

La dimensión real e ideal del Derecho

Robert Alexy

¿Tiene el Derecho una dimensión ideal, o, por el contrario, el concepto y la naturaleza del Derecho pueden aprehenderse por completo considerando únicamente su dimensión real? La tesis de la doble naturaleza que constituye el núcleo de mi filosofía jurídica reivindica que el Derecho comprende necesariamente tanto una dimensión real (o fáctica) como una dimensión ideal (o crítica). La dimensión fáctica aborda el Derecho como hecho, esto es, como hechos sociales. Los hechos sociales a los que hace referencia son la expedición autoritativa y la eficacia social. La dimensión ideal hace referencia a la corrección, y en particular a la corrección moral. Reivindicar que solo los hechos sociales pueden determinar lo que el Derecho exige o no supone la adhesión a un concepto positivista del Derecho. Al añadir la corrección moral como tercer elemento necesario, todo cambia de manera fundamental. Surge un concepto de Derecho no positivista. Por consiguiente, la tesis de la doble naturaleza, al sostener que el Derecho comprende necesariamente tanto una dimensión real como una ideal, implica el no positivismo.

I. La pretensión de corrección

El punto arquimédico sobre el que se apoya mi tesis de que el Derecho tiene necesariamente una dimensión ideal es el argumento de la corrección. El argumento de la corrección establece que las normas jurídicas individuales y las decisiones jurídicas particulares, así como los sistemas jurídicos en su totalidad, aspiran necesariamente a la corrección. La necesidad de realizar esta pretensión se puede hacer patente a través de la demostración de que la pretensión de corrección está necesariamente implícita en Derecho. La mejor manera de demostrar su ne-

cesidad es el método de la contradicción performativa.¹ Un ejemplo de contradicción performativa es el artículo primero ficticio de una constitución que dice:

X es una república soberana, federal e injusta.

Difícilmente se puede negar que este artículo es, en cierto modo, absurdo. La idea subyacente al método de la contradicción performativa, tal como aquí se aplica, es explicar el carácter absurdo que dimana de la contradicción entre lo que se sostiene explícitamente al elaborar una constitución, en particular, que es justa, y lo que se declara explícitamente, esto es, que es injusta. Ahora bien, la justicia se considera un caso especial de corrección, ya que la justicia no es sino que la corrección de la distribución y la compensación². Por tanto, la contradicción en nuestro ejemplo no solo constituye una contradicción en relación con la dicotomía de lo justo y lo injusto, sino una contradicción en relación con la dicotomía de lo correcto y lo incorrecto. Es más, en el ejemplo antes mencionado del artículo primero ficticio de una constitución, la contradicción que surge entre lo que es explícito y lo implícito es necesaria. Ciertamente se podría evitar abandonando la pretensión implícita. Sin embargo, hacerlo representaría la transición de un sistema jurídico a un sistema de meras relaciones de poder,³ es decir, a algo que necesariamente no constituye en absoluto un sistema jurídico.⁴

II. La necesidad de la dimensión real del Derecho

Un análisis más profundo de la dimensión ideal del Derecho presupone un análisis de la dimensión real. De nuevo en este caso el concepto de necesidad se sitúa en el centro de atención. El punto de partida es la idea de la idealidad pura. Un sistema puramente ideal de razones para la acción sería un sistema basado únicamente en la reflexión moral y prudencial, el discurso práctico racional y el

¹ Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (prim. pub. 1992), trad. Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 2002), 35-9.

² Robert Alexy, "Giustizia come correttezza", *Ragion pratica* 9 (1979), 103-13, en 105.

³ Robert Alexy, "Law and Correctness", *Current Legal Problems* 51 (1998), 205-21, en 213-4.

⁴ Alexy, *The Argument from Injustice* (n. 1, anterior), 32-4.

cumplimiento espontáneo, de los resultados de reflexión y el discurso debido simplemente a su corrección. Un sistema así sería deficiente por tres motivos.⁵ El primero es el problema del conocimiento práctico.⁶ Existe un gran número de cuestiones prácticas en relación con las cuales no es posible llegar a ningún acuerdo, ni siquiera entre personas razonables. Esto hace necesarios procedimientos regulados jurídicamente, a saber, procedimientos que garanticen la adopción de una decisión que determine qué es Derecho. Esto implica la necesidad de la expedición autoritativa como hecho social. La segunda razón es que el cumplimiento espontáneo no basta. Si cualquier persona pudiera infringir las reglas promulgadas por autoridades sin correr ningún riesgo, las reglas perderían su eficacia social. Por tanto, su imposición forzosa es necesaria. Esta necesidad incluye la coerción, que se incorpora al concepto de Derecho junto a la corrección.⁷ La determinación y la imposición forzosa deben completarse a través de una tercera razón. Existe una gran cantidad de necesidades y objetivos que no pueden satisfacerse únicamente a través de la acción espontánea. La organización es necesaria y la organización presupone Derecho. Por estas tres razones, la deficiencia de la dimensión ideal, en caso de concebirse como un sistema puramente ideal de razones para la acción, conduce a la necesidad de un Derecho positivo, es decir, a la necesidad de la dimensión real. Esta necesidad, no obstante, no dimana del Derecho positivo. Dimana de la exigencia moral de evitar los efectos de la anarquía y la guerra civil y de lograr las ventajas de la cooperación y la coordinación sociales.

III. Corrección de primer orden y corrección de segundo orden

⁵ Robert Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law", en: *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, eds. L. H. Meyer, S. L. Paulson, y T. W. Pogge, (Oxford: Oxford University Press, 2003), 3-16, en 8.

⁶ Robert Alexy, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris* 23 (2010), 167-82, en 172-3.

⁷ Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law" (n. 5, anterior), 6-9.

Se podría asumir que la necesidad de positividad implica positivismo. No obstante, esto sería incompatible con la pretensión de corrección. Ciertamente, la necesidad moral de positividad implica la corrección de la positividad. Sin embargo, la corrección de la positividad no implica de ningún modo que deba entenderse que la positividad tiene un carácter exclusivo. Otorgar un carácter exclusivo a la positividad sería no tener en cuenta el hecho de que la pretensión de corrección sustancial (principalmente, la pretensión de justicia) no desaparece cuando el Derecho se institucionaliza. Se mantiene viva, subyacente y presente en el Derecho y es tarea principal de la teoría de la dimensión ideal del Derecho hacer explícito este hecho. En aras de lo anterior, se deben distinguir dos etapas o niveles de corrección: la corrección de primer orden y la corrección de segundo orden. La corrección de primer orden hace referencia únicamente a la dimensión ideal. Se refiere a la justicia como tal. La corrección de segundo orden es un concepto más exhaustivo. Hace referencia tanto a la dimensión ideal como a la real. Esto significa que se refiere tanto a la justicia como a la seguridad jurídica. Sin embargo, la seguridad jurídica tan solo puede alcanzarse a través de la positividad, es decir, a través de la determinación, la imposición forzosa y la organización. En este sentido, la pretensión de corrección, aquí pretensión de segundo nivel, conecta necesariamente tanto el principio de justicia y el principio de seguridad jurídica con el Derecho.

El principio de seguridad jurídica es un principio formal. Exige compromiso con respecto a lo que se expide de forma autoritativa y lo que resulta eficaz desde un punto de vista social. El principio de justicia es, ante todo, un principio fundamental o sustantivo. Exige que la decisión sea moralmente correcta. Ambos principios, como los principios en general, pueden chocar, y con frecuencia lo hacen.⁸ Ninguno de ellos puede suplantar nunca al otro por completo, esto es, en todos los casos. Por el contrario, la doble naturaleza del Derecho exige que se consideren en la proporción correcta entre sí. Por consiguiente, la corrección de

⁸ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (primera publ. 1985), trad. J. Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 44-110.

segundo orden es una cuestión de ponderación. Esto demuestra que la ponderación debe desempeñar un papel no solo en la creación y aplicación del Derecho, es decir, en la práctica jurídica, sino también en los fundamentos básicos del Derecho. Forma parte de la naturaleza del Derecho.

IV. El pentágono de la dimensión ideal

Ahora estamos en condiciones de definir una determinación más aproximada de la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho. Para ello, debemos responder a cinco preguntas. En primer lugar: ¿existe un límite último del Derecho? Segunda: ¿la argumentación jurídica se basa exclusivamente en razones autoritativas o incluye también razones que no autoritativas? Tercera: ¿qué relación existe entre los derechos humanos y los sistemas jurídicos? Cuarta: ¿se debe entender la democracia exclusivamente como un procedimiento de toma de decisiones o también como una forma de discurso? Quinta: ¿los sistemas jurídicos incluyen únicamente reglas que expresan un «deber» real o también principios que expresan un «deber» ideal? Estas cinco preguntas se deben responder con las cinco tesis siguientes: la primera, con la fórmula de Radbruch; la segunda, con la tesis del caso especial; la tercera, con la tesis según la cual los derechos constitucionales deben entenderse como intentos de positivizar los derechos humanos; la cuarta, con el modelo deliberativo de democracia y la quinta, con la teoría de los principios.

Las cinco tesis giran en torno al mismo punto: la pretensión de corrección. Esto es, la pretensión de corrección es la razón principal para las cinco tesis. Imaginemos un pentágono con cada una de las tesis situada en cada uno de los un vértices y el argumento de la corrección, como si fuera el sol, en el centro. Sin embargo, esta imagen, que podría llamarse el «pentágono de la dimensión ideal», solo puede verse como un modelo heurístico de un sistema de la institucionalización de la razón que debe elaborarse mediante argumentos que deter-

minan la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal en cinco direcciones.

1. La fórmula de Radbruch

La primera dirección aborda la idea de un límite último del Derecho. La versión más renombrada de esta tesis, en concreto, que tal límite último existe, es la fórmula de Radbruch. En su versión más abreviada dice:

La injusticia extrema no es Derecho.⁹

La fórmula de Radbruch es una expresión de la corrección de segundo orden. La corrección de segundo orden hace referencia tanto a la dimensión real como a la dimensión ideal del Derecho. La cuestión central de la dimensión real es la seguridad jurídica, a la que se llega a través de la positividad, es decir, a través de la determinación, la imposición forzosa y la organización. En cambio, la cuestión central de la dimensión ideal es la justicia sustantiva. En este sentido, la pretensión de corrección conecta necesariamente tanto el principio de justicia como el principio de seguridad jurídica con el Derecho.

La corrección de segundo orden exige que el problema del Derecho injusto se resuelva a través de la ponderación. La pretensión de corrección exige que esta ponderación conduzca al resultado de que por debajo del umbral de la injusticia extrema, la seguridad jurídica prevalece sobre la justicia, mientras que por encima del umbral de la injusticia extrema la justicia prevalece sobre la seguridad jurídica.

2. La tesis del caso especial

El segundo ámbito en el que las dimensiones real e ideal del Derecho están conectadas es la argumentación jurídica. Esta conexión se expresa a través de la

⁹ Robert Alexy, "A Defence of Radbruch's Formula", en: *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., ed. M.D.A. Freeman (Londres: Sweet & Maxwell y Thomson Reuters, 2008), 426-43, en 428.

tesis del caso especial. Según esta tesis, la argumentación jurídica o el discurso jurídico es un caso especial de argumentación o discurso práctico general.¹⁰ El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general porque está sujeto a la dogmática jurídica, de precedentes y de leyes. Esta sujeción constituye la dimensión real del discurso jurídico o la argumentación. La dimensión ideal incluye la argumentación práctica general.

Habermas se manifestó en contra de la tesis del caso especial porque representa una autorización general «para moverse por un espacio ilimitado de razones»¹¹ del discurso práctico general. Mi respuesta es que la tesis del caso especial incluye una prioridad *prima facie* de las razones autoritativas. Esta prioridad *prima facie*, que constituye un elemento necesario de corrección de segundo orden, encuentra su expresión, entre otras, en la siguiente norma del discurso jurídico:

Los argumentos que expresan un vínculo con los términos reales del Derecho, o con la voluntad del legislador histórico, prevalecen sobre otros argumentos, a menos que puedan citarse fundamentos racionales para otorgar prevalencia a los otros argumentos.¹²

La estructura de esta norma difiere bastante de la fórmula de Radbruch. No obstante, su función es la misma. Ambas sirven para determinar la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho.

3. Derechos humanos

El tercer ámbito en el cual la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal tiene una importancia fundamental es el ámbito de los derechos humanos y constitucionales. Los derechos humanos se caracterizan por cinco propiedades. Son derechos en primer lugar morales; en segundo lugar, universales; en tercero, fundamentales; en cuarto, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que tienen

¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (primera publ. 1978), trad. R. Adler y N. MacCormick (Oxford: Clarendon Press, 1989), 211-20.

¹¹ Jürgen Habermas, “A Short Reply”, *Ratio Juris* 12 (1999), 445-53, en 447.

¹² Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n. 10, anterior), 248.

prioridad sobre el resto de normas con respecto a su validez moral.¹³ En este caso nos interesa la primera de estas cinco propiedades, esto es, el carácter moral de los derechos humanos.

El carácter moral de los derechos humanos consiste en que tienen, en cuanto derechos morales, únicamente validez moral. Esto significa que los derechos humanos como tales pertenecen exclusivamente a la dimensión ideal del Derecho. Ahora bien, un derecho es válido desde un punto de vista moral si puede justificarse. Los derechos, como las normas en general,¹⁴ existen si son válidos. Por consiguiente, la existencia de los derechos humanos depende de su justificabilidad, y solo de ella. Y son justificables sobre la base de la teoría del discurso.¹⁵

En cambio, los derechos constitucionales forman parte del Derecho positivo, en concreto, del Derecho positivo al nivel de la constitución. Pertenecen, por lo tanto, a la dimensión real del Derecho. La relación entre los derechos constitucionales y los derechos humanos, no obstante, pertenece a las relaciones entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho porque la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre los derechos humanos y los derechos constitucionales. La interpretación de los derechos constitucionales depende de la comprensión de los derechos humanos y los catálogos de los derechos constitucionales pueden incluso corregirse a partir de los derechos humanos.¹⁶

4. Democracia

La democracia puede concebirse al mismo tiempo como un procedimiento de toma de decisión y como un procedimiento de argumentación. La adopción de decisiones en la forma habitual a partir del principio de mayoría es el lado real

¹³ Robert Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris* 25 (2012), 2-14, en 10-2.

¹⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2ª ed. (prim. publ. 1960), trad. M. Knight. (Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1967), 10.

¹⁵ Alexy, "Law, Morality, and the Existence of Human Rights" (n. 13, anterior), 11-3.

¹⁶ Robert Alexy, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 1-17, en 5.

de la democracia. La argumentación, como discurso público, está conectada necesariamente con la pretensión de corrección sustantiva. Por esta razón, es el lado ideal de la democracia. La única posibilidad para la materialización de la corrección de segundo orden en la vida política, especialmente en la legislación pública, es la institucionalización de una democracia que una ambos lados. El nombre que recibe esta unidad es «democracia deliberativa».

Existe tensión entre la democracia por un lado, y los derechos constitucionales y la tesis del caso especial por el otro. Esta tensión puede resolverse si la toma de decisiones judiciales, en especial el control de constitucionalidad, se concibe como una representación del pueblo esencialmente argumentativa.¹⁷

5. Teoría de los principios

En la aplicación del Derecho, las reglas y los principios desempeñan un papel esencial. Las reglas expresan un «deber» real o definitivo y los principios, un «deber» ideal o *prima facie*. Los principios de un sistema jurídico, considerados en su conjunto, constituyen lo que podría llamarse un «mundo del deber ideal».¹⁸ A partir de ello, la teoría de los principios intenta desarrollar una teoría de la proporcionalidad que conecta la ponderación con la corrección. El núcleo de esta teoría son las dos leyes de la teoría de los principios, la ley de los principios opuestos¹⁹ y la ley de equilibrio,²⁰ explicada a través de la fórmula del peso,²¹ así como las reglas que conectan estas dos leyes.²² Sin embargo, no podemos profundizar sobre ello aquí. En nuestro contexto, lo único que interesa es

¹⁷ Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy* 4 (2015), 23-35, en 31-4.

¹⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 8 anterior), 82.

¹⁹ *Ibid.*, 54.

²⁰ *Ibid.*, 102.

²¹ Robert Alexy, “The Weight Formula”, en: *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, eds. J. Stelmach, B. Brożek, y W. Załuski (Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007), 9-27, en 25.

²² Robert Alexy, “Principles Theory, Proportionality, and Rationality” (Cambridge: Cambridge University Press, impreso), IV, 2.

que la teoría de los principios completa el sistema de las cinco direcciones de la dimensión ideal del Derecho.