneidad, con los existentes en el antiguo régimen; pero si se enlazan las vertientes discursivas de diferentes áreas del saber veo en la historia del derecho (con el fuerte discurso crítico hacia el legicentrismo-estatalismo), la filosofía del derecho (con la teoría de la argumentación judicial en planos de razón práctica) y el derecho constitucional (con el neoconstitucionalismo), cierta similitud en varias de sus conclusiones, lo que podría significar algún consenso discursivo. Una de esas conclusiones es la devolución de un poder decisorio al juez que implicaría un desdibujo de las fuertes limitaciones establecidas al acto mismo de juzgar durante la modernidad jurídica, logrando que lo ideal sea un juez que en su nuevo concepto de juzgar se acerque mucho al gobernar, esto es, una defensa de un paradigma jurisdiccional como respuesta a una crisis del Estado europeo en cuanto su representación política misma. Empero, esto me remite a algunas preguntas: 1) ¿El juez (o mejor, la judicatura) está hecha o puede encauzar la actividad estatal? ¿Será válida la afirmación de Schmitt en el sentido que ante un estado en crisis los jueces son los menos

<sup>91</sup> Por ejemplo Atria, F. *La ironía del positivismo jurídico*, *Doxa*, núm. 27, 2004; pp. 118-128; Jiménez, *Una metateoría...*, *cit.*, p. 93-99.



potentes para asumir su salvación política?<sup>92</sup> 2) ¿Es viable esta propuesta política de gobernanza de lo jurídico cuando de principio no está garantizada la independencia y la autonomía judicial? 3) ¿Cómo controlar al juez en el mundo de la vida en su amplia libertad decisoria? O mejor: ¿qué criterios posibles, no los ideales, serían los que guiarían al juez en su labor de encauzamiento de los conflictos jurídicos que ahora en virtud de esta teoría se le aumentaron considerablemente? ¿No nos llevará tal teoría a una respuesta política que ahogue más la empobrecida independencia judicial?<sup>93</sup>

Ante tales peligros, el maestro de Kiel acude, entre otras cosas, a diferentes postulados lógicos, entre ecuaciones y representaciones, con el ánimo de guiar en la objetividad los argumentos de los jueces, anclado en la presunción de razonabilidad que aporta la razón práctica en temas especialmente éticos. Pero ¿esto es posible? ¿La limitación de la actividad judicial por medio de enunciados doctrinarios lógicos puede conducir a la aplicación de criterios de racionalidad más o menos homogéneos o por lo menos convincentes para las partes? Sí, siempre y cuando la academia jurídica se perciba como un encauzador de la actividad judicial (cosa que está por demostrarse empíricamente). Pero incluso aceptando —a pesar de no estar demostrado empíricamente— que la academia (que siempre ha soñado con perfilarse como un constituyente pero ahora en nombre de los “principios constitucionales implícitos”)<sup>94</sup> obliga al juez, es fácil aceptar una enunciación que indique que *P1* en choque con *P2* en las circunstancias-medio *CI*,

<sup>92</sup> Para Schmitt, en la situación de excepción el juez sólo podría ser guardián de la Constitución —cuya función primordial, para él, radicaría en suplir y volver superfluo el derecho de desobediencia y resistencia— en un Estado judicialista, como el estadounidense. Pero en otras tipologías de Estado (el Legislativo y el Ejecutivo) el juez si asume esa función correctora de lo político generaría dinámicas más peligrosas que la excepción misma que la justificaría.

<sup>93</sup> Por ejemplo, ¿cómo se desenvolvería el sistema social si se promueve una reforma cuando el subsistema judicial es reaccionario frente a tal propuesta? En un modelo de escasa libertad judicial estos jueces seguirían en buena medida (aunque no del todo) la reforma, pero en un modelo de amplia discrecionalidad los jueces impondrían su criterio y así el sistema social estaría mucho más atado a la ideología judicial que a cualquier otra consideración jurídico-político. Entonces, la pregunta de gobernanza es por los mejores medios posibles (no los ideales) que permitan hacer las reformas. Como en este caso la ideología judicial es mucho más difícil de modificar, se preferirán otros medios para incluir reformas al sistema. Concluyendo, no siempre los jueces serán los mejores aliados de un modelo que pretende alguna reforma, puesto que hay muchos factores en juego. Tanta confianza en el juez, sin tomar en cuenta otras variables (en especial su ideología y su capacidad de modificarse, puede constituir el punto de quiebre del neoconstitucionalismo.

<sup>94</sup> El académico neoconstitucionalista, al indicar qué debe hacerse, no habla en nombre propio sino en nombre de los principios.

*C2* y *C3* es más eficaz, eficiente y efectivo en la relación medios/grado de intervención/aplicación de los principios *P1* y *P2*; ¿pero al momento de vaciar este enunciado formal a un caso concreto, será así de fácil para el juez, suponiendo incluso que sea un lector y además seguidor del (neo)constitucionalismo, formular así el caso real que se pone frente a él?

Quisiera ver al neoconstitucionalismo y al propio Alexy trabajar más el tema práctico argumentativo de lo que realmente sucede para incidir allí el raciocinio argumentativo judicial, en vez de elaborar propuestas teóricas con formulaciones muy abstractas de cómo ponderar. Aun así, lo complicado está por llegar, porque Alexy no sólo contento con plantear ciertas fórmulas pide al juez que luego de su aplicación al caso concreto debe regresar a la superficie y dar su decisión con las “palabras más fáciles y confiables que sea posible”.<sup>95</sup> Esto último complica aún más la labor judicial, ya de por sí enmarañada, pues no sólo de aplicar fórmulas abstractas (suponiendo que las tome como vinculantes o, por lo menos, útiles para sí) en medio de argumentos con gran tecnicismo (suponiendo también que es un constitucionalista) para luego traducirlas a un lenguaje sencillo pues, según el mito que la democracia ha vendido, el derecho estatal es un producto social cuando en verdad es un entramado cada vez más ininteligible que requiere de algunos sacerdotes intermediarios (los abogados, en general, y en este caso específico los doctrinantes neoconstitucionalistas) para comunicar las nuevas tablas de la ley con la aplicación concreta.

En fin, no creo que estemos ante un retorno al antiguo régimen<sup>96</sup>, pero sí hay ciertas características comunes, vanagloriadas en diversas disciplinas jurídicas, lo que me hace pensar si estamos ante una nueva hipertendencia del derecho en general, que se expresa en la filosofía del derecho en las teorías de Alexy y compañía.

#### 8. *La pregunta por el qué se ordena: ¿lo mismo pero con nuevo empaque?*

Parte fundamental de la concepción de Alexy es la pretensión de corrección que nos remite no sólo a preguntarnos por (utilizando aquí expresiones propias de Peces-Barba)<sup>97</sup> ¿quién ordena? y ¿cómo se ordena? (validez formal) sino también por el ¿qué se ordena?, aspectos que limitan al derecho por reglas no sólo desde el procedimiento (que sería fundamentalmente un

<sup>95</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 39.

<sup>96</sup> El propio Grossi ha llamado la atención de los peligros de volver a una mítica Edad Media.

<sup>97</sup> Peces-Barba, “Epílogo a...”, *cit.*, p. 165.

control de reglas sobre reglas) sino también el contenido (que ya implica especialmente un control de los principios sobre las reglas). Ahora, creo que esta clasificación es incierta y confusa, pues criterios de validez material han existido dentro de un derecho por reglas, así como sistemas de fuga cuando la orden no puede cumplirse. Entonces no es cierto que el nuevo sistema jurídico se pregunte por la validez material además de la forma, esto ya era así antes del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX.

### 9. *La formalización de la razón práctica judicial*<sup>98</sup>

La idealización propuesta por Alexy, de gran valor político en tanto una opinión sobre cómo debería ser el mundo jurídico, no creo que resista un *test* de naturalización impuesto por los modelos de la teoría de la decisión ya elaborados, incluso siguiendo criterios matemáticos, por la psicología social y las ciencias conductuales. Un ejemplo de estos modelos es el que Cáceres<sup>99</sup> denomina “constructivismo jurídico”, que busca explicar, en forma naturalizada, con base en un enfoque cognitivo, la forma en que el derecho incide en los procesos de construcción de la realidad social. El constructivismo jurídico presupone al lenguaje y a los distintos tipos de discurso jurídico, pero no se queda exclusivamente en ellos. Estos son considerados como insumos que al ser procesados cognitivamente por el operador jurídico producen una serie de fenómenos relevantes para el derecho tales como las

<sup>98</sup> Debo agradecer a Cáceres Nieto quien me indicó esta ruta de escepticismo frente a la teoría de Alexy. Igualmente, le agradezco sus aportes y comentarios que fueron base para la redacción de este párrafo. No obstante, la responsabilidad de lo que aquí se enuncie corre por mi cuenta.

<sup>99</sup> Cáceres Nieto, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, 2007; Cáceres Nieto, Enrique, *Justiniano: un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho*, México, UNAM, 2007; Cáceres Nieto, Enrique y Rodríguez Ortega, Graciela (coords.). *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, México, UNAM, 2008. Empero, se podría ser también escéptico frente a las tesis naturalistas o, mejor, evolucionistas de la razón, puesto que éstas no pueden despejar del todo la convicción existente en la razón práctica como criterio de resolución de problemas jurídicas, y la validez de los juicios evolucionistas que depende de la razón misma que ha sido relativizada en tanto producto físico en el tiempo. Nagel expone muy bien estos dilemas, Nagel, Thomas, *La última palabra*, traducción de Paola Bargallo y Marcelo Alegre, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 141-156. De todas maneras, en un plano de la opinión política es tan viable la opinión de cómo debería ser el derecho sin miramiento a la actividad cognitiva y conductual del juez, como la que señala justo lo contrario. Yo prefiero, en un plano que se me antoja más científico, lo posible, es decir, el planteamiento de teorías que, como metadiscurso, implican un deseo, pero sujetas a condiciones reales y de algún modo verificadas; si se quiere, algo más inductivo.

creencias (“el derecho es una cuestión de normas” —Kelsen— o “el derecho es una cuestión de normas y principios” —Dworkin—), representaciones mentales (como las fronteras de un país o los límites del mar territorial), actitudes o comportamientos (con base en mi creencia en la vigencia del artículo X de la ley fiscal se dispara la disposición de presentar mi declaración fiscal mañana), cláusulas de operación correspondientes al estado mental equivalente a aceptar por verdadero (o probado) *P*, etcétera. En su etapa actual, el trabajo de formalización realizado en el ámbito del constructivismo jurídico desarrollado por Cáceres, vinculado con la inteligencia artificial, ha sido a nivel de lógica proposicional y relacionada con el problema de la representación del conocimiento judicial. Las formalizaciones matemáticas en términos de ecuaciones estructurales, así como sus trabajos estadísticos realizados en la investigación sobre las bases psicológicas del incumplimiento o cumplimiento jurídico no podrían considerarse privativas de un enfoque constructivista, aunque sí puedan conectarse decididamente con ella. De todas maneras, la determinación de una teoría formal para poder modelar y simular procesos cognitivos relevantes para el derecho, construidos a partir de datos empíricos sobre cómo piensa y actúa el operador jurídico, constituye un punto de ruptura con los ideales meta-discursivos de Alexy, quien pretende formalizar el discurso judicial ponderativo a partir de una idealización sin mayor referente empírico y sin explicaciones que dejen sin sustento los demás modelos ya existentes.

Entonces, esos modelos matemáticos de la teoría de la decisión (teorema de Bayes, por decir un caso) serían más valiosos para la teoría de la argumentación judicial que las formalizaciones que se plantea, desde el ideal, por parte del profesor alemán y los neoconstitucionalistas, en la medida que dichos modelos surgieron, por lo menos, de descripciones y cálculos probabilísticos efectuados a comportamientos factuales de operadores, quienes no por ello renunciaron, científicos y observados, a valorar su propia conducta.

Retomando el argumento central de los párrafos anteriores, éste está encaminado a solicitar a Alexy una justificación de su propuesta como una alternativa mejor a los diversos modelos formales que ya existen en diferentes abordajes de la teoría de la decisión, entre los cuales se encuentran los propios de la teoría de juegos, de la economía conductual, de la lógica inductiva, de la probabilidad bayesiana, etcétera. Desde luego dichos paradigmas no están exentos de críticas cuando se han tratado de aplicar al derecho. Por ejemplo, la probabilidad bayesiana recibe críticas semejantes a las que recibí, en su momento, el realismo americano, en el sentido de que los jueces no deciden a partir de la probabilidad de cómo habrían de decidir considerando la estadística y la proyección probabilística de decisiones

previas respecto de casos de la misma clase, sino ponderando las virtudes del caso concreto. Los modelos de racionalidad económica son criticados en el sentido de sobresimplificar los procesos de toma de decisión, dado que los humanos no sólo nos comportamos en términos de balances de costo-beneficio, pues hay otros factores involucrados que llevan a tomar decisiones irracionales e incluso paraconsistentes, según una lógica de la utilidad.

En fin, el tema de una teoría formalizada de la decisión es sumamente controvertido y complejo, razón por la cual extraña que Alexy no ofrezca una justificación sobre el sentido en que su propuesta podría ser más sólida que las demás teorías de la decisión formalizada que se encuentran en el dominio académico, sobre todo si muchas de ellas cuentan con validación empírica.

#### IV. CONCLUSIONES

Ya señalé que mi escepticismo hace que formule todo tipo de preguntas a las teorías más preponderantes en el mundo académico contemporáneo. Es innegable el valor de la teoría del profesor de Kiel, la cual ya tiene por sí el mérito de haber sido lanzada al incrédulo mundo científico y lograr un importante reconocimiento.

Empero, mi postura escéptica, si se quiere de mucho menos valor que el que tiene formular una teoría, me lleva a considerar que la teoría de Alexy es más de carácter prescriptivo-ideal que cualquier otra cosa. Se trata de una teoría de la gobernanza de lo jurídico a partir de unos ideales de cómo deber ser, para él, en su visión política muy clara por demás, el derecho. Pero en este caso no se trata de una teoría de la gobernanza basada en estudios factuales, ni mucho menos fruto de enunciados analíticos demostrados en el contraste lógico, sino de una teoría donde se hace un fuerte hincapié en un derecho ideal y poco se indaga por los medios reales y posibles con el que el derecho existente podría alcanzar cierto grado de la idealización propuesta. Es un contrasentido plantear un ideal para exigir o peor aún juzgar los medios y las realidades que no pueden llegar a tal punto.

Se trata de una gobernanza que propone una democracia sin necesidad de demócratas, o una construcción de una sociedad manejada por oligarquía de expertos, en este caso, de connotados iusconstitucionalistas, donde todo el mundo se tiene que proclamar como *demócrata idealista* (pluralista, partidario del *Estado constitucional*, anti-discriminatorio, políticamente correcto, etcétera) pero donde no hay más una *democracia posible*. Ahora, toda democracia ideal, por difusa y vaga, depende de selectos para su determinación, como siempre ha sido.

En fin, no odio el modelo político que hay detrás de la propuesta neoconstitucionalista. Por el contrario, como ideal político me parece muy atrayente. Este escrito tampoco significa que estoy de acuerdo con el legalismo-formalismo que tanto daño nos ha hecho. Incluso, denuncié cómo el legalismo-formalismo sigue campeando en las facultades de derecho y en los estrados judiciales a pesar de que, gústenos o no, el modelo de Estado ha cambiado, por lo menos en el papel.<sup>100</sup>

Simplemente estoy ejerciendo una labor escéptica y, si se quiere, matizadora. Indago por las condiciones de posibilidad de la teoría de Alexy así como por su pretendida científicidad. Espero que esto contribuya en el perfeccionamiento de esta teoría.

<sup>100</sup> Sobre cómo se siguen enseñando posturas formalistas en las facultades de derecho, ignorando el cambio de modelo constitucional, en Botero Bernal, Andrés, “La utilidad o inutilidad de la posesión viciosa para la prescripción adquisitiva extraordinaria en Colombia”, en prensa, *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*. Sobre el formalismo en las facultades de derecho, véase Botero Bernal, Andrés, “Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia”, *Ambiente Jurídico*, núm. 9, 2007, pp. 165-196.