



## Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas

Juan Antonio García Amado\*  
Universidad de León  
[jagara@unileon.es](mailto:jagara@unileon.es)

### Resumen

Se critica la tesis de Robert Alexy de que existe en el discurso jurídico una pretensión de corrección que hace del Derecho un caso especial del discurso práctico y produce una obligación jurídica de decidir los casos jurídicos de forma moralmente correcta. En primer lugar, se critica la tesis alexyana de que el positivismo implicaría la libertad judicial para decidir según criterios aleatorios e irracionistas, ya que es perfectamente posible -y hasta recomendable, a la luz del principio de motivación de las decisiones judiciales- que el juez positivista use argumentos morales en los casos de lagunas derivadas de la inexistencia de una solución específica para el problema jurídico en cuestión. En segundo lugar, se señala la circularidad de la tesis alexyana de que la afirmación expresa del carácter injusto o inmoral de una norma implicaría una contradicción performativa por parte de la autoridad emisora de la norma, pues el juez solo incurriría en tal tipo de contradicción si emplease un concepto de Derecho a tenor del que la ausencia de injusticia radical es condición para que una norma sea Derecho, de manera que el argumento toma como premisa la misma conclusión que pretende fundamentar. En tercer lugar, se trata de demostrar con ejemplos concretos que aun cuando se pudiese superar la circularidad del argumento de Alexy, la pretensión de corrección debería ser descartada, pues es un artificio teórico inconveniente, enigmático e inútil. Por tanto, Alexy fracasa en su intento de fundamentar tanto la tesis de que hay un deber jurídico de decidir de forma moralmente correcta, como la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico.

### Palabras clave

Pretensión de corrección, discrecionalidad, contradicción performativa, justicia, positivismo.

### "On the thesis of the claim to correctness in Robert Alexy: some critical considerations"

### Abstract

In this essay, the author criticizes Robert Alexy's thesis that there is a claim to correctness in legal discourse, which makes the law a special case of practical discourse and creates a legal duty to decide juristic cases in a morally correct way. Firstly, it is argued that Alexy is wrong to assume that positivism implies judicial discretion to decide according to irrational and randomly chosen criteria, since it is perfectly possible – and even recommendable, in the face of the principle of motivation of judicial decisions – for a positivist judge to deploy moral arguments to fill in the gaps derived from the inexistence of a specific solution for a given legal issue. Secondly, the paper argues that Alexy's thesis that an express recognition of the injustice of a legal norm would amount to a performative contradiction is circular and cannot be accepted, since a judge only would commit such contradiction if he already accepted a concept of law according to which a certain level of justice is a necessary condition for the validity of a legal provision. Thirdly, the essay attempts to demonstrate with concrete examples that even if this circularity could be overcome, the thesis of the claim to correctness should be rejected because it is an inconvenient, enigmatic and useless theoretical trick. Alexy fails, therefore, to ground both the thesis that there is a legal duty to decide in a morally correct way and the thesis that legal discourse is a special case of practical discourse.

### Keywords

Pretension of correction, discretion, performative contradiction, justice, positivism.

\* Catedrático de Filosofía del Derecho

## 1. Introducción

Robert Alexy ha repetido en docenas de escritos la idea que aquí quiero comentar críticamente, la de que al derecho le es inmanente una pretensión de corrección que es, antes que nada, pretensión de justicia. Dicha pretensión de corrección es propia tanto de cualquier sistema jurídico que en verdad lo sea, como de las particulares normas y decisiones que acontezcan bajo el sello del derecho. Por esa razón, un derecho, una norma o una decisión judicial que no se quieran justos y no lo sean o bien no son derecho, cuando su choque con tal pretensión inmanente y necesaria supere el umbral de la extrema injusticia, o bien, si son jurídicos, lo son de manera deficiente, defectuosa.

¿Cuál es el argumento demostrativo de la presencia ineludible en lo jurídico de esa pretensión de corrección? Pues que incurre en contradicción performativa quien diga que produce deliberadamente un derecho, una norma o una decisión judicial injustos. Se contradiría el propio concepto que se usa, el de derecho o el de lo jurídico, con una preferencia del tipo “esto es derecho, pero es injusto”, ya que la conexión entre derecho y pretensión de corrección como justicia es conceptual, y, como tal, ineludible. Con ello queda definitivamente acreditada también, para Alexy, la ligazón insoslayable entre derecho y moral y se tendría ahí el argumento determinante para la crítica fundada al positivismo jurídico y a su tesis de la separación conceptual del derecho y la moral.

Tres aclaraciones sobre el modo en que se enfoca este trabajo. Una, que no alargaré esta introducción mediante la exposición detallada de los argumentos de Alexy sobre su tesis, que, amén de ser muy conocidos, se recogerán, en alguna de sus versiones canónicas, en los apartados que siguen. Dos, que no se tratará de hacer una completa y erudita mención de cada uno de los lugares de la obra alexyana en los que tales argumentos se reiteran de forma muy similar y con escasas variantes, por lo que nada más que se echará mano en cada oportunidad de alguna cita bien representativa de todas las demás que faltan. Y tres, que aun cuando las críticas que trataré de fundar puedan más de una vez coincidir con objeciones que ya han venido planteando otros autores, apenas me detendré en la explicitación y el cotejo de esos antecedentes<sup>1</sup>.

## 2. ¿Plenitud o discrecionalidad?

Un argumento con el que Alexy refuerza el papel de la pretensión de corrección como fundamento de la unión entre derecho y moral es el de la insuficiencia regulativa del derecho positivo. El derecho positivo presenta problemas de indeterminación, que hacen necesaria la interpretación, y problemas de lagunas o de antinomias de segundo grado. Según Alexy, el positivismo entiende que, en esos ámbitos de decisión jurídica de los casos que el derecho positivo no colma, el juez puede decidir y decide sin ningún tipo de pretensión de corrección, de forma que su decisión será puramente estratégica y simple ejercicio de poder que no necesita justificarse<sup>2</sup>. Oigamos al propio Alexy:

<sup>1</sup> Una buena batería de críticas y objeciones puede verse, por ejemplo, en un autor tan cercano a Alexy como es Jan-R. Sieckman (2007: 194 ss.). Como destaca Carlos Bernal Pulido (2008: 22 ss), entre las críticas más importantes a la tesis de Alexy están las de Eugenio Bulygin y Joseph Raz. Véase Bulygin (2001: 41 ss.) y Raz (2007: 17 ss.)

<sup>2</sup> Cfr. la exposición de M. Cooke (2007: 228).

Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece una solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico-positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto sólo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Pues bien, las decisiones jurídicas son respuesta a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición.

Justicia es la corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral, sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho (Alexy, 2005: 22-23).

Analícemos y comentemos.

Parece que para el positivismo la normatividad se agota en el derecho y que allí donde las normas jurídicas no dan la pauta, no hay propiamente pauta ninguna, solamente la pura subjetividad, el poder o los intereses personales. Y da la impresión de que para Alexy el sistema jurídico sólo puede ser tal y en plenitud si carece de defectos regulativos, si ofrece patrón de decisión para todos los supuestos y si, por consiguiente, no hay ni discrecionalidad ni espacio para que jueguen otros sistemas normativos, no jurídicos, como guía. Pues toda norma que concorra para justificar las decisiones en aquello a lo que el derecho positivo no alcance será una norma jurídica<sup>3</sup>.

¿Son así las cosas o es esa la mejor descripción posible del juego de las normas jurídicas y morales en las decisiones judiciales? En primer lugar, la tesis positivista de la separación entre derecho y moral no niega la moral, solamente la separa conceptualmente del derecho, lleva a ver normas jurídicas y normas morales como “objetos” distintos y diferenciados. Por tanto, nada hay en el positivismo jurídico, al menos en el de corte normativista, que fuerce a entender que allí donde la norma jurídica deje espacios libres para la decisión judicial, para la discrecionalidad del juez, este solamente pueda razonar en términos de estrategia, poder o interés. Ese juez, a la hora de colmar esos espacios de libertad decisoria dejados por el derecho positivo (porque caben varias interpretaciones de la norma positiva que viene al caso, porque hay una laguna normativa, etc.), puede

<sup>3</sup> “Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente” (Alexy, 1997: 19). Maticemos, al hilo de este párrafo: no es que para Alexy todo lo que determine la decisión en los casos dudosos sea jurídico. Esas pautas para la decisión en esos casos serán jurídicas si encajan con la moral debida; cualesquiera otras serán extrajurídicas y, como tales, expresión de simple poder o mera dominación. También escribe: “el argumento de los principios dice que el juez también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea vinculación necesaria entre el derecho y la moral” (*Ibid.*: 74).

perfectamente preguntarse cuál es la solución normativamente mejor, aun cuando esa solución ya no la busque en el derecho positivo (donde no la encuentra o no la encuentra completa), sino en la moral, en la justicia, en el interés general, etc. La alternativa al iusmoralismo no es el cinismo judicial, desde luego que no; tampoco la arbitrariedad más descarnada.

Como bien señala Alexy, no vale que en esa situación de libertad o discrecionalidad dejada por el derecho positivo el juez eche a suertes su decisión. Por eso se le obliga a argumentar y no vale como argumento, no se admite, que diga que lanzó una moneda y salió cara. Tampoco sirve que aduzca que optó por la decisión que más convenía a sus intereses personales o su éxito egoísta. ¿Por qué? Porque mediante la exigencia de motivación se quiere excluir la arbitrariedad judicial, haciendo al juez dar sus razones y mostrar que sus razones no son pedestremente las suyas (o las del azar, que no son razones), sino que pueden resultar convincentes o, al menos, razonables o admisibles para un observador imparcial. Pero ¿porque hayan de resultar admisibles o convincentes para un observador imparcial ya serán razones jurídicas? ¿No hay de una decisión más razones aceptables que las razones jurídicas? ¿Tiene que ser necesariamente derecho toda pauta decisoria que colme las insuficiencias regulativas del derecho positivo?

Un juez positivista puede decir: puesto que con el derecho positivo aplicable son compatibles las opciones decisorias A y B, opto por la B conforme a las siguientes razones que la hacen preferible, razones que son morales, de justicia, de conveniencia social, de humanitarismo, etc., etc. ¿Qué problema hay en diferenciar los tipos de normas y los tipos de razones que concurren como justificación de una decisión judicial? En otras palabras, en la decisión judicial y en lo que el derecho positivo deje a la preferencia del juez, este puede elevar muy diversas y fundadas pretensiones de corrección. Mas que sean pretensiones de corrección moral, por ejemplo, no las transforma, por fundar una decisión judicial, en pretensiones de corrección jurídica, ni hay ahí base para sostener que la moral forma parte constitutiva del derecho. Si mi coche deja de funcionar y yo debo empujarlo para acercarlo al borde de la carretera, yo no paso a formar parte del coche, aunque para su desplazamiento hayan sido decisivas tanto las ruedas del mismo como la fuerza que al empujar yo apliqué.

Es verdad lo que dice Alexy de que existen “otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo”, y que las decisiones jurídicas “son respuestas a cuestiones prácticas” y “existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas”. Pero ¿por qué no distinguir cada tipo de razones en lugar de juridificarlas todas? Asumamos, incluso, que pueda haber una moral objetiva verdadera y cognoscible en sus contenidos para cada ocasión y que el juez se oriente por ella en lo que su decisión tiene de discrecional *desde el punto de vista del derecho positivo*. ¿Qué nos fuerza, aun así, a entender con necesidad que esa moral forma parte del derecho mismo y que esas razones morales son también y simultáneamente razones jurídicas por el hecho de concurrir de esa manera en los fundamentos de la decisión judicial? Solo una previa decisión nuestra: la decisión de que la moral (o la moral objetivamente verdadera o la moral racionalmente fundamentable) forma necesariamente parte del derecho. Así que esas normas morales no serán al tiempo jurídicas o razones jurídicas por concurrir en la decisión judicial sino porque nosotros hemos decidido de antemano que la moral es parte del derecho. Nuestra decisión es previa, por lo que la presencia de razones morales en el razonamiento del juez no es prueba de la unión conceptual de derecho y moral, sino *consecuencia* de la previa asunción.

### 3. La contradicción performativa y sus curiosos ejemplos

Expone Alexy que la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral se aprecia por la ineludible presencia de la pretensión de corrección en el derecho, y que incurren en “contradicción performativa” y, consiguientemente, en error conceptual<sup>4</sup>, tanto la Constitución que contenga un artículo que diga “X es una república soberana, federal e injusta”, como un juez que en su sentencia diga “El acusado es -equivocadamente- sentenciado a cadena perpetua”<sup>5</sup>.

Merece la pena detenerse en los ejemplos con los que Alexy ilustra su idea de contradicción performativa. Recordemos que, según Alexy, “quien afirma algo, eleva una pretensión de verdad o corrección [*Richtigkeit*]”. Y añade: “Esta tesis puede ser apoyada en que cuando se la niega surge una contradicción performativa. En una contradicción performativa incurre quien al realizar un acto de habla presupone, pretende o da por sentado [*voraussetz, beanspruch oder impliziert*] algo que contradice el contenido de ese acto de habla” (Alexy, 1995a: 135-136).

Seguidamente aclara esto con un ejemplo:

Tomemos la siguiente afirmación:

(I') Yo afirmo que llueve y señalo a tal propósito que eso es falso.

Esta afirmación encierra una contradicción performativa, pues una parte de lo que es dicho (<<yo señalo a tal propósito que es falso>>), contradice lo que al realizar mi afirmación necesariamente presupongo, esto es, la pretensión de verdad o corrección” (*Ibid.*: 136).

Veamos esto despacio. Quien afirma “llueve” y “es falso que llueve” viene a decir “llueve y no llueve”. Eso es una pura contradicción lógica. En una contradicción idéntica incurriría quien dijera “La norma N es derecho y no es derecho”. Nadie puede pretender, a falta de ulteriores diferenciaciones, que sean simultáneamente verdaderas las afirmaciones “llueve” y “no llueve” o las afirmaciones “N es derecho” y “N no es derecho”. Ambas, y sin más aclaración o especificación, no pueden pretenderse simultáneamente verdaderas. Que sea verdadera una u otra proposición de cada par contradictorio dependerá de las condiciones de verdad que se acepten en el respectivo campo. A tenor de esas condiciones, una u otra proposición de las contradictorias será verdadera por cumplir tales condiciones de verdad y la otra será falsa; o serán falsas las dos.

Para el caso de las normas, la contradicción pragmática se daría si, por ejemplo, un juez dijera: “La norma N, que viene al caso que juzgo, es derecho, pero la inaplico como si no fuera derecho”. Si una de las condiciones de verdad de la afirmación de que una norma jurídica es derecho es que las normas jurídicas no pueden ser radicalmente injustas, un juez en sus cabales no dirá “La norma N, que viene al caso, es derecho, pero la inaplico como si no fuera derecho”, sino: “La norma N, que viene al caso, no es derecho por ser radicalmente injusta, por lo que la inaplico porque no es derecho”.

El juez que dijera “La norma N, que viene al caso, es derecho y es muy injusta, pero por ser derecho la aplico”, sólo incurriría en contradicción si manejara un concepto de derecho a tenor del cual la no injusticia radical es condición para

<sup>4</sup> Cfr. Alexy (1998: 130).

<sup>5</sup> Cfr., respectivamente, Alexy (1998: 129 y 130). Hay veinte o treinta lugares más, en la obra de Alexy, donde se citan para lo mismo estos ejemplos.



que una norma sea derecho. Pero un juez que trabaja con un concepto de las normas jurídicas en el que no esté presupuesta esa condición de no injusticia no cae en ninguna contradicción ni lógica ni pragmática<sup>6</sup> al aplicar la norma que es derecho (a tenor de otro tipo de condiciones, de condiciones institucionales), pero que es radicalmente injusta. Por tanto, sólo desde el axioma de que no es derecho la norma injusta se puede acusar de contradicción al juez que la aplica. Pensemos en que en ocasiones el sistema jurídico prevé mecanismos para que el juez aplique la norma injusta haciendo ver que es injusto el resultado al que conduce en el caso concreto. Tal sucede en el derecho español cuando se permite al juez indicar la conveniencia del indulto para el reo al que penalmente condena (art. 4.3 del Código Penal).

Si usted es juez, aplica la norma jurídica N (jurídica a tenor de los requisitos del propio sistema jurídico-positivo) y afirma “Aplico a este caso la norma jurídica N, que viene al caso, aunque considero que la solución que N da al caso es injusta”, usted, en tanto que juez, no incurre en ninguna contradicción, ni lógica ni performativa. Lo que en su enunciado aparece son dos juicios, cada uno de los cuales depende de un sistema normativo distinto. Por un lado, quiere decir que N cumple los requisitos para ser norma jurídica y como tal aplicable, según lo establecido en el sistema jurídico, y que el resultado de aplicar N al caso también será jurídico, en función del mismo sistema. Es decir, que N y su aplicación son o se pretenden *jurídicamente* correctos. Por otro lado, al decir que N (o su resultado para el caso) es injusta, usted está aplicando los parámetros de otro sistema normativo, el sistema moral, y conforme al sistema moral usted pretende correcta su tesis de que N o su resultado son injustos.

No hay ningún problema ni lógico ni pragmático al afirmar que, desde el punto de vista del sistema tal, X es una cosa y desde el punto de vista del sistema cual X es otra cosa. No cometo contradicción si digo “este cuadro es una obra de arte y es económicamente poco valioso”, salvo que acepte que no puede haber arte sin elevado valor económico y que arte y economía están “conceptualmente” vinculados de esa manera. Tampoco hay contradicción si digo “este cuadro es una gran obra de arte, pero yo no pagaría por él ni un euro, aunque tuviera muchos euros”. En suma, que cuando un juez afirma “aplico esta norma jurídica que es injusta<sup>7</sup>” sólo habrá contradicción performativa para aquellos que mantienen la justicia (o la no radical injusticia) como condición de juridicidad de las normas jurídicas. En consecuencia, la tesis de la pretensión de corrección no sirve como prueba de la unión conceptual u ontológica de derecho y moral, en la discusión entre positivistas y antipositivistas, sino que dicha tesis es efecto de aquella asunción previa de tal unión conceptual, que deberá ser probada o justificada mediante otros argumentos, no a través de este de la pretensión de corrección.

Si usted, juez, dice que N o el resultado de su aplicación son jurídicamente correctos, usted eleva una pretensión de corrección *jurídica*. Si simultáneamente afirma que N o el resultado de su aplicación son *moramente* incorrectos, formula una tesis moral para la que también pretende corrección. Para justificar lo correcto de su juicio apelará en el primer caso al sistema jurídico, y para justificar la

<sup>6</sup> A la postre, resulta que para Alexy la contradicción pragmática o performativa no es más que una contradicción lógica que se muestra de cierta manera: “el núcleo de una contradicción performativa es una contradicción en el sentido clásico. El carácter performativo resulta del hecho de que sólo una parte de la contradicción se origina en lo que se declara explícitamente realizando el acto jurídico, mientras que la otra parte está implícita en la pretensión, necesariamente conectada con la ejecución de ese acto” (Alexy, 2001a: 101-102). La contradicción performativa “se basa en el concepto clásico de contradicción, que puede ser aplicado a los actos de producir el derecho, porque esos actos expresan e implican contenidos asertivos o proposicionales” (*Ibid.*: 102).

<sup>7</sup> O un legislador dice “voto a favor de esta ley, que es injusta”.

corrección del juicio moral tendrá que argumentar desde el sistema moral. ¿En qué situación se encuentra ese juez? No ante una contradicción lógica o performativa, en modo alguno, sino ante un *dilema* personal, un dilema atinente a su decisión individual, dilema que solamente podrá resolver dando preferencia en su decisión a uno de esos dos sistemas, el jurídico o el moral.

El positivismo ni niega esos dilemas personales o esas contradicciones objetivas entre sistemas normativos diferentes ni propugna que siempre y en todo caso tenga el que decide que otorgar prioridad al sistema jurídico<sup>8</sup>. Lo único que el positivista mantiene es que si el juez atiende preferentemente al sistema jurídico, esa decisión suya en tal situación será jurídica, pero inmoral (al menos para quienes se adscriban a ese sistema moral), mientras que si el juez se inclina a favor de la moral, su decisión será moral, pero antijurídica. Lo que iusmoralistas como Alexy intentan es descartar ese tipo de dilemas, que ellos traducen a contradicciones performativas y que evitan a base de mantener que una decisión plenamente jurídica sólo será jurídica si también es moral. De esa manera destierran la posibilidad de que una decisión jurídica pueda ser jurídica e inmoral, o antijurídica y moral, y únicamente podrá haber en derecho decisiones que sean al tiempo perfectamente jurídicas y morales, o inmorales y antijurídicas.

Vamos con otra comparación de Alexy. Dice:

Las pretensiones implícitas pueden hacerse explícitas mostrando que su negación explícita es absurda. Supóngase un juez que pronuncia el siguiente fallo: <<Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua>>. Lo absurdo de tal fallo resulta de la contradicción entre la pretensión de corrección implícitamente formulada en los actos de aplicación del derecho y su negación explícita. Esa contradicción sólo podría ser evitada si la pretensión de corrección fuese abandonada y reemplazada por alguna clase de pretensión de poder. Pero ello significaría decir adiós al derecho. Una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico. En este sentido, la pretensión de corrección está necesariamente vinculada con el derecho (Alexy, 2005: 22).

12

En toda actividad rigen pautas de correcto desempeño de la misma. Esas pautas son asumidas por quien pretenda realizar adecuadamente dicha actividad, obteniendo los resultados que le son propios en condiciones normales y figurando el agente como un competente realizador de la misma<sup>9</sup>. Cuando yo escribo este párrafo, pretendo cosas tales como que se me entienda lo que quiero expresar, que haya coherencia en las ideas que expongo, que mis descripciones de las ideas de Alexy sean fieles a lo que Alexy dijo, que mis frases estén bien construidas sintácticamente, que mis inferencias sean formalmente correctas, que los términos que empleo sean usados con propiedad, que la ortografía de las palabras que escribo sea correcta, etc., etc., etc. Con ello, estoy asumiendo una larga serie de reglas que vienen al caso: reglas de la lógica, de la semántica, de la sintaxis, del trabajo intelectual y académico, de los modos de expresión y las fórmulas del ensayo jurídico, etc. Si yo escribo: “En mis escritos respeto escrupulosamente la ortografía” me desautorizo a mí mismo en esta actividad, igual que lo haré si atribuyo a Alexy las ideas de Kelsen o imputo a Alexy una cita que en realidad corresponde a Bulygin. Aún más grave será mi yerro si digo: “Voy a exponer el pensamiento de Alexy sobre la pretensión de corrección sin que me importe un rábano lo que en realidad dijo o dejó de decir ese autor sobre tal asunto y sin

<sup>8</sup> Estoy convencido de que tiene mucha razón Raz cuando indica que “Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-legal positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws” (Raz, 2007: 29, en la nota 28).

<sup>9</sup> Cfr. Joseph Raz (2007: 226).

ninguna fidelidad a sus textos”. No podré imaginar, entonces, que nadie se tome en serio mi pretensión de corrección como tratadista de estos temas. En cambio, si digo que expondré las ideas de Alexy con todo el rigor y honestidad que me sean posibles, pero que estoy en desacuerdo con ellas por tales y tales razones, mi pretensión de corrección se mantiene incólume, a ninguna contradicción sucumbo, ni lógica ni “performativa”, y el juicio sobre si he realizado bien mi tarea dependerá de cómo he respetado las reglas que le son propias, se esté de acuerdo o en desacuerdo con los contenidos de mis aseveraciones.

Cuando un juez resuelve un caso después de haber interpretado la norma que le aplica, estamos en las mismas. También para esa actividad están establecidas unas reglas. Una de ellas es que tiene que buscar la interpretación correcta y que debe justificar por qué le parece más correcta la interpretación que escoge. Si ese juez dice “Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua” lo que está mostrando es que ha incumplido la regla de su actividad que le señala que debe inclinarse por la interpretación que le parezca mejor y que tiene que justificar por qué le parece la mejor de las posibles. No es que incumpla si objetivamente esa no es la interpretación mejor de las posibles, sino que incumple si dice que opta por la interpretación peor de las posibles o por una que es errónea. Igual que si yo escribo que voy a exponer las ideas de Alexy pero que lo voy a hacer falseando deliberadamente lo que Alexy escribe.

Tanto en la tarea del juez como en la mía aquí, sólo se podrá hablar de que asumimos una pretensión de justicia si en el punto de partida, en el axioma inicial, sentamos apodícticamente que el juez tiene que inclinarse por la interpretación más justa o que el comentarista de Alexy debe hacer la presentación más favorable. Cuando el iusmoralista dice lo primero, está poniendo él, en consonancia con su idea del derecho<sup>10</sup>, una condición de la actividad judicial. Pero las reglas que de hecho y en cualquier práctica habitual rigen son las que de hecho son, no las que cada cual quiera añadir. Si en una determinada sociedad y en un momento dado una de las condiciones de la interpretación judicial correcta, o de la correcta decisión del juez, es la de que se haga justicia (moralmente) al caso y a las partes, regirá dicha condición; si no, no, digamos Alexy o yo lo que digamos. Describir prácticas es cosa distinta de diseñar a nuestro gusto modelos de prácticas.

En cuanto a la discrecionalidad, son múltiples los ámbitos de decisión en los que los humanos no tenemos una norma, pauta o situación que nos determine al cien por cien cuál es nuestra decisión debida u objetivamente correcta. Si siempre que decidimos así, con consecuencias que afectan a otros, entendemos que concurre una pretensión de corrección moral si no queremos sucumbir a

<sup>10</sup> No se puede dejar de citar aquí una de las consideraciones que Raz hace sobre las tesis de Alexy: “the correctness thesis, as I explained and generalised it, is not empty, but it is formal. It is also a conceptual truth. It marks the nature of purposive activity (and its products). Having a purpose involves subjecting oneself to some standards of correctness, standards establishing that the purpose is worth adopting and pursuing, etc. It is a conceptual thesis not specifically about the law (though it applies to the law) but about the nature of purposes, intentional actions and their products, ie that in being endorsed by their agents, who could in principle reject them, they commit their agents to standards of appropriateness”. Y sigue: “The thesis is formal in that it does not determine what standards apply (...) Different standards apply to different activities and pursuits. It is the nature of various activities, and of the circumstances in which they are undertaken, which determines which standards apply to them. If the law is committed to standards of justice this follows from the nature of law, not from the nature of purposeful activity. It follows that nothing can be learnt from the correctness thesis about the nature of law. Rather, once we have established, in light of other arguments, what is the nature of law, and only then, will we be able to conclude which commitments the law makes, or what claims it makes. The correctness thesis, being a formal thesis, while true, affords no specific help in elucidating the nature of law” (Raz, 2007: 28).





contradicciones lógicas y performativas, y que por esa razón la moral forma parte esencial y constitutiva de la materia de nuestra decisión discrecional (discrecional por no determinada por completo por el respectivo sistema), la moral forma parte también de materias o sistemas como la economía, la política, la práctica científica, las llamadas reglas o usos del trato social, la estrategia deportiva, etc., etc.; y, sobre todo, la moral condiciona todas las decisiones en esos ámbitos que son decisiones con algún grado de discrecionalidad. La moral, como Dios, está en todas partes y en todas deja su sello esencial: nada podrá ser lo que es (economía, política, decisión de estrategia deportiva, práctica científica...) si es inmoral o muy inmoral, por la misma regla de tres que una decisión jurídica ya no es jurídica si es muy injusta o inmoral. Así, el día que concluyamos que la experimentación con animales vivos es una gran inmoralidad, empezaremos a decir que lo que con esos experimentos se hace no es propiamente o perfectamente ciencia ni tiene nada que ver con el método científico.

El juez se sabe juez porque tiene que decidir sus casos a tenor de unas pautas externas a él, a las que llamamos derecho y que normalmente, al menos entre los jueces y por lo general (si no fuera así, sería el caos o pasaríamos a un tipo de derecho de tipo sacerdotal y misterioso), toman como referencia de su decisiones, en lo que para ellas les alcance. Es decir, aun en la parte de discrecionalidad de su decisión, los jueces tienen que intentar e intentan mostrar que su decisión es conforme al derecho o, en lo que este se muestre indeterminado, no contradice los límites del derecho (positivo). Esa es la pretensión de juridicidad de su decisión o pretensión de correcta juridicidad (técnico-jurídica). Esa, y no una pretensión de justicia, es la que el juez contradiría si dijera “condeno al acusado en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente”.

He dejado para el final de este apartado el ejemplo estrella de Alexy, su prueba del nueve, la que tiene por demostración definitiva de que ahí está la pretensión de corrección, querámoslo o no, y de que a su través el derecho y la moral se dan la mano y conviven hasta en el concepto. Me refiero a cuando Alexy dice que hay contradicción performativa tremenda en una constitución que en un artículo dijera “X es una república soberana, federal e injusta”.

14

Resulta bien extraño ese modo de razonar. Antes de desmenuzar más y mejor sus presupuestos y sus consecuencias, permítasenos formular una comparación. La llamaremos la tesis de la pretensión de belleza.

Conforme a la tesis de la pretensión de belleza, a toda escultura le es inmanente una pretensión de belleza. Tenemos que corregir de inmediato la formulación, pues una escultura por sí no pretende nada, salvo que, imbuidos de animismo, creamos que los objetos piensan, sienten y pretenden. Así que habrá que decir: todo escultor que hace una escultura tiene la pretensión de que esta sea bella. De ello se seguirá la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza. En consecuencia, incurrirá en contradicción performativa el escultor que diga “esta escultura que he esculpido es fea”. La contradicción performativa resultaría de lo siguiente: si a toda escultura (a todo el que esculpe) le subyace una pretensión de belleza, yo no puedo afirmar al mismo tiempo que he esculpido una escultura y que no pretendo que sea bella.

En efecto, ya estamos sumidos en la perplejidad.

Si yo parto, como axioma o tesis fuera de toda duda, de que una escultura que no sea bella no puede ser propiamente una escultura, aunque pueda parecerlo por tener numerosos rasgos comunes con las esculturas que sí son esculturas,

entonces yo incurriré en contradicción si afirmo que he hecho a posta una escultura que es una escultura y que, sin embargo, no es bella. Pero si yo no asumo aquel axioma o tesis de partida, no caigo en contradicción ninguna al afirmar que he esculpido una escultura fea. De la misma manera, si yo empiezo por que no puede ser derecho el derecho injusto, cometo contradicción si mantengo que es derecho este sistema que es injusto; o que es jurídica esta norma que creo que ni es justa ni pretendo yo, su autor, que lo sea.

En otros términos, el argumento de la contradicción performativa envuelve una pura y simple petición de principio. No es que la contradicción performativa se dé en sí y sea prueba o argumento decisivo en favor de la conexión conceptual necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y justicia), sino al revés: es la afirmación de la conexión necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y moral) lo que provoca la contradicción performativa. Así que lo segundo no es argumento a favor de lo primero y lo que se ha de fundamentar, con argumentos reales y no aparentes, es aquella conexión conceptual necesaria entre escultura y belleza (o entre derecho y moral).

Quien no parta de que toda escultura (todo escultor) envuelve una pretensión de belleza, pues esa pretensión es constitutiva para que pueda ser una escultura, no tendrá ningún inconveniente ni incurrirá en ninguna contradicción al decir: "He esculpido a sabiendas una escultura fea". Es más, sólo él podrá diferenciar entre esculturas bellas y esculturas feas. Para el otro, para el que comience por la pretensión de belleza como definitoria de las esculturas, las esculturas sólo podrán ser bellas, pues las no bellas no serán esculturas, o no lo serán por completo.

Pero avancemos. En el iusmoralismo de este tipo se suelen entremezclar dos tesis que analíticamente conviene diferenciar de modo adecuado. Una es la tesis de la unión conceptual entre derecho y moral; la otra, la de que la justicia objetivamente existe. A la primera la llamaremos la tesis conceptual y a la segunda la tesis objetivista.

Glosemos primero el paralelo en nuestro ejemplo de las esculturas y la belleza. La tesis de la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza llevaba a que fuera lógicamente contradictorio afirmar "Esta escultura es fea", y performativamente contradictorio afirmar "Pretendo hacer una escultura fea". *Si esta tesis conceptual no va unida a la tesis objetivista de que la belleza objetivamente existe, la tesis conceptual pierde toda razón de ser o desemboca en un relativismo exactamente contrario a lo que con ella se quiere.*

Subamos un peldaño en la abstracción y en lugar de hablar de esculturas hablemos de arte, asumiendo que una de las artes es la escultura, el arte escultórico. Según la tesis conceptual, existiría una relación conceptual necesaria entre arte y belleza, de manera que toda obra de arte encierra una pretensión de belleza (de su autor). Así puestas ahora las cosas, podemos replicar a algo que antes nosotros mismos dijimos. Se afirmó que no carecía de sentido pensar en un escultor que en ciertas circunstancias quisiera hacer una escultura fea. Si la pretensión de belleza es constitutiva del arte, ese autor quiso hacer una escultura, pero no una escultura que sea arte, una escultura artística. Como el legislador que quisiera hacer una norma muy injusta, que querría, por las razones que sean, hacer una norma e imponerla, pero no estaría pretendiendo que esa norma sea derecho, pues si lo pretendiera incurriría en contradicción.

Hemos llegado a algo importante. ¿Verdaderamente es razonable y defendible el paralelismo que en el párrafo anterior acabamos de trazar, el

paralelismo entre obra artística y norma jurídica, por un lado, y entre arte y derecho, por otro? La respuesta, me parece, sólo puede ser una: depende de cómo definamos arte y de cómo definamos derecho.

Si cargamos la definición de arte con una relación positiva con la belleza, hay, a partir de esa definición y mientras nos mantengamos en congruencia con ella, una relación conceptual *necesaria* entre obra artística y belleza. Pero esa necesidad de la relación conceptual lo es por razón de nuestra definición de arte, así cargada con la idea de belleza, no por razones ontológicas o que nos trasciendan. Mas también caben definiciones de “arte” que no contengan esa referencia determinante a la belleza. Por ejemplo, la que da la Real Academia de la Lengua, en la acepción que aquí viene a cuento: “Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”. Un escultor que dijera “Voy a esculpir una escultura bien fea pero que será una auténtica obra de arte” no caería en contradicción ni lógica ni performativa si se apoyara en una definición como esa del Diccionario de la Lengua Española.

¿Podría algún iuspositivista descarado invertir la tesis de Alexy? Naturalmente que sí perfectísimamente y con la misma facilidad. Ya conocemos bien el esquema: se presenta el axioma como consecuencia y se pide el principio al considerar demostrado lo presupuesto<sup>11</sup>. Alexy comienza por un concepto de derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del derecho (y de los operadores jurídicos) consiste en pretender eso que él al derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre derecho y moral y como base para imputarle contradicciones al positivista que indique cómo entró el conejo en la chistera del mago de Kiel.

¿Cómo podría imitar a Alexy aquel positivista juguetón? Muy sencillo, siguiendo un razonamiento con este esquema:

(i) Se define el derecho por ciertas propiedades formales, institucionales y/o fácticas de sus normas. Ese es el axioma originario, la madre del cordero.

(ii) Se dice que cuando un operador jurídico maneja con finalidades prácticas las normas jurídicas pretende manejar las normas jurídicas y, por tanto, tiene que tomarlas con arreglo a aquellas propiedades sentadas en (i).

(iii) Se añade que si dicho operador, que tiene que haber asumido el axioma inicial, pretende que sea jurídica una norma que, por no tener aquellas propiedades definitorias, no puede ser jurídica, incurre en contradicción performativa, pues, queriendo trabajar con el derecho y dando por sentado con necesidad lo que el derecho es, presenta como jurídica una norma a la que le falta alguna de dichas propiedades definitorias.

<sup>11</sup> La propensión de Alexy a la circularidad ha sido bien diagnosticada por Bulygin, para quien nos movemos en un círculo con estos planteamientos de Alexy: “la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes y esta deficiencia tiene un carácter especial porque está basada en la necesidad de la pretensión” (Bulygin, 2011: 275).

(iv) Concluye que queda así probada, mediante el señalamiento de esa contradicción performativa, la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, que fue la que se estipuló en el paso (i).

Este razonamiento es obviamente tramposo, pues (iii) no es prueba o demostración de (i), sino su consecuencia. Esto es, hemos reproducido, ahora sobre la base de postulados positivistas, el razonamiento pseudodemosttrativo de Alexy. En verdad, no hemos demostrado de esta manera la tesis positivista de la separación. Exactamente como Alexy no demuestra, con su idéntico razonar, la tesis antipositivista de la no separación. Tanto Alexy como este imaginario positivista no hacen más que llamar performativamente contradictorio el modo en que razona el que no participa del respectivo axioma inicial. Por eso tal noción de contradicción performativa no aporta absolutamente nada al debate de fondo entre positivistas y no positivistas.

#### 4. ¿Quién pretende qué?

Es poco menos que imposible salir de la circularidad del razonamiento de Alexy y de su manera de presentar como prueba lo que es presupuesto de su teoría. Aunque puntualmente haya reconocido que un sistema jurídico como tal no puede tener ninguna pretensión, pues sólo los sujetos pueden pretender<sup>12</sup>, su personificación de los sistemas jurídicos a estos efectos es constante. “Según el argumento de la corrección, los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. La no formulación de la pretensión de corrección excluye a los sistemas normativos de la clase de los sistemas jurídicos”, y esa es una característica “definitoria” o “clasificatoria”<sup>13</sup>: no hay ni puede haber sistema jurídico que no formule esa pretensión<sup>14</sup>.

17

<sup>12</sup> “Las pretensiones sólo pueden ser elevadas por sujetos capaces de hablar y de actuar. Que el <<derecho>> eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica” (Alexy, 2008: 63). “En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden ser formuladas por sujetos capaces de actuar. Por lo tanto, que el Derecho formule una pretensión de corrección sólo puede significar que aquéllos que la formulan y actúan, en y para el Derecho, lo crean, interpretan, aplican y ejecutan. El legislador y el juez son casos paradigmáticos. Que *formulen* una pretensión significa, en primer lugar, que sus actos institucionales, esto es, las decisiones legislativas y las sentencias judiciales, están vinculados con el acto no institucional de tal *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto” (Alexy, 2000a: 219). Últimamente en Alexy (2011: 390), donde esa relación entre el pretender de los operadores jurídicos y el pretender del derecho mismo se complica con nuevos conceptos problemáticos: “En un sentido literal y estricto, solo pueden elevar pretensiones los sujetos que son capaces de hablar y actuar. Sin embargo, tiene sentido hablar de pretensión de corrección del derecho, pues esta pretensión es planteada, en especial aunque no solo, por quienes ostentan cargos”. “Personas que formulan la pretensión de corrección pueden ser designadas como <<representantes del derecho>>” (*Ídem*). Esta llamativa idea de que aunque el derecho mismo no puede pretender, pretende a través de sus representantes ya estaba en la respuesta de Alexy a MacCormick (Alexy, 2007a: 334-335).

La crítica basada en que nada más que los sujetos de carne y hueso pueden plantear pretensiones fue muy señaladamente expuesta por MacCormick (2007: 59 ss.). Sin embargo, más allá de estas diferencias, MacCormick concuerda básicamente con Alexy en ciertos aspectos de la pretensión de corrección y, sobre todo, en la adopción de la tesis de la injusticia o de la fórmula de Radbruch. Cfr. MacCormick (2007: 66-67; 2008: 201-202).

<sup>13</sup> Dice Alexy que la expresión “clasificatorio” la considera últimamente mejor que la expresión “definitorio” que antes empleaba. Cfr. Alexy (2001a: 110, en la nota 16).

<sup>14</sup> En Alexy (2001b: 63). “Los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Sólo en un sentido indirecto o metafórico puede un observador llamar <<sistema jurídico>> a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección” (Alexy, 1997: 40). “Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante” (*Ibid.*: 41).



Si un sistema normativo por sí no puede pretender nada, y si se trata de una metáfora, ciertas consecuencias son insoslayables. Si la pretensión es en verdad de los autores de las normas, debemos preguntarnos qué puede pretender quien hace una norma jurídica o el hipotético y muy problemático sujeto que consideremos autor de todas ellas, del sistema.

¿Qué pretende el que hace normas jurídicas? Que sean jurídicas. Si pretendiera hacer un epitafio para una tumba, haría un epitafio para una tumba, a tenor de las reglas y usos de creación de epitafios. ¿Quién hace las normas jurídicas debe pretender además que sean moralmente correctas? Según el iusmoralismo de Alexy, sí, sin duda. Porque si no pretende que las normas jurídicas sean moralmente correctas, no estará pretendiendo hacer normas jurídicas, ya que no hay sistema jurídico sin la pretensión de corrección moral. Luego quien quiere hacer normas jurídicas no estará haciendo lo que pretende si no pretende que sean moralmente correctas.

Ahora bien, si esa pretensión es relativa a los sujetos que hacen las normas, la condición se satisfará si esos sujetos *creen* que son moralmente correctas, es decir, que se puede fundamentar objetivamente o intersubjetivamente esa corrección moral. Bastará esa creencia sincera para que resulte cumplida la condición de que haya pretensión de corrección. Hay corrección cuando el sujeto está convencido de que hay corrección. Pero de esta manera la conexión entre derecho y moral es contingente en cuanto a los contenidos, ya que será derecho cualquier sistema jurídico, sean sus contenidos los que sean, que vaya acompañado de esa convicción subjetiva: el autor pretende que el derecho es moralmente correcto y pretende que sea correcto en conformidad con *su* moral sincera y honestamente expuesta.

Pero acto seguido nos informa Alexy de que no basta la pretensión, sino que se ha de satisfacer: el derecho pretendido correcto ha de ser correcto. Se tiene que lograr lo pretendido, pues, si no es así, el sistema jurídico no es jurídico: la pretensión de corrección es, para los sistemas jurídicos, condición necesaria, pero no condición suficiente. “Sin embargo, la pretensión de corrección tiene un carácter doble: no sólo se puede formular o no formular la pretensión de corrección sino que también se la puede satisfacer o no satisfacer” (Alexy, 2001b: 63). “La no satisfacción de esa pretensión por un sistema jurídico, lo convierte en necesariamente deficiente” (*Ibíd.*: 64).

Por tanto, hemos de concluir que un sistema jurídico es no deficiente, es plenamente sistema jurídico, si: a) ese sistema jurídico “formula” una pretensión de corrección; y b) esa pretensión se ve satisfecha. ¿Cómo puede satisfacerse la pretensión? Si el sistema es objetivamente correcto, si tiene la propiedad objetiva de ser correcto. ¿En qué sentido correcto? En el sentido de no disconforme con la justicia, en el de no ser injusto (o muy injusto). Pero, si un sistema jurídico es no deficiente en cuanto tiene la propiedad objetiva de ser justo, ¿para qué hace falta, por qué ha de ser necesaria la condición de que ese sistema “formule” una pretensión de ser justo o moralmente correcto? ¿Acaso para que el sistema mismo no incurra en la “contradicción performativa” de ser justo sin haber él mismo querido serlo? Además, comprobamos igualmente que la pretensión de corrección, aunque la entendamos como pretensión del sujeto humano “autor” del sistema, no vale como mera pretensión subjetiva de corrección, sino como pretensión de ser verdaderamente correcto, justo, a tenor de tal parámetro objetivo: de la justicia



objetiva<sup>15</sup>. Un amplio rodeo para llegar al iusmoralismo tradicional: el derecho sólo es derecho si no contradice claramente la justicia. De ese modo, la llamada por Alexy tesis de la (pretensión de) corrección no añade nada a su otra tesis, la que denomina tesis de la injusticia.

Hasta aquí estábamos hablando de la pretensión de corrección del sistema jurídico como tal. Sabemos que “Los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos”<sup>16</sup>. También estamos al corriente de que han de satisfacerla. ¿Cómo es un sistema jurídico que formula la pretensión de corrección, pero no la satisface? ¿Deja de ser un sistema jurídico por ser dicha satisfacción “definitoria” del sistema jurídico o, en otros términos, “clasificante”<sup>17</sup>? No, salvo en el caso de la extrema injusticia de ese sistema: “Sólo cuando su deficiencia transgrede el umbral de la extrema injusticia su carácter jurídico se destruye” (Alexy, 2001a: 111).

No es fácil moverse en todo este batiburrillo conceptual. Así que recapitemos un poco, antes de seguir avanzando.

a) Un sistema normativo que no formula una pretensión de corrección no es un sistema jurídico. No es más que ejercicio descarnado del poder y la fuerza<sup>18</sup>. Pero imaginemos, como hipótesis, un sistema “jurídico” que no formula una pretensión de corrección, pero que no contiene ninguna norma gravemente injusta. Deberíamos concluir que no es un sistema jurídico, pues carece de aquella condición definitoria o clasificatoria. Entonces tendríamos que la satisfacción de la condición de justicia no impide que un sistema deje de ser no-jurídico, puro poder, y ello porque tal sistema no plantea la pretensión de corrección: al sistema le salió ser justo sin haberse propuesto serlo.

La escapatoria de ese embrollo sería, para Alexy, la siguiente: puesto que todo sistema jurídico formula explícita o implícitamente una pretensión de

<sup>15</sup> Oigamos a Bulygin: “aun si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por <<corrección moral>> o <<justicia>>? ¿Es la misma idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas? Probablemente ellos entendieron cosas bastante diferentes por justicia o corrección moral. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica. Para sostener esta última tesis, Alexy no sólo debe demostrar que hay una moral objetiva, sino también que esta moral es compartida por todos los que hacen derecho” (Bulygin, 2001b: 88).

<sup>16</sup> En Alexy (2001a: 109). Idénticamente en Alexy (1997: 40 y 41).

<sup>17</sup> Dice nuestro autor que pueden ser de dos tipos diferentes las conexiones entre derecho y moral. “La primera será llamada <<clasificante>> y la segunda <<cualificante>>. Se trata de una conexión *clasificante* cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales y normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión *cualificante* cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral” (Alexy, 1997: 32). Poco más adelante añade: “El argumento de la injusticia no es nada más que la tesis de la vinculación referida a una conexión clasificante” (*Ibid.*: 34).

<sup>18</sup> Pero si es un sistema normativo, como Alexy lo caracteriza, pero no es un sistema jurídico, y tampoco un sistema moral, ya que a todo sistema moral le es inmanente también una pretensión de corrección, tendríamos que buscarle un nombre. Tal vez se le podría llamar sistema normativo de poder.

corrección, ese sistema de nuestro ejemplo contendría una formulación implícita de la pretensión de corrección. De ese modo, todo sistema que no encierre muchas normas muy injustas es un sistema que formula la pretensión de corrección, aunque no la formule expresamente: está en él implícita. Volvemos a ver que no es la formulación de aquella pretensión lo que cualifica (o es condición para que pueda calificarse) un sistema normativo como sistema jurídico, sino que la condición es la justicia (la no injusticia radical de sus normas). Así que la pretensión de corrección nada agrega aquí al que Alexy llama el argumento de la injusticia. Pues:

(i) Un sistema “jurídico” que formule la pretensión de corrección, pero que contenga abundantes normas muy injustas, no es un sistema jurídico, ya que no satisface la pretensión<sup>19</sup>.

(ii) Un sistema “jurídico” que no formule la pretensión de corrección expresamente, pero que no contenga (abundantes) normas muy injustas, es sistema jurídico de todos modos, pues hay que entender en él implícitamente formulada aquella pretensión. Es decir, el sistema es por definición jurídico si se cumple en él la condición de no injusticia grave.

Conclusión: las consecuencias serían las mismas si prescindieramos de la idea de pretensión de corrección, puesto que la única condición real de juridicidad del sistema es la justicia (la no radical injusticia de muchas de sus normas). Un sistema normativo puede ser derecho si no tiene grave injusticia, y no puede ser derecho si tiene grave injusticia. Y punto. Lo demás, inútiles vueltas.

b) Ahora toca preguntarse qué pasa, según Alexy, si un sistema formula la pretensión de corrección, pero no la satisface en algunas de sus normas y decisiones. Vemos, en primer lugar, que estamos ante una cuestión cuantitativa o de grado. Si son muchas y son graves las vulneraciones de la justicia que en ese sistema aparecen, ese sistema no puede ser jurídico. ¿Y si no son tantas - ¿cuántas?- o no son tan graves? Entonces, para Alexy, la pretensión de corrección no se satisface completamente, pero el sistema seguirá siendo jurídico, aunque será jurídicamente “deficiente”.

Nuestro autor es consciente de que si la satisfacción de la pretensión de corrección del sistema depende de que se realice la pretensión de corrección de sus normas y decisiones, la única pretensión con efectos prácticos es esta última y de poco sirve postular o presuponer tal pretensión de corrección para el sistema como un todo: “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de su aplicación a normas aisladas” (Alexy, 1997: 73). Puesto que la pretensión de corrección es más que nada o esencialmente pretensión de justicia<sup>20</sup>, y dado que, por tanto, la pretensión

<sup>19</sup> “El argumento de la injusticia interviene cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema” (Alexy, 1997: 68). “Un sistema normativo pierde su carácter jurídico si, en general, es extremadamente injusto” (*Ibid.*: 69). “El umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física. Se sostiene que, en todo caso, este tipo de exigencias morales puede ser fundamentada racionalmente” (*Ibid.*: 54).

<sup>20</sup> “La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y el equilibrio, y el derecho, en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrios incorrectos, comete por ello una falla *moral*. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una falla *jurídica* (...) La pretensión de corrección formulada por el derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral” (Alexy, 2001a: 114-115).

de corrección se frustra cuando las normas son injustas, que el sistema satisfaga la pretensión de corrección depende nada más que de que sus normas cumplan con su propia pretensión de corrección.

Es inevitable la impresión de que la idea de pretensión de corrección del sistema como un todo es un artefacto teórico inconveniente por enigmático y por inútil. Enigmático porque no se entiende que un sistema normativo, como tal, pueda pretender nada, y porque hablar de un autor del sistema jurídico que sea el que “pretenda” es suponer una misteriosa entelequia: ¿El poder constituyente? ¿El pueblo? ¿Los legisladores y, si son éstos, cuáles de ellos? E inútil por lo que se acaba de decir, porque la pretensión del sistema se agota en la pretensión de sus normas y decisiones.

Explica Alexy que sería desastroso que un sistema jurídico dejara de serlo por causa de que algunas de sus normas o de las decisiones judiciales que en él acontezcan sean injustas, pues a la mínima deficiencia, en términos de justicia, en alguna de sus normas, ese derecho ya no sería derecho: “Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de una norma o decisión aislada destruiría automáticamente el carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada”. Mas esas fallas aisladas suponen que el sistema no satisface la pretensión de corrección, pues no la satisfacen todas sus normas y decisiones. ¿Cómo es un tal sistema jurídico? Es jurídico pero “deficiente”, pues contiene deficiencias en la satisfacción de su pretensión de corrección<sup>21</sup>.

Tenemos un mapa muy complicado, que luego habremos de explicar mejor en algunos de sus puntos aún no examinados, pero que podemos esquematizar así:

(i) Sistemas “jurídicos” que no formulan la pretensión de corrección: según Alexy, no son sistemas jurídicos.

(ii) Sistemas “jurídicos” que formulan la pretensión de corrección, pero que no la satisfacen porque tienen muchas normas y decisiones gravemente injustas: no son sistemas jurídicos, sino sistemas de poder y fuerza, de mera dominación.

Por cierto, *habrá que entender que si un tal sistema ha dejado por esa razón de ser jurídico, tampoco podrá ser jurídica ninguna de sus normas y perderán la juridicidad tanto sus normas radicalmente injustas como las injustas no radicalmente e, incluso, las no injustas. Porque, en caso contrario, habremos de entender que hay normas que son jurídicas por relación a un sistema jurídico que no es un sistema jurídico.* En consecuencia y por ejemplo, las normas de derecho mercantil del sistema “jurídico” nacional-socialista que no eran injustas no eran tampoco normas jurídicas. Nada jurídico pudo suceder bajo el sistema “jurídico” nacional-socialista. Cualquier sentencia recaída bajo aquel sistema y en aplicación de cualesquiera de sus normas debería tenerse por nula por ajurídica y dejarse sin efecto.

Mas la claridad conceptual y la coherencia teórica y práctica no son las preocupaciones mayores de Alexy, no precisamente. Rechaza esa consecuencia que acabamos de exponer, a la que llama “tesis de la irradiación”. Según tal argumento, la pertenencia de una norma, aun no injusta, a un sistema que no es jurídico por extremadamente injusto, hace que la norma aquella tampoco sea jurídica (Alexy, 1997: 69). ¿Por qué, según Alexy, no resulta aceptable esa tesis? Porque

<sup>21</sup> “Todo lo que estoy diciendo, es que los sistemas jurídicos que no satisfacen la pretensión de corrección son sistemas jurídicos deficientes, y que las normas jurídicas que no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección son normas jurídicas deficientes” (Alexy, 2001a: 113).



quedaría seriamente dañada la seguridad jurídica<sup>22</sup>. Por esa razón la tesis de la irradiación ha de ser rechazada y, en ese sistema normativo que no es jurídico por ser extremadamente injusto, solamente perderán la juridicidad aquellas normas aisladas que en su contenido rebasen el umbral de la injusticia radical (Alexy, 1997: 71). Las otras serán válidas, serán jurídicas, serán derecho, sean en su contenido justas o sean meramente injustas, sin aquel carácter aberrante.

Extraordinario hallazgo. Ahora resulta que pueden existir normas jurídicas, jurídico-positivas además, que son jurídicas aunque no lo sea, no sea jurídico, el sistema al que pertenecen y conforme al que se crearon. De ese sistema no pueden extraer su validez o juridicidad, pues él no la tiene. ¿De dónde les vendrá, entonces? Un misterio más de los muchos que pueblan las tinieblas conceptuales alexyanas.

Y, para rematar, mírese este párrafo con que concluye tal asunto: “Por ello, no puede conducir [la tesis de la irradiación] a que del carácter de injusticia de un sistema total resulten consecuencias que vayan más allá de la aplicación del argumento de la injusticia a las normas aisladas” (*Ídem*). Si del carácter de injusticia de un sistema, de su injusticia extrema (de eso se está hablando en este momento), no se puede desprender más consecuencia que la no validez como derecho de algunas normas particulares, muchas o pocas<sup>23</sup>, de ese sistema, ¿cómo es que viene Alexy diciéndonos que de tal injusticia tremenda del sistema se sigue la no juridicidad del sistema mismo, su no condición de derecho? ¿En qué quedamos? Pues, inevitablemente, en lo siguiente: el sistema no vale como derecho, pero algunas de sus normas sí valen como derecho de ese sistema. Lo nunca visto.

Alexy sí llega a plantearse fugazmente el problema de cuál es la fuente de validez de las normas jurídicas que “pertenecen” a un sistema jurídico que no es jurídico. Y hace saber que cuando un sistema jurídico se derrumba por causa de la injusticia total de gran número de sus normas, ese sistema perdería su existencia y desaparecería así el fundamento de validez de las normas de él subsistentes (las no muy injustas). Solución: el fundamento de validez de esas normas estaría o bien en el derecho consuetudinario o bien en el derecho natural, pero “sería ya otro sistema, no obstante la identidad parcial de las normas” (Alexy, 1997: 72-73). Y, como esa explicación le parece, poco adecuada (*Ibid.*: 73), acaba ahí sosteniendo que en realidad “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas” (*Ídem*)<sup>24</sup>. Si esto lo entendemos bien, el resultado final es impactante, pues consiste en negar la tesis de partida: resulta que, aunque puede haber sistemas jurídicos que pierdan su juridicidad por razón de la gran cantidad e importancia de sus normas injustísimas, en realidad y a la hora de la verdad la juridicidad no la pierden esos sistemas, sino únicamente aquellas normas

<sup>22</sup> “La seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de la injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema” (Alexy, 1997: 70).

<sup>23</sup> Nada se arregla cuando Alexy añade que “el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico” (*Ibid.*: 71). Estamos en las mismas. Si ya no hay sistema porque no quedan normas suficientes, no hay sistema ni, por tanto, normas de ese sistema que sean válidas. Pero si está Alexy afirmando que, aun cuando ya no haya sistema, sobrevive la validez de las normas del mismo no radicalmente injustas, nos encontramos ante un misterio de la teoría jurídica que deja en poca cosa el de la Santísima Trinidad: hay normas jurídicamente válidas de un sistema que ya no es jurídico y que, para colmo, no es jurídico porque no tiene normas bastantes para poder serlo.

<sup>24</sup> También Alexy (1997: 93).

insoportablemente injustas, sean muchas o pocas. Todo un tratado de lógica y rigor conceptual exento de contradicciones, ni performativas ni de las otras.

(iii) Sistemas jurídicos que contienen normas o decisiones injustas, bien sean gravemente injustas, pero pocas, bien meramente injustas, aunque sean bastantes: son sistemas jurídicos, pero “deficientes”.

¿Cuál será la frontera entre sistemas “jurídicos” que, de tan injustos, dejan de ser jurídicos y sistemas jurídicos que siguen siendo tales a pesar de contar con un cierto número de normas extremadamente injustas? Para que no se diga que andamos recopilando enigmas al buen tuntún, sigamos a Alexy. Para que la juridicidad del sistema jurídico desaparezca, hace falta que, por radicalmente injustas, dejen de ser jurídicas “muchas” de sus normas, especialmente “muchas normas aisladas importantes para el sistema” (Alexy, 1997: 71). ¿Cuántas habrán de ser? Tantas como para que, descontadas, ya no queden “normas suficientes para un sistema jurídico” (*Ídem*). ¿Cuál será el número mínimo de normas de un sistema jurídico? No nos consta que Alexy lo haya aclarado. Solamente nos ha hecho ver que si a un sistema jurídico se le restan muchas normas, que por muy injustas no son jurídicas, y son normas importantes, el sistema jurídico desaparece. Pero un párrafo más adelante también dice esto otro: “Aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter de jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico” (*Ibid.*: 72). Tremendo. Se nos acababa de contar que cuando desaparecían muchas normas e importantes dejaba de haber sistema jurídico, pero unas líneas después se nos explica que aunque sean muchas e importantes las normas que dejen de ser jurídicas, el sistema puede mantener su juridicidad, pues basta con que conserve un mínimo de normas. O sea: un sistema deja de ser jurídico cuando pierden la juridicidad muchas normas, y por muchas hay que entender las que no dejen ni un mínimo de ellas. Con lo cual, reproducimos aquí la pregunta: ¿cuántas formarán ese mínimo que permite la subsistencia del sistema jurídico? Porque es de suponer que cuanto más alto sea ese número mínimo, menos muchas deben ser las muchas normas que pueden desaparecer del sistema sin que a este le pase nada. Por cierto, ¿habrá sido sistema jurídico el sistema “jurídico” del nazismo? ¿Habrá Alexy hecho el cálculo correspondiente?

(iv) Sistemas jurídicos que formulan la pretensión de corrección y, además, la satisfacen siempre, pues no tienen ni normas ni decisiones injustas: serían sistemas jurídicos perfectos, sin ninguna deficiencia. Habrá que suponer que alguno puede haber, ya que, si no fuera así, tendríamos que concluir que “sistema jurídico” es sinónimo de “sistema jurídico deficiente” y se volvería completamente prescindible la idea de “sistema jurídico deficiente”, ya que no añadiría nada al concepto de sistema jurídico.

(v) Normas jurídicas o decisiones que no formulan la pretensión de corrección: son jurídicamente deficientes.

(vi) Normas “jurídicas” y decisiones que son grave o radicalmente injustas: no son jurídicas<sup>25</sup>. Si son muchas, hacen que tampoco sea jurídico el sistema “jurídico”, como sabemos.

<sup>25</sup> “Todo fallo judicial formula necesariamente una pretensión de corrección. Un fallo basado en una injusticia extrema y que constituya una injusticia extrema no satisface, en extrema medida, esta pretensión” (*Ibid.*: 63-64).



(vii) Normas jurídicas y decisiones meramente injustas, sin aquella gravedad: son jurídicas, pero de modo deficiente, pues no satisfacen su pretensión de corrección.

(viii) Normas jurídicas y decisiones perfectamente justas: son (supuestas también las condiciones institucionales) normas y decisiones perfectamente jurídicas, ya que dan gusto a la pretensión de corrección.

Veamos qué ocurre con las normas y decisiones deficientes por no cumplir con plenitud con la pretensión de corrección que se les supone tanto a ellas como al sistema. El que puedan seguir siendo jurídicas, aunque de modo deficiente, pese a ser injustas (salvo que rebasen “el umbral de la extrema injusticia”), lo explica Alexy distinguiendo “entre una formulación subjetiva o personal” de la pretensión de corrección y una formulación “objetiva u oficial” de esa pretensión. Esto debería llamarse el efecto multiplicador de las pretensiones. Se cruza lo pretendido por los sujetos con lo pretendido por el sistema mismo o por las normas en sí o las decisiones en sí, con lo que definitivamente queda claro que Alexy presume lo imposible: que las pretensiones de los sistemas y las normas, de las instituciones, no se confundan con las pretensiones de los sujetos de carne y hueso y sean autónomas respecto de estas. Veámoslo:

La base de su razonamiento está en “la distinción entre una formulación subjetiva o personal de una pretensión, y una formulación objetiva u oficial” (Alexy, 2001a: 111). “Los actos jurídicos están engastados en el contexto institucional de un sistema jurídico. La validez jurídica de una decisión judicial o de un acto legislativo resulta de las normas de competencia que facultan al juez o al parlamento. Las personas que ejercen estas competencias o poderes practican un rol oficial en el sentido jurídico. La pretensión de corrección está necesariamente conectada a este rol oficial; necesariamente conectada, siempre que el sistema jurídico en tanto un todo formule esa pretensión. Un juez que niega la pretensión de corrección sólo puede hacer esto de una manera subjetiva o personal. Siempre que actúe como juez, la pretensión de corrección es formulada objetiva y oficialmente. Inevitablemente hay una contradicción entre el lado subjetivo o personal y el lado objetivo u oficial. Esta es otra forma de expresar la teoría de las contradicciones performativas” (Alexy, 2001a: 111-112).

Así que si un juez quiere que su sentencia sea incorrecta (por injusta) o un legislador busca que su ley sea incorrecta, por injusta, tales pretensiones subjetivas son solo eso, subjetivas; pero, si el sistema jurídico como un todo ha formulado la pretensión de corrección, las pretensiones subjetivas del juez y el legislador siguen siendo nada más que subjetivas, mas la sentencia en sí o la ley en sí seguirán pretendiéndose correctas y esa pretensión será objetiva. Porque en un sistema que en sí se pretende lo correcto no pueden, en sí, pretenderse incorrectas una ley o una sentencia. ¿Importa, pues, en algo la pretensión subjetiva de incorrección del juez o el legislador? Para el derecho no importan nada, pues todo dependerá de que

---

Debe tenerse en cuenta que esa no juridicidad de las normas aberrantemente injustas parece que no se debe a la insatisfacción de la pretensión de corrección inherente a toda norma jurídica posible, sino a la injusticia misma. Al presentar el “argumento de la corrección” dice Alexy que “En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección” (*Ibid.*: 42). Pero, al exponer el “argumento de la injusticia” nos cuenta que “cuando traspasan un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico” (*Ibid.*: 45). “Antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierdan el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante)” (*Ibid.*: 83).

la norma o la sentencia sean correctas objetivamente, tal como ellas mismas pretenden porque lo pretende el sistema. Para lo único que importa ese choque de pretensiones es para decirle al juez que incurre en una peculiar “contradicción performativa”, pues cómo va a pretender como juez lo que como juez es imposible que pretenda.

Un juez que subjetivamente quisiera dictar sentencia injusta (por ejemplo porque a él le conviene decidir así, aun convencido de que hace injusticia), pero que dictara sentencia que objetivamente fuera justa, estaría satisfaciendo la pretensión de corrección del sistema y la de la sentencia en sí. Con su pretensión subjetiva de hacer injusticia no sé qué sucedería, pero supongo que no importa mucho, salvo que se moleste porque lo llamamos contradictorio performativo. ¿Y el juez que subjetivamente formula la pretensión de corrección para su sentencia, pero que acaba haciendo una que le sale injusta sin querer? Vería insatisfecha su pretensión subjetiva, pero ya quedamos en que eso no tiene mayor importancia. Lo que sí importa es que su sentencia sería jurídica, pero jurídicamente deficiente, ya que no satisface ni la pretensión de corrección del sistema en sí ni su propia pretensión de corrección, la de la sentencia en sí. Y todo esto para demostrar, en el propósito de Alexy, que no es derecho correcto la sentencia injusta.

Lo que acabamos de decir para el juez ha de valer, punto por punto, para el legislador.

Pero sigamos tratando de desenredar la madeja de la pretensión de corrección de la sentencia judicial y de sus consecuencias. Escribe Alexy:

Un fallo judicial encierra necesariamente una pretensión de corrección. A causa de su vinculación necesaria con el fallo judicial, ésta es una pretensión jurídica y no meramente moral. A esta pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla, sin que importe cuál sea la consecuencia jurídica de la violación de este deber. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleve a cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible. Así, no se cumple la pretensión de corrección si en un caso dudoso un juez elige una de las dos decisiones conciliables con el material dotado de autoridad aduciendo la siguiente fundamentación: <<Si hubiese ponderado hubiese llegado a otra decisión; pero no he ponderado>>. Con esto se ve claramente que en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico” (Alexy, 1997: 78).

Analícemos.

(i) Se repite la idea, ya vista, de que todo fallo judicial necesariamente contiene una pretensión de corrección. Como el fallo judicial tiene carácter jurídico, la pretensión que encierra también ha de ser jurídica y no meramente moral. Es decir, es una pretensión moral convertida en pretensión jurídica por estar en un fallo judicial. ¿Por qué se ha de entender que el carácter jurídico del acto que se ejecuta - en este caso el sentenciar de un juez- torna jurídicas las pretensiones ligadas a ese acto? Un mecánico recibe un coche para reparar una avería mecánica. Ese es el fin de su actividad y, además, ese mecánico pretende hacer tal arreglo del modo que resulte técnicamente más perfecto y, al tiempo, menos oneroso económicamente para el dueño del vehículo. Podría afirmarse que ese propósito tiene carácter moral, pues tiene relación con la deontología profesional o general de tal sujeto. Pero ¿tendría sentido que sostuviéramos que se trata de una pretensión mecánica

porque la actividad tiene carácter de actividad mecánica? ¿Es esa honesta pretensión moral del reparador parte de la mecánica del automóvil?

(ii) ¿De dónde nace el “deber jurídico” de satisfacer la pretensión de corrección inmanente a todo fallo judicial? De que previamente se ha tildado de jurídica dicha pretensión porque el fallo tiene estatuto jurídico. Pero, por lo visto, es un deber jurídico para el que no importan las consecuencias jurídicas del incumplimiento. ¿Ante qué foro se plantea dicho deber? Probablemente nada más que ante la conciencia moral del juez, en su caso. Así que será un deber moral en conciencia que tiene carácter jurídico porque versa sobre un acto jurídico.

(iii) Tenemos una pretensión de corrección, y el correspondiente deber jurídico, y nos hallamos ante un caso dudoso, no ante un caso fácil que el sistema jurídico-positivo resuelva inequívocamente. ¿Se frustrará la pretensión de corrección por la incertidumbre sobre cómo decidir el caso? No, pues se echa mano de los principios y se los pondera. De ese modo se puede satisfacer la pretensión de corrección. Mas habrá que pensar que es así porque el caso solo era dudoso *prima facie*, antes de la ponderación. Si esos principios son parte del sistema jurídico<sup>26</sup> y si al ponderarlos resolvemos el caso y satisfacemos la pretensión de corrección, será porque con ellos y su ponderación se vuelve claro lo que era dudoso. Si los principios y su ponderación valen para dar solución correcta al caso dudoso, en el fondo no hay en el sistema casos dudosos. Si los principios no son de naturaleza meramente moral, sino jurídica, si no salen de la conciencia moral del juez -o de sus intereses, opiniones, etc.-, sino del sistema jurídico mismo, el sistema jurídico es, en su fondo o substrato esencial, claro, completo y coherente. No hace falta más que un buen método, el ponderativo, para sacarle lo que lleva dentro.

(iv) También sabemos que en ocasiones la pretensión de corrección justifica el fallo *contra legem* y hasta obliga a él. Un fallo judicial legal, pero injusto, es un fallo jurídicamente deficiente, como mínimo. Tal deficiencia es consecuencia de la no satisfacción de la pretensión de corrección. Así que un caso puede ser claro, ley en mano, pero dudoso moralmente o en términos de justicia. Entonces los principios y su ponderación servirán para brindar la correcta solución del caso y, si es así, toda justa solución del caso será jurídica porque serán necesariamente jurídicos los principios que la guíen<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Véase Alexy (1997: 123). “Todo aquello en lo que –en el ámbito de apertura del derecho- se apoya y/o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho. De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión. La cláusula <<apoya y/o tiene que apoyarse>> expresa el juego de las dimensiones real e ideal de la aplicación del derecho. Al derecho pertenecen tanto aquellos argumentos con los cuales quienes lo aplican apoyan fácticamente sus decisiones, también cuando ellas no satisfacen la pretensión de corrección, como aquellos argumentos en los que deberían apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección. Con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho” (*Ibid.*: 126).

Muy importantes apreciaciones sobre las consecuencias que tiene esa inclusión en el sistema jurídico de principios y otras consideraciones normativas que no han pasado los criterios de validez establecidos por el propio ordenamiento y que tampoco suponen explicitación de las presuposiciones de esas normas del ordenamiento pueden leerse en Gaido (2011: 262-265).

<sup>27</sup> Bien claramente al respecto, Alexy en una entrevista reciente: “El Tribunal Constitucional Alemán, en una serie de decisiones se ha decantado o incluso ha aceptado decisiones que incluso están en contra del texto de la ley, el caso más representativo de esto lo constituye el *Caso Soraya*. Por decisiones en contra de la literalidad de la ley, entiendo yo decisiones en contra, por un lado, de la literalidad del texto que encontramos en el artículo, y por otro lado, en contra de la voluntad del legislador. En Alemania este tipo de decisiones contra la literalidad de la ley y contra la voluntad del legislador, son altamente controvertidas; considero a esta línea de argumentación del Tribunal Constitucional como correcta”. Y sigue: “Desde un punto de vista de la teoría del Derecho aquí se trata de la colisión de, por un lado, de

(v) Para Alexy, no se cumple la pretensión de corrección si un juez elige una de las alternativas decisorias que la ley le deja abierta (por ejemplo porque esa ley que viene al caso admite varias interpretaciones), pero ese juez dice que si hubiera ponderado no habría llegado a esa decisión, sino a otra. De esto se desprende, a juicio de Alexy, que la ponderación es jurídicamente obligatoria en los casos dudosos. Confieso humildemente que no lo entiendo, por lo que no merece la pena que le dé más vueltas a ese razonamiento. Lo que sí parece claro es que ningún juez va a decir “Llegué a esta decisión sin ponderar, pero sería otra si hubiera ponderado”, sino “A esta decisión llegué ponderando”; o “A esta decisión llegué sin ponderar, pero si quieren ahora pondero y verán cómo me sale lo mismo”.

Lo que Alexy concluye es que siempre que en un sistema jurídico hay casos dudosos, ese sistema jurídico necesariamente contiene principios y que “Esto basta como base para la fundamentación de una conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios” (Alexy, 1997: 78-79). Esquematicemos su razonamiento: a) Hay casos dudosos; b) lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudoso es jurídico; c) los principios son lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudosos; d) Por tanto, los principios son jurídicos<sup>28</sup>; e) como los principios son también morales<sup>29</sup>, queda fundamentada la conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios. Parece todo muy lógico, si no fuera por lo dogmático y arbitrario de las tesis b) y c), de lo que depende la misma condición de las tesis d) y e).

## 5. Un caso especial

Considera Alexy que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general (tesis del caso especial) por cuanto que en él se pregunta qué sea lo debido, lo que debe hacerse o no hacerse. Al igual que en la moral, la cuestión es qué sea lo debido, prohibido o permitido<sup>30</sup>. La especialidad del discurso jurídico dentro del discurso práctico general viene dada por las particulares limitaciones a que está sometido, por el papel que juegan la ley, los precedentes y la dogmática. Llevado a la decisión judicial, esto supone que, por definición y necesariamente, el juez no se pregunta meramente qué es lo legal y cuáles son las condiciones jurídico-positivas de validez de su decisión, en tanto decisión jurídica, sino también cuáles son las condiciones de validez práctica general de su decisión: las condiciones de la decisión justa. Al presuponer en toda sentencia la pretensión de corrección como pretensión (también) de justicia, y al entender que los requerimientos de la moral forman parte también de los requerimientos del derecho y son, por ello, requerimientos igualmente jurídicos, tendríamos que la decisión judicial no jurídicamente deficiente es la que se adapta a los requisitos jurídico-

---

los dos principios formales representados por la autoridad de la decisión del legislador, y por el otro, el principio formal de justicia. Esta colisión, si la entendemos dentro del rango de la teoría de los principios, puede ser resuelta solamente a través de la ponderación. Se podría formular la siguiente regla: en tanto más grave sea la injusticia, de esta misma manera pesa menos o tiene menos preponderancia la autoridad del legislador, el referente para determinar la intensidad de la intervención a la discrecionalidad del legislador la constituye la intervención o afectación a los derechos humanos” (Alexy, 2009: 235).

<sup>28</sup> “Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas” (Alexy, 1997: 80). Entonces, los principios morales son morales, pero al comparecer en el razonamiento judicial ya son jurídicos.

<sup>29</sup> O, al menos, entre tales principios siempre ha de haber algunos que pertenezcan a alguna moral. Véase Alexy (1997: 79 ss.).

<sup>30</sup> “La tesis del caso especial establece que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (...). Se basa en tres razones. La primera radica en que la discusión jurídica, al igual que la argumentación práctica general, se refiere, en definitiva, a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones *prácticas*” (Alexy, 1999: 24).

positivos, pero también a los de la justicia, y en tanto los primeros no sean incompatibles con los segundos.

Aquí vemos la función de la idea de pretensión de corrección en el esquema de Alexy: si el juez no puede dejar de pretender la justicia de su decisión (e incurrirá en contradicción performativa si no lo pretende), no satisfará su función como juez ni satisfará su sentencia el derecho mismo si no hace justicia. Si no hace justicia, su decisión será jurídica –salvo en casos extremos–, pero defectuosamente jurídica<sup>31</sup>.

Al sentar los presupuestos necesariamente asumidos por todo juez y toda sentencia, Alexy no está retratando en verdad cualquier juez posible, sino proponiendo un modelo de juez y, con ello, de práctica jurídica y judicial: el que es acorde con la *pretensión* alexyana de que la moral sea parte integrante del derecho y de que el razonamiento jurídico-práctico esté en sus resultados condicionado por la moral.

Es posible perfectamente pensar otro modelo de juez, y hasta preferirlo por todo tipo de razones políticas y hasta morales. Un modelo de juez que diferencie sus obligaciones jurídicas, en tanto que juez sometido al principio de legalidad, y sus obligaciones morales, en tanto que sujeto individual, y que no presente sus opciones morales como dictados del derecho. Un juez que cuando ejerza discrecionalidad la llame discrecionalidad, y no obediencia al *ius*, y un juez que cuando falle *contra legem* no pretenda estar obedeciendo al derecho, aun cuando tenga y dé buenas y muy compartibles razones para esa desobediencia.

Comparemos –en lo que la analogía valga– con un mecánico que recibe de un cliente de su taller un coche para que lo ponga a punto. Él sabe cómo poner ese coche en condiciones de dar el máximo rendimiento, haciendo que su motor ofrezca sus mejores prestaciones. Por ejemplo, siendo capaz de alcanzar los doscientos kilómetros por hora gracias al perfecto ensamblaje de todas sus piezas. En cuanto mecánico, querrá cumplir al máximo la tarea que se le pide y que lo justifica en su oficio. Esa será su pretensión profesional. Pero quizá se ponga a pensar que un vehículo que llegue a esa velocidad supone un peligro potencial para su conductor. Entonces se le suscita el problema moral de si no debería hacer menos perfecta esa puesta a punto, a fin de que el coche no rebase los ciento cincuenta kilómetros por hora. Desde el punto de vista moral podemos estar de acuerdo con que proceda así –supóngase que estamos de acuerdo en eso, con base en muy buenas razones–. ¿Diríamos por eso que a la mecánica automovilística le es inmanente una pretensión de corrección moral, de modo que el mejor trabajo mecánico será el que tome en cuenta tales consideraciones morales y les dé preferencia? ¿No somos capaces de diferenciar los problemas técnicos del trabajo en tanto que mecánico de los problemas morales de la persona del mecánico? ¿No podemos decir que desde el punto de vista de la mecánica no ha hecho un buen trabajo, aunque bajo la óptica

<sup>31</sup> “Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas *en el esquema del orden jurídico válidamente establecido*, sino también pretenden ser correctas en cuanto *decisión jurídica*. Una decisión judicial que aplique correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface en todos los aspectos la pretensión de corrección que ella despierta. Si la ley injusta o irrazonable es jurídicamente válida, la decisión basada en ella también será jurídicamente válida, y en muchos, si no en la mayoría, de los casos, los principios de certeza jurídica, de división de poderes y de democracia exigirán al juez que cuando no haya margen para la interpretación, siga incluso las leyes injustas o irrazonables, de manera que su decisión será correcta *bajo las condiciones dadas*, por desafortunadas que éstas sean. Pero, sin embargo, la decisión no es jurídicamente perfecta: está impregnada por la imperfección de la ley” “Las decisiones judiciales injustas ya no podrán ser consideradas sólo moralmente controvertibles y, sin embargo, jurídicamente perfectas. Ellas serán también jurídicamente defectuosas. De este modo, el Derecho no sólo está abierto a la crítica moral desde fuera. La dimensión crítica se resitúa completamente dentro del propio Derecho” (Alexy, 1999: 32).



de la moral su opción pueda estar justificada? ¿No es mejor distinguir de tal manera que sostener que, si pone el coche plenamente a punto, su trabajo ha sido mecánicamente deficiente, o que si no lo pone a punto, para que no pase de cierta velocidad segura, ha sido mecánicamente perfecto?

Pues otro tanto tendría que valer para el juez. Porque cada cosa es cada cosa. Y seguirá siéndolo por mucho que carguemos al mecánico y al juez (o a la mecánica y la sentencia) con pretensiones de corrección moral. Para el juez hay una pauta de corrección jurídica y hay otra pauta, *distinta*, de corrección moral. Confundirlas es como confundir la mecánica con la piedad o cualquier saber técnico con la misericordia.

## 6. Vamos a lo que vamos

¿Es irrelevante en términos prácticos todo este barullo de conceptos y pretensiones? No, no lo es, pues tiene la construcción alexyana dos intenciones que se traducen en dos consecuencias de mucho calado teórico. Una, la de negar que la discrecionalidad sea propiamente discrecionalidad. Ni el juez ni el legislador pueden (o deben) decidir con libertad dentro de los márgenes que les acoten las normas del sistema jurídico: deben hacer la sentencia justa y la ley justa. Otra, la de justificar el fallo judicial *contra legem*, siempre que la vulneración de lo que la ley impone para el caso se justifique con base en lo que para el caso la justicia demanda<sup>32</sup>. Porque una sentencia acorde con la ley, pero opuesta a la justicia, no satisface la pretensión de corrección del sistema jurídico y la de la sentencia misma, en tanto que parte de ese sistema.

¿Qué significa que una ley o una sentencia sean deficientes? Todo depende del “apellido” que pongamos a la presunta deficiencia. Alguien o muchos pueden considerar que una norma o una decisión jurídica son deficientes y criticables desde muchos puntos de vista: moral, económico, político, lingüístico, etc. Más si la deficiencia o defecto es jurídico, querrá decirse que la norma o decisión no son plenamente conformes al derecho<sup>33</sup>; o, lo que es lo mismo, que, derecho en mano, deberían ser de otra manera. En ese caso, todo dependerá de la idea de derecho que manejemos. Lo que sucede es que para ponerle el calificativo de “jurídica” a la deficiencia, deberemos incorporar al sistema jurídico mismo los patrones de enjuiciamiento. Es decir, que si el defecto de esa norma o decisión es un defecto moral, las normas morales determinantes de tal juicio deben considerarse parte integrante del sistema jurídico mismo, a fin de que la deficiencia moral pueda llamarse también deficiencia jurídica. De igual manera, si, por ejemplo, consideráramos que una norma que contenga errores sintácticos en su enunciado presenta un defecto jurídico, sería porque las reglas lingüísticas son parte integrante del sistema jurídico. No es lo mismo decir que estamos ante una norma jurídica lingüísticamente deficiente que sostener que se trata de una norma que, por lingüísticamente deficiente, no es del todo jurídica o tiene un defecto jurídico por esa razón.

<sup>32</sup> Posiblemente el lugar de la obra de Alexy donde más patente queda esto es en su trabajo “Interpretación jurídica y discurso racional”, en Alexy (1995b: 38 ss., especialmente 55 ss.). Concluye Alexy ahí: “El hecho de que argumentos institucionales solo gozan de una prevalencia *prima facie* significa que la argumentación jurídica, aun cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales” (Alexy, 1995b: 60). Interesante el análisis que sobre este asunto y sus implicaciones realiza Paula Gaido (2011: 265 ss.).

<sup>33</sup> Alexy (1997: 32): “Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral”.

El positivismo defiende la autonomía del juicio jurídico, en el sentido de entender que las pautas determinantes de la juridicidad o antijuridicidad son internas al sistema jurídico, pero entendido este como sistema normativo autónomo respecto de otros sistemas normativos, como el moral, el económico, el estético, el de las reglas del idioma, el religioso, el político, etc. Que el sistema jurídico sea en este sentido autónomo quiere decir que se compone de normas provenientes de las fuentes propias de tal sistema y por él mismo configuradas. Lo cual no es óbice para que los elementos de tal sistema o el sistema mismo puedan ser calificados desde otros sistemas normativos, como cuando se dice que una ley, una decisión judicial o todo un ordenamiento jurídico son inmorales o injustos. De idéntica manera a como se puede afirmar que un comportamiento acorde con el (un) sistema moral es antijurídico, o que todo un sistema moral es, en sus fundamentos o normas principales, opuesto a los fundamentos del sistema jurídico vigente.

En términos de razón práctica (si por tal entendemos los fundamentos de la acción individual cuando se basa en una elección entre alternativas), es poco lo que cambia. Pues el positivismo jurídico no propugna que la razón práctica del juez (o del ciudadano común) se agote en la obediencia a la ley, justa o injusta, y se puede, como positivista, admitir que la decisión judicial sea más racional, aceptable o loable si no se atiene a la ley inmoral. El positivismo nada más que indica que no hay por qué cambiarles los nombres a las cosas y que tal acción del juez o del ciudadano será antijurídica, aunque pueda estar justificada desde otros múltiples puntos de vista atinentes a o relacionados con la razón práctica. El positivista también acostumbra a indicar que el debate sobre la frecuencia con que el juez debe atenerse más a la ley jurídica o a la norma moral en tal o cual sistema es un debate político, no de teoría del derecho propiamente dicha, y que sus resultados dependerán ante todo de la evaluación que se haga (o que haga cada uno) sobre el valor, las funciones y la utilidad de ese sistema jurídico en cuestión, por un lado, y de la adecuada distribución de poderes en esa sociedad, por otro. Se puede ser positivista y defensor del uso alternativo del derecho en contextos de opresión política y legislativa; pero llamando a las cosas por su nombre y no enredándose al enredar los conceptos.

Será la consistencia de las razones en pro de una u otra manera de nombrar la que determinará, en sede teórica, la mayor o menor fuerza de convicción del positivismo o los antipositivismos. Lo que aquí estamos tratando de mostrar es que el argumento de la pretensión de corrección es escasamente consistente a esos efectos.

Volvamos a las intenciones prácticas de Alexy y a las consecuencias de su diferenciación entre norma “jurídica” no jurídica por extremadamente injusta y norma jurídica deficientemente jurídica por injusta, aunque no en grado sumo. Recordemos una vez más que él nos dice que “el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en casos de extrema injusticia” (Alexy, 1997: 61). Pero pensemos en una ley L que es injusta, aunque no llega a esos extremos. L, además, forma parte de un sistema que es jurídico –conforme a las categorías de Alexy– porque formula la pretensión de corrección y no la deja radicalmente insatisfecha. Así que, según estos parámetros alexyanos, L es norma jurídica, no cabe negarle la juridicidad. Perfecto. Pero, por ser injusta, es jurídica, sí, pero deficiente: jurídicamente deficiente. ¿Y eso para qué importa, en términos prácticos? Para lo siguiente.

Un juez J tiene que aplicar esa ley a un caso bajo sus términos claramente subsumibles. J, por ser juez, ha de formular una pretensión de corrección para su sentencia y tratar de que no quede insatisfecha. J se encuentra con que L es

derecho y es derecho aplicable al caso, pero que si la aplica, se frustra la pretensión de corrección y su sentencia será jurídica, sí, pero defectuosamente, como consecuencia de haber aplicado al caso L, que es injusta, y de haber así producido un fallo que resulta injusto. Así pues, ¿qué debe hacer J para dictar una sentencia plenamente jurídica, no defectuosamente jurídica, una sentencia que dé gusto pleno a la pretensión de corrección en lugar de dejarla a medias? Pues tiene que inaplicar L y decidir conforme a la justicia, lo que seguirá siendo decidir según el *ius* aunque se trate de decisión *contra legem*<sup>34</sup>.

Pero no quedan ahí las cosas. Pongamos ahora una ley L' que, en su enunciado o tenor general, no presenta tacha de injusticia: L' no es jurídicamente deficiente. Mas sucede que en cierta ocasión L' ha de aplicarse a un caso C que bajo ella encaja y bajo ninguna otra norma positiva del sistema. La norma L' es la aplicable a C. Pero, por alguna peculiaridad de los hechos y circunstancias de C, resulta injusto el fallo resultante de aplicarle L'. ¿Qué tendríamos? Que de la aplicación de una norma no deficientemente jurídica, plenamente jurídica, sale, para C, una sentencia deficientemente jurídica. ¿Qué se debería, pues hacer? No aplicar L' a C, sino resolver ese caso de conformidad con los dictados de la justicia.

Consecuencia de todo esto: hasta la distinción entre normas jurídicamente perfectas y normas jurídicamente deficientes es escasamente relevante en la práctica, pues lo que en la práctica importa y Alexy quiere salvaguardar es la justicia de la decisión de los casos concretos. La ley jurídicamente plena y la ley jurídica, pero deficiente, se excepcionan exactamente igual, aunque con distinta frecuencia: ambas pierden ante los mandatos de la justicia para el caso, son “derrotables” por la justicia, exigencia moral relativa a la distribución en el caso. Lo cual había sido así afirmado y propuesto por gran cantidad de autores antes que Alexy, pero con más claridad conceptual y muchísimo menor rodeo.

Que lo que de tan aparatoso andamiaje interesa a Alexy son ciertas consecuencias prácticas resulta evidente también a la luz de la diferenciación que traza entre la perspectiva del observador y la del participante. La perspectiva del observador la adopta quien simplemente quiere describir el derecho que hay, el derecho que es, y para ello se fija en dos datos objetivamente comprobables: si se trata de normas construidas de conformidad con los requerimientos formales y procedimentales del propio sistema y si esas normas son eficaces. Así, “Adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico” (Alexy, 1997: 31). Desde tal punto de vista, es perfectamente posible y nada criticable considerar derecho sin más un sistema jurídico injusto o, incluso, el que rebase el “umbral” de injusticia. Igualmente tiene sentido, bajo ese prisma, que se consideren plenamente jurídicas las normas o sentencias que tengan tacha de injusticia<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Alexy explica que su tesis antipositivista apenas plantea problemas de compatibilidad con el principio democrático, puesto que “el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en los casos de extrema injusticia”. Véase Alexy (1997: 61-62). Típico argumento del autor y hábil ocultamiento de una parte de las consecuencias de la doctrina. Pues contra el principio democrático no va solamente el negar carácter jurídico a la norma que el legislador alumbró, lo cual ocurriría muy pocas veces y en casos muy extremos, sino *también inaplicar a los casos la norma democráticamente creada*, con el argumento de que es derecho, sí, pero deficiente, y de que para que la sentencia del caso no sea deficiente debe pasar por encima de esa norma legal y democrática aplicable.

<sup>35</sup> Cfr. Alexy (1997: 33 ss.). “Desde el punto de vista de un observador, no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho” (*Ibid.*: 35). “Para un observador, pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de

Por el contrario, a la perspectiva del participante le es inmanente la pretensión de corrección, como pretensión que también es de justicia, por lo que el participante no puede aceptar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. Ese punto de vista del participante es el que necesariamente adopta quien en derecho tiene que decidir, sea el legislador al hacer una ley, sea el juez al sentenciar en un caso. Quiere decirse que el legislador no puede pretender meramente hacer una ley, sino que con necesidad pretende hacer una ley correcta, corrección que incluye el requisito de la justicia; y que el juez no puede pretender tan solo fallar de conformidad con el derecho positivo, sino también que su fallo sea justo, haga justicia, incluso por encima de la ley, como decisión *contra legem*<sup>36</sup>. ¿Y qué sucede si el legislador o el juez, respectivamente, no pretenden más que hacer una ley que lo sea según los criterios internos, formales y procedimentales, del sistema, o dictar una sentencia que meramente sea legal y acorde con las normas de ese sistema positivo? Pues que, según Alexy, incurrirán en contradicción performativa (*Ibid.*: 44): estarán proponiéndose hacer un derecho que ellos no pueden pensar que sea derecho, ya que ellos no son observadores, sino participantes, y el participante no puede proponerse hacer nada jurídico que no sea, entre otras cosas y sobre todo, justo. De ahí que, si no pretenden tal corrección, incurren, dice Alexy, en una “falla conceptual”: producen un derecho que no encaja en el concepto de derecho. ¿En cuál concepto de derecho? No en el del observador, sino en el del participante. Así que hay dos conceptos de derecho<sup>37</sup>, por de pronto.

Resulta gracioso y muy entretenido jugar con esa bipolaridad conceptual del derecho, con tal desdoblamiento de su concepto. Pensemos en un sistema jurídico S tremendamente injusto y en el que los jueces muy generalmente han aplicado tales normas sin enmendar su injusticia para los casos. Bajo la perspectiva del observador, hemos quedado en que no hay problema en decir que S es derecho y que son jurídicas sus normas y las sentencias que las aplican. Pero el legislador y los jueces de S han vulnerado la pretensión de corrección que como participantes les correspondía, aun cuando ellos estuvieran íntimamente convencidos de que hacían lo correcto y lo justo<sup>38</sup>. ¿Cuándo se reintroduce la perspectiva del participante? Cuando se juzga de la validez de la aplicación de tales leyes injustas por los jueces en sentencias igualmente injustas. En otras palabras, cuando participantes actuales enjuician los actos jurídicos de aquellos participantes pasados. Por ejemplo, a la hora de juzgar si aquel juez en S que produjo sentencia injusta al aplicar la ley en su momento y que dictó pena de prisión puede ser ahora condenado como reo de un delito de privación ilegítima de libertad. El juez de ahora, participante que juzga al participante de antaño, tiene que hacer justicia condenándolo, pues, de no ser así, el juez de hoy vulnera su propia pretensión de corrección. El participante actual declarará que no es jurídica aquella sentencia de antes porque tampoco era derecho la norma que aplicaba, mientras que, al mismo tiempo, el observador actual podrá decir con plena coherencia que tanto aquella sentencia como el derecho aquel sí eran derecho<sup>39</sup>. Es decir, el diagnóstico para los positivistas y el tratamiento para los iusmoralistas; pues todo participante es por

---

validez del respectivo orden jurídico eficaz. Con esto se ve claramente que existe un uso de la expresión <<derecho>> en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible” (*Ibid.*: 36). Así pues, “desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo y fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite” (*Ibid.*: 41).

<sup>36</sup> Cfr. Alexy (1997: 48, 74).

<sup>37</sup> Véase Alexy (1997: 46 ss.).

<sup>38</sup> Véase *supra*. Sabemos que la pretensión de corrección no vale como pretensión puramente subjetiva, basada en el mero convencimiento personal de querer lo justo y estar haciéndolo.

<sup>39</sup> Véase Alexy (2000a: 236).

definición un iusmoralista, si no quiere caer en contradicción performativa o arriesgarse a ser él mismo empapelado mañana.

En conclusión: ¿fue derecho el derecho nazi? En términos descriptivos se puede sostener que sí; en términos prácticos hay que decir que no.

Mantiene Alexy que una de las ventajas del concepto no positivista de derecho está en que los jueces en un Estado injusto se mirarán más a la hora de dictar sentencias injustas acordes con la ley de tal Estado si pueden suponer que, cuando ese Estado injusto se derrumbe<sup>40</sup>, en el que lo reemplace no predominará una visión positivista del derecho, sino una no positivista que considere que no están jurídicamente justificadas sus sentencias y que debe responder penalmente por ellas. Es decir, para el juez del Estado injusto supone más riesgo de futuro una teoría jurídica no positivista que una positivista (Alexy, 1997: 55-57). Agrega que siempre es más viable condenar a tales jueces con este argumento que dictar una ley que tipifique penalmente su conducta con efectos retroactivos, ya que esta otra solución, igualmente justa, puede plantear problemas técnicos o de compatibilidad con el derecho vigente en el nuevo Estado de Derecho, Estado justo (*Ibid.*: 56, 62-63). Parece escarnio o una broma, pero creo que Alexy lo dice en serio<sup>41</sup>. Ni el garantismo en general ni las garantías penales en particular son el fuerte de Alexy<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> “La fórmula radbruchiana tiene una importancia práctica sobre todo después del derrumbe de un régimen injusto” (Alexy, 1997: 62).

<sup>41</sup> “La fórmula radbruchiana conduce sólo a la punibilidad de aquellos hechos cuyo contenido de injusticia es tan extremo y, por lo tanto, tan evidente que es más fácilmente reconocible que en muchos casos penales habituales. Desde luego, esto es aceptable cuando, como en el caso de la denunciante, no se trata de crear, con la ayuda del concepto de derecho no positivista, normas que fundamenten la punibilidad, sino de eliminar la injusticia legal que conduce a una exclusión de la punibilidad. Si la injusticia de estas normas es extrema y, por lo tanto, tan evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse de retroactividad encubierta. Pues la injusticia era ya clara cuando el hecho fue cometido y en ese momento era tan extrema y, por lo tanto, evidente, que cualquier podía percibirla; cuando se cometió el hecho, estas normas no eran derecho alguno que pudiera conducir a la exclusión de la punibilidad. Por ello, no se modifica retroactivamente la situación jurídica sino que tan sólo se constata cuál era la situación jurídica en el momento de la realización del acto” (Alexy, 1997: 66).

Vamos a imaginar que en uno de nuestros países llega mañana al poder un partido radicalmente antiabortista. Sus partidarios y votantes consideran que el aborto voluntario constituye un crimen atroz en la “persona” del feto, el asesinato vil de un ser humano indefenso. No sólo derogan las normas permisivas, bajo ciertas condiciones –por ejemplo, plazo- del aborto voluntario, sino que quieren castigar penalmente a quienes bajo el amparo formal de esas normas abortaron o practicaron abortos. Pues bien, no necesitarán pillarse los dedos dictando una norma penal retroactiva y vulnerando así de forma palmaria un principio crucial del Estado de Derecho. Les bastará usar la fórmula de Radbruch y reproducir el razonamiento de Alexy que hace un momento copiamos. Lo malo de la fórmula de Radbruch (y Alexy) no es que ponga en peligro a los malos, sino que hace peligrar a todos los que alguien puedan considerar malos en aplicación de según qué parámetros. A usted y a mí mismo, por ejemplo. Por eso estaremos, hacia el futuro, mejor defendidos si no damos demasiadas alas a la fórmula y a sus entusiastas.

<sup>42</sup> No olvidemos que, en su *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy explica que la norma del art. 103.2 de la Constitución de Alemania (“*Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto*”) es una regla, pero no dice que se trate de una regla de validez estricta. Y las reglas que no son de validez estricta pueden ser derrotadas por otros principios constitucionales que en el caso pesen más. Cfr. Alexy (2007b: 84). Por extenso sobre este asunto, García Amado (2010: 303 ss.).

En “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, Alexy (2000b: 211) presenta esa norma del art. 103.2 de la Constitución de Alemania como una regla de validez estricta. Las reglas de validez estricta no se ponderan ni pierden nunca frente a otras reglas que se les enfrenten, por lo que han de aplicarse sin excepción a los casos bajo ellas subsumibles. Pero más adelante acepta el contenido (aunque no todos los argumentos) de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que considera acorde con la Constitución el castigo de los tiradores del muro de Berlín, caso que puede verse como de aplicación a tales autores de normativa que no les era aplicable en su Estado y en el momento de cometer sus acciones. Según Alexy, si esa decisión significa que se





Hágase la justicia, caiga lo que caiga. Los principios del Estado de Derecho se aplican nada más que a los partidarios del Estado de Derecho. Pareciera que hay aquí algún parentesco con aquel jakobsiano Derecho penal del enemigo. Tal vez cupiera hablar, para estos aspectos de la doctrina alexyana, de iusfilosofía del enemigo. Eso sí, al enemigo podemos privarlo de derechos y garantías con la conciencia bien tranquila, pues, hagamos lo que hagamos, estaremos haciendo derecho, frente a él, que no actúa jurídicamente ni siquiera cuando cumple la ley de su Estado.

Ahora supongamos un sistema jurídico en el que una y otra vez los jueces sentencian buscando la justicia del caso y saltándose patentemente la legalidad que internamente los vincula, en cuanto jueces en ese sistema. El observador dirá que esas sentencias son antijurídicas. ¿Y qué dirá el participante? El participante pensará que son jurídicas y para ello podrá acogerse a las distinciones conceptuales de Alexy. ¿Qué opinarán Alexy y los alexyanos? Que depende. Depende de si tales participantes, jueces, objetivamente satisfacen o no la pretensión de justicia. O sea, dependerá de si sus sentencias sí son justas o no lo son. Luego lo que cuenta no es la perspectiva del participante, sino la justicia. La perspectiva del participante no consiste, pues, en pretender la corrección como justicia, sino en hacer en verdad la justicia. Así que no se trata de una cuestión de perspectiva. De ese modo, la pretensión de corrección del participante no es mera pretensión de justicia, es compromiso objetivo de hacer justicia. Sólo que Alexy imputa como pretensión (del juez o de la sentencia, nunca se sabe bien) lo que no es pretensión, sino condición objetiva de juridicidad.

Un detalle más. Un mismo sujeto, X, ha de poder ser tanto observador como participante. X puede ser juez y, al tiempo, teórico que como observador describe el derecho. Como observador puede perfectamente afirmar que aquel muy injusto sistema que llamábamos S es un sistema jurídico y que también son jurídicas las sentencias que en aplicación formalmente correcta de sus normas se dictaron. Pero un día le toca a X juzgar, como juez (y, por tanto, como participante), a un juez de S que dictó sentencia muy injusta aplicando una norma muy injusta de S. Entonces X tendrá ahora que fallar que aquella sentencia de ese otro juez anterior no fue jurídica. En su descripción de S, X puede decir que S y sus sentencias eran derecho, pero en su fallo deberá afirmar que no lo eran. O de cómo la bipolaridad conceptual alexyana desemboca en la esquizofrenia.

## 7. Lo fundamental es lo fundamentado

Alexy se rebela contra la objeción, formulada por Bulygin, de que con su tesis de la pretensión de corrección esté presuponiendo y dando por sentada una moral objetivamente correcta y válida para cualquier legislador. “Una conexión necesaria

---

ha ponderado la norma de la irretroactividad contra otros principios constitucionales, se estaría contradiciendo su condición de regla de validez estricta, que el propio Tribunal le asigna. ¿Quiere con ello decir que se les tenía que haber aplicado terminantemente la prohibición de retroactividad contenida en tal norma, pues es una regla de validez estricta y, como tal, no admite excepción en ningún caso? No. Lo que Alexy opina es que “hubiera debido diferenciarse entre una validez incondicionalmente absoluta o estricta, y una validez condicionadamente absoluta o estricta” (*Ibid.*: 215). Esto consistiría en realizar una ponderación previa a fin de introducir en aquella regla (de validez estricta) del art. 103 una excepción: la de que la prohibición de retroactividad penal no rige para los Estados extremadamente injustos (*Ibid.*: 215-216). Además de lo curiosa e intelectualmente apasionante que resulta la noción de una norma de validez absoluta condicionada, hemos descubierto la vía para relativizar y excepcionar las normas absolutas o que no admiten excepción por vía de ponderación: ponderar al principio en vez de al final. De nuevo se nos muestra el más típico recurso alexyano: cuando se cuestiona uno de sus conceptos, distingue siempre o bien entre un sentido fuerte y un sentido débil del concepto o bien entre su validez estricta o condicionada. Así es como aquí llega a la sorprendente noción de un absoluto condicionado y de la excepción a lo no excepcionable.

entre derecho y moral no presupone una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral” (Alexy, 2001a: 107). Pero ese carácter debatible de los contenidos de la moral que está esencialmente unida al derecho no quiere decir que la pretensión de corrección se satisfaga con la mera aspiración subjetiva, relativa a la moral particular del sujeto emisor o a un sistema moral cualquiera, de los muchos que en la sociedad pueden concurrir. Sin embargo, tampoco se trata de una moral material y objetiva, de contenidos predeterminados. Aquí la escala no es de dos miembros, moral subjetiva y moral objetiva, sino de tres: moral subjetiva, moral objetiva y moral correcta, como diferente de las dos anteriores. Leamos a Alexy:

Esta pretensión de corrección moral puede interpretarse en un sentido débil y en un sentido fuerte. Interpretada en el sentido débil, es satisfecha si un juicio moral es justificable con base en una cierta moral, cualquiera que esta pueda ser. Interpretada en un sentido fuerte, la pretensión de corrección moral puede ser satisfecha sólo si el juicio es justificable con base en una moral correcta, esto es, en una moral que sea justificable por sí misma. La idea de pretensión de corrección requiere de una interpretación fuerte” (*Ibid.*: 108-109)<sup>43</sup>.

Eso por un lado, pero sigue:

“Un juicio moral que es justificado con base en una moral que no es justificable no es correcto. Podría oponerse que la noción de una moral justificable es una ilusión. A esto uno tiene que contestar que los argumentos a favor y en contra de las morales específicas son posibles, y que algunas morales tienen una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación. Esto es suficiente. En orden a obtener una relación necesaria entre derecho y moral no se necesita -como Bulygin afirma- una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen derecho. La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esa base, racionalidad práctica, es suficiente” (*Ibid.*: 109).

Lo que se viene a indicar no es que la satisfacción de la pretensión de corrección dependa de la coincidencia del sistema, la norma o la decisión con una moral determinada que sea *la* moral material objetivamente correcta, sino con una moral que pueda racionalmente pretenderse como correcta porque sus normas y principios básicos sean susceptibles de fundamentación racional. Es decir, con una moral no irracional por causa de la imposible fundamentabilidad intersubjetiva racional de sus principios y normas fundamentales. De ahí que manifieste Alexy que “la pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*”<sup>44</sup>. La idea de moral correcta es aquí una “*idea regulativa*”<sup>45</sup>. Hay un ideal, con esa función de referencia regulativa, que sería el de una moral perfectamente fundamentable entre

<sup>43</sup> Véase también, Alexy (1997: 81 ss.).

<sup>44</sup> En Alexy (1997: 82). “Corrección implica fundamentabilidad. Por tanto (...), la pretensión de corrección incluye una *garantía* de fundamentabilidad” y también “acompaña a la afirmación y a la garantía la *expectativa* de que cualquiera que adopte el punto de vista del sistema jurídico correspondiente y sea razonable reconocerá el acto jurídico como correcto” (Alexy, 2000a: 219).

<sup>45</sup> En Alexy (1997: 85). “El concepto de discurso ideal es una idea regulativa siempre presente en los discursos reales. Como idea regulativa expresa su objetivo o meta final. Los discursos prácticos reales se definen por la búsqueda de la respuesta para una cuestión práctica en condiciones de tiempo limitado, participación limitada y ausencia de coacción limitada, con claridad lingüístico-conceptual limitada, información empírica limitada, aptitud para intercambiar roles limitada y ausencia limitada de prejuicios. A pesar de estas limitaciones, el discurso real está relacionado conceptualmente con el discurso ideal. Cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda” (Alexy, 2000a: 230-231).

sujetos racionales e imparciales<sup>46</sup>, pero, por tratarse nada más que de un modelo ideal o contrafáctico, es compatible con que en la sociedad distintas morales se debatan en su aspiración de ser la mejor encarnación de ese ideal de fundamentabilidad. Además, el ideal no se realizará nunca en plenitud y, por tanto, en la práctica la corrección será siempre una cuestión de grado<sup>47</sup>. Lo que importa es que esa pretensión de fundamentabilidad intersubjetiva, en un contexto de argumentación libre entre interlocutores iguales en sus derechos argumentativos, es incompatible con ciertas morales: las que nieguen en el punto de partida esos “derechos” de los interlocutores o de algunos de ellos; las que se apoyan en la mentira o la discriminación y que ningún sujeto ilustrado y libre aceptaría sin estar manipulado<sup>48</sup>. Por consiguiente, en Alexy moral correcta significa moral no incorrecta, siendo moral incorrecta la que no es apta para una fundamentación de ese estilo, de una fundamentación racional entre sujetos argumentantes libres e iguales<sup>49</sup>.

Para hacer justicia a Alexy, es necesario tomar en consideración su teoría sobre la razón práctica<sup>50</sup>, cercana a la ética discursiva de Habermas. No podemos detenernos aquí en su exposición detallada, ni siquiera resumida. Baste decir que en todo acto de habla normativo estaría implícita una pretensión de corrección que sólo se puede dirimir a partir de aceptar los presupuestos de la acción comunicativa racional<sup>51</sup>. Esto quiere decir que lo correcto, en el plano normativo, será aquello en lo que pudiera llegar a estar de acuerdo una comunidad de hablantes que debatan buscando el acuerdo y lo hagan con plena asunción de las salvaguardias de la imparcialidad de cada uno y de todos, que son las reglas de la argumentación racional<sup>52</sup>. Por eso lo que sea lo correcto o lo justo no está predeterminado a la discusión (de ahí que no estemos ante una ética material), sino lo que de la discusión bajo tales condiciones pueda resultar como acuerdo<sup>53</sup>. Mas de ese posible

<sup>46</sup> “La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Según ella, una norma es correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso práctico racional. El procedimiento del discurso es un procedimiento de argumentación” (Alexy, 2006: 19-20). Similarmente, Alexy (2000a: 226).

<sup>47</sup> Cfr. Alexy (1997: 176).

<sup>48</sup> Cfr. Alexy (2000a: 232).

<sup>49</sup> “...ha de distinguirse entre una corrección *absoluta* y una relativa. La corrección absoluta es una idea regulativa y, como tal, no presupone que ya exista, para cada cuestión práctica, una respuesta correcta que sólo haya que descubrir. Antes bien, la respuesta correcta tiene el carácter de un objetivo al que hay que aspirar. La mayor aproximación imaginable a este objetivo puede ser lograda en el discurso que sea ideal en todos sus aspectos. Por su parte, son *relativamente* correctas todas las concepciones que son defendidas tras la efectiva realización de un discurso, es decir, todas aquellas que son resultado de discursos reales. El resultado de un discurso que sea real puede ser un consenso o un disenso. Incluso en el caso de un disenso es posible calificar las concepciones divergentes como relativamente correctas, bien entendido que su corrección es, aquí, relativa a la correspondiente medida de cumplimiento de las reglas del discurso, al respectivo momento de tiempo y a los respectivos participantes. En el caso de un consenso, el resultado puede ser calificado como *discursivamente necesario* en relación con el discurso que se ha llevado a cabo. En un disenso, los resultados son *discursivamente posibles*” (Alexy, 2006: 23-24). Véase también Alexy (1997: 151-152 y ss., especialmente 154 y 165 ss.).

<sup>50</sup> Paradigmáticamente expuesta en el capítulo “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, de su libro *El concepto y la validez del derecho* (Alexy, 1997: 131 ss.). En la edición original alemana no se recogía este trabajo de Alexy, por lo que lo citaremos por su título en tal edición en castellano.

<sup>51</sup> Véase Alexy (1997: 143 ss.): “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”.

<sup>52</sup> “Un discurso práctico es racional si satisface las condiciones del argumentar práctico-racional. Estas condiciones pueden ser resumidas en un sistema de reglas del discurso. La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas” (*Ibid.*: 136-137). “Son correctas, y por tanto justas, precisamente aquellas normas, relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento” (*Ibid.*: 167).

<sup>53</sup> “Son correctas y por tanto válidas jurídicamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (Alexy, 2000: 228).

acuerdo entre interlocutores situados en condiciones de igual libertad argumentativa y de paridad argumentativa<sup>54</sup> nunca podrán formar parte tesis que contradigan los presupuestos de partida asumidos al argumentar, al participar en el discurso. Así, no podrán aspirar a acuerdos las morales que arranquen de una situación de discriminación entre las personas, no dándoles igual valor en tanto que personas o a sus argumentos. Una moral racista, por ejemplo, sería de las que tendrían “una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación”.

Para nuestro autor, si la justicia puede servir como límite de la juridicidad es porque existen juicios de justicia fundamentables racionalmente. Los supuestos de injusticia extrema son aquellos en los que esa fundamentación racional de la injusticia es evidente<sup>55</sup>. “Cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento”<sup>56</sup>. ¿Cómo acontece ese conocimiento? No como descubrimiento de un contenido material de justicia predeterminado, sino como averiguación de lo que para un argumentante imparcial resultaría inaceptable por incompatible con los presupuestos de la acción comunicativa.

Siempre resulta problemático responder a la cuestión de si la de Alexy es o no una doctrina de la única respuesta correcta en derecho. Como corresponde a tan matizado autor, creo que la contestación más acertada a ese interrogante es que sí y que no. Que no porque, por mucho que con la mejor voluntad tratemos de seguir los pasos del discurso racional y de respetar en plenitud las reglas del racional argumentar, nunca conseguiremos ser perfectamente desprejuiciados e imparciales ni tener toda la información y todo el tiempo que se requerirían para el tratamiento perfecto del tema. Que sí porque, sin embargo, hemos de presuponer que esa única respuesta correcta sí sería alcanzable para argumentadores perfectos en condiciones discursivas ideales y ahí sí que habría pleno consenso, y plenamente racional, en que era una y solo una la correcta solución del asunto a decidir<sup>57</sup>. Por tanto, como cuando yo razono y decido no estoy en la situación discursiva ideal, busco más a ciegas la decisión correcta, pero debo intentar que coincida en su contenido con el que tendría esa única decisión correcta que yo por definición no puedo conocer, ya que no me hallo en aquella ideal situación en que recaería, sino aquí y ahora y con mis cosas. Así funciona esta “idea regulativa”: mi decisión será tanto más racional cuanto más su contenido se aproxime al contenido de una

<sup>54</sup> Cfr. Alexy (1997: 137-138; 2000: 227); especialmente “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”.

<sup>55</sup> Véase Alexy (1997: 54, 57).

<sup>56</sup> Alexy, 1997: 57.

<sup>57</sup> “La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada” (Alexy, 1993: 21-22). “En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta” (*Ibid.*: 22).

Sobrecogedora la manera en que argumenta el padre de la teoría de la argumentación jurídica.

decisión perfecta que por definición yo no puedo conocer, puesto que yo no estoy en las condiciones ideales que dan su contenido perfecto a aquella decisión.

La fertilidad de la ética discursiva y lo apropiado de su método para resolver disputas morales es asunto interesantísimo en el que ahora no podemos pararnos. Ese método, como vía para solventar divergencias morales, presupone que nosotros, sujetos necesariamente parciales, en cuanto ubicados en este mundo canalla y no en la comunidad ideal de diálogo, hemos de ser capaces de desdoblarnos de cierta manera. Por un lado, yo tengo mis preferencias morales, condicionadas por mis intereses, mi temperamento y mi biografía. Por otro, yo mismo debo preguntarme qué preferiríamos, tanto yo como todos mis interlocutores reales o potenciales, si en lugar de ser como somos particularmente y en vez de estar aquí como estamos, con nuestros condicionamientos individuales, fuésemos sujetos perfectamente imparciales o congruentes con las reglas inmanentes a la argumentación racional. Es la perspectiva del participante imaginario que tiene que ser acogida por el participante real, yo mismo y cada uno. También se denomina con frecuencia constructivista a ese método de abstraer(se) de los condicionamientos de nuestro razonamiento moral para concluir como si no se tuvieran esos condicionamientos. Nos imaginamos qué preferiría un preferidor plenamente racional y, acto seguido, concluimos que esa misma habrá de ser nuestra preferencia si somos racionales y nos comportamos como tales. *El problema es que todo el mundo concluye, al usar tal método, que el preferidor racional preferiría lo que él prefiere, por lo que él es racional, prefiera lo que prefiera.* Es un excelente método para universalizar las propias creencias morales.

Pero admitamos que esa doctrina sea fructífera y que el método funcione bastante bien para dar solución racional a dilemas morales difíciles, a problemas de razón práctica. De ser así, tendríamos un buen apoyo para saber qué sistemas morales son correctos y cuáles incorrectos o erróneos del todo. También, por tanto, para diferenciar racionalmente y con algo de objetividad entre derechos moralmente correctos y moralmente incorrectos. *Lo que no se ve -o al menos yo no veo- es por qué la creencia en algún tipo de corrección moral "objetiva" tiene que llevar aparejada con necesidad la tesis de la vinculación esencial entre derecho y moral, en cuanto sistemas normativos.* El que yo me sienta en posesión de una doctrina o un método ético que me permite distinguir muy racionalmente entre derecho justo y derecho injusto me dará certeza o fuerte convicción para resolver *mis* dilemas normativos cuando concurren obligaciones jurídicas opuestas a obligaciones morales. Pero de ahí a decir que no hay diferencia, sino fusión, entre el sistema jurídico y el sistema moral y que lo que yo desobedezco por inmoral no puede ser jurídico o sólo lo será de modo "deficiente" va un largo trecho.

El cognitivismo ético no presupone, sin más, la incapacidad para diferenciar el derecho y la moral como objetos, como sistemas normativos diferentes y diferenciados. El cognitivismo ético me da base para pretender verdad u objetividad para mi afirmación de que tal sistema jurídico es injusto o tal norma del mismo es injusta, sin tener que asumir que mi juicio es puramente subjetivo y relativo; o para sostener que por ello ese sistema o esa norma jurídica son *moralmente* "deficientes". Pero ¿por qué no puedo decir que ese sistema jurídico es (plenamente) un sistema jurídico injusto o que esa norma jurídica es (plenamente) una norma jurídica injusta, en vez de tener que dar el salto a mantener que tal sistema jurídico o tal norma jurídica no son sistema y norma jurídicos o lo son de modo defectuoso? Respuesta más probable: porque no quiero que mi moral pierda en ningún caso frente a otros sistemas normativos: frente a otros sistemas morales o frente a sistemas o normas jurídicos. Posiblemente el problema es de poder y,



entonces, quizá deban tratarlo la psicología y la teoría política, cada una por su lado. La teoría del derecho, llegados a ese punto, no da más de sí.

## Bibliografía

- ALEXY, R. (1993), "Sistema jurídico, principios y razón práctica", en ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- ALEXY, R. (1995a), "Diskurstheorie und Menschenrechte", en ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt M.
- ALEXY, R. (1995b), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (1998), "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en VÁZQUEZ, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (1999), "La tesis del caso especial", *Isegoría*, Núm. 21, pp. 23-35.
- ALEXY, R. (2000a), "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, Núm. 43, pp. 217-249.
- ALEXY, R. (2000b), "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", *Doxa*, Núm. 23, pp. 197-230.
- ALEXY, R. (2001a), "Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (2001b), "La crítica de Bulygin al argumento de la corrección", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección en el derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (2005), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada.
- ALEXY, R. (2006), "Ley Fundamental y teoría del discurso", en CARDINAUX, N., CLÉRICO, L. y D'AURIA, A. (coords.), *Las razones de producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- ALEXY, R. (2007a), "Thirteen Replies", en PALAVKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- ALEXY, R., (2007b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, R. (2008), *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ALEXY, R. (2009), "Entrevista a Robert Alexy", *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año V, Núm. 8, pp. 235-244.
- ALEXY, R. (2011), "Die Doppelnatur des Rechts", *Der Staat*, Núm. 50, pp. 389-404.
- BERNAL PULIDO, C. (2008), "Estudio introductorio. El concepto y la naturaleza del derecho según Robert Alexy", en ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial, Pons, Madrid.
- BULYGIN, E. (2001a), "Alexy y el argumento de la corrección", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BULYGIN, E. (2001b), "La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral", en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección*



- del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BULYGIN, E. (2011), "Alexy y el concepto de derecho", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J-R. y OLIVER-LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares Granada.
- COOKE, M. (2007), "Law's Claim to Correctness", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- GAIDO, P. (2011), "El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J-R. y OLIVER-LALANA, D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2010), "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy", en BONORINO, P.R. (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, Madrid.
- MACCORMICK, N. (2007), "Why Law Makes No Claims", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- MACCORMICK, N. (2008), *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, J. (2007), "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.
- SIECKMANN, J.-R. (2007), "Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy", en PAVLAKOS, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland.