

Massimo LA TORRE, Persio TINCANI (eds.),
La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy,
Giappichelli, Torino 2018, 209 pp.

FRANCESCO BIONDO
Università degli Studi di Palermo

Palabras clave: Derecho natural, Teoría dual del Derecho
Keywords: natural Law, dual Theory of Law

El volumen contiene los trabajos presentados en ocasión del Congreso celebrado en la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro en diciembre de 2015 sobre *La dimensione ideale del diritto*, después de la traducción de un importante trabajo de Robert Alexy (“Qualche riflessione sulla *dimensione ideale del diritto* e sulla filosofia del diritto di John Finnis”, publicado originariamente en el *American Journal of Jurisprudence* en 2013).

Todos los textos tratan del pensamiento iusfilosófico del filósofo de Kiel, y en particular de la conexión necesaria entre Derecho y moral y de su teoría del Derecho “no-positivista”. Es una teoría que trata de superar, al hilo de Ronald Dworkin, la antigua dicotomía entre Derecho positivo y Derecho natural. Alexy, de hecho, toma de Dworkin a) una distinción fuerte entre reglas y principios, según la cual reglas y principios tienen una naturaleza distinta y se aplican de manera diferente, y b) la superación de las llamadas teorías “semánticas” del Derecho, que consideran el Derecho un objeto (ej. una norma) conocible por un observador distante (punto de vista externo) y no una práctica social a la que puede atribuirse un sentido a través de la participación en la propia práctica (punto de vista interno). Estas dos tesis, teóricas y metodológicas a la vez, llevan a los dos autores, que se consideran los modelos de las teorías “neoconstitucionalistas”, a poner en crisis la idea de la posibilidad de separación del Derecho y la moral.

Aquí, Alexy, como es sabido, ha insistido en presentar su propia propuesta teórica como un intento de señalar lo que es esencial en *toda experien-*

cia jurídica, y por ende no solo en la experiencia de los modernos Estados constitucionales. Todo Derecho, toda aplicación de una norma, tiene una doble dimensión: una dimensión factual, es decir, la experiencia de la autoridad que pretende ser obedecida y eficaz (y resolver los conflictos, incluso aquellos entre valores), y una dimensión ideal, constituida por la justificación moral de la pretensión de obediencia. Un ordenamiento jurídico que se presente solo como una autoridad arbitraria, sin justificación moral, acaba convirtiéndose en una contradicción performativa, que Alexy presenta en la forma de un artículo de la Constitución que afirme que “el ordenamiento del Estado x es soberano, federal e injusto”. De esta manera, la pretensión, propia de cualquier ordenamiento, de establecer una manera correcta de actuar, chocaría con el reconocimiento de que dicha corrección no es sino un ejercicio de “mero poder”, un albedrío respaldado por la fuerza.

Los positivistas reconocen que cualquier ordenamiento indica una manera correcta de actuar, pero niegan que la corrección jurídica se determine por consideraciones morales. Para determinar qué es el Derecho es suficiente la observación de los hechos sociales, en particular las decisiones de las autoridades eficaces. Por otro lado, Alexy reconoce que la observación del ejercicio de la autoridad permite conocer qué es el Derecho y qué no lo es (la moral, la política, la economía), de ahí que sea funcional al ideal de la seguridad jurídica (certeza del Derecho), que ha de equilibrarse y balancearse con el ideal de justicia. Por lo tanto, a raíz de la necesidad de proteger la seguridad jurídica, el positivismo reduce la dimensión ideal, la crítica de la autoridad por razones morales, a partir de la dimensión factual del ejercicio de la autoridad eficaz. Por consiguiente, se anula la dimensión del participante, otorgando prioridad solo a la perspectiva del observador (y ello aun admitiendo, como lo hace Raz, que en realidad el Derecho siempre es influido por consideraciones morales).

Alexy, como es sabido, reconoce que son posibles conflictos entre la dimensión ideal y la de la autoridad, y, al hilo de Radbruch, entre justicia y seguridad jurídica. A partir de este supuesto, el artículo sobre Finnis que abre el volumen, después de la valiosa introducción de los editores, presenta una tripla acepción de las teorías no positivistas del Derecho (las que mantienen la necesaria conexión entre Derecho y moral): teorías no positivistas excluyentes, incluyentes y superincluyentes. Dicha distinción se basa en dos tipos de conexiones necesarias entre Derecho y moral: conexión clasificatoria y conexión calificativa. Según la conexión clasificatoria, una ley moralmente defectuo-

sa pierde su validez (no es Derecho), mientras según la conexión calificativa la ley injusta sigue siendo válida, aunque incorrecta (es una corrupción del Derecho). El positivismo jurídico, para Alexy, rechazando la conexión necesaria entre Derecho y moral, no considera ni la conexión clasificatoria, ni la calificativa. Al contrario, las teorías no positivistas pueden distinguirse en teorías no positivistas excluyentes (teorías que afirman que en caso de defecto moral, las normas jurídicas pierden de validez, de ahí que no sean siquiera Derecho), incluyentes (teorías que mantienen que solo las normas jurídicas extremadamente injustas, y no cualquier norma injusta, pierden tanto su corrección jurídica como su validez, de ahí que no sean normas jurídica) y superincluyentes (teorías que mantienen que las normas injustas nunca pierden su validez, sino que constituyen un caso, como mantiene Finnis, de “Derecho desviado o defectuoso”).

Según Alexy, el no-positivismo superincluyente acaba por volver a reducir la perspectiva del participante a la perspectiva del observador, de nuevo en nombre del ideal de la certeza del Derecho (38-39). Al contrario, solo la fórmula de Radbruch, como ejemplo de no-positivismo incluyente, permite salvar tanto la conexión calificativa como la clasificatoria. La fórmula mantiene que en caso de normas extremadamente injustas, y no en caso de cualquier norma injusta, la dimensión de la justicia, ineludible en cualquier experiencia jurídica, dada la doble naturaleza del Derecho, resulta ser mejor, en el juicio de balance, que la dimensión de la certeza (admitiendo por consiguiente la desaplicación de la norma injusta). Y mientras que el participante, de alguna manera, está “obligado” a decidir, debiendo dar un resultado al balance, el observador no lo está (y, argumenta Alexy, de ello también es consciente Finnis en su último trabajo).

Los demás textos tienen en común el mismo punto de vista: todos los autores, de alguna manera, reconocen la validez de las principales tesis de Alexy, pero someten a un análisis crítico riguroso los textos del filósofo de Kiel, los “toman en serio”. Aquí no podemos centrarnos en todas las contribuciones (fundamentales para futuros estudios sobre Alexy), que también proceden de estudiosos españoles (Francisco Javier Ansuátegui Roig), franceses (Jean-Yves Chérot, Alexandre Viala) y alemanes (Matthias Kaufmann, Thomas Gutmann), que no solo proceden de la filosofía del Derecho, sino también del Derecho público y civil. A continuación, se indicarán algunos de los temas principales.

En primer lugar, cabe señalar que el tema del posible conflicto entre el ideal de la certeza del Derecho y el ideal de la justicia no puede confinarse a un tema de aséptica teoría del Derecho, ni puede reducirse a algunos episodios trágicos de transición de un régimen dictatorial a un régimen constitucional, como es el caso en la fórmula de Radbruch. Como recuerda Ansuátegui Roig, de manera oportuna, en su trabajo, Alexy parece confiar demasiado en el control de constitucionalidad, de ahí que son acertadas, por lo menos parcialmente, las críticas de Ferrajoli al llamado “constitucionalismo principialista”: las que se centran en el peligro para la seguridad jurídica y la atribución al juez del rol de legislador supremo, y no de analista y garante jurisdiccional de la Constitución. En este caso, el esfuerzo por reconciliar seguridad jurídica y justicia corre el riesgo de legitimar un soberano que no sea siquiera democráticamente responsable. Las mismas consideraciones son avanzadas por Giovanni Bisogni, quien, criticando a Alexy por su prejuicio positivo frente a la herramienta del control de constitucionalidad centralizado, afirma que “si queremos tomar en serio los derechos, también hay que tomar en serio los poderes” (81). En este sentido, el autor aclara que el esfuerzo de Alexy por reconducir el contenido moral del Derecho a los derechos humanos, descritos como el ideal al que el Derecho debe acercarse, acaba modificando los equilibrios institucionales entre legislador y Tribunal constitucional.

Los demás trabajos se desarrollan a partir de un eje teórico-general, que investiga varios problemas de la teoría de la argumentación jurídica y de la teoría del Derecho de Alexy.

El trabajo de Cherot pretende presentar un intento de disolución del problema del conflicto entre seguridad jurídica y justicia, que aborda como dos dimensiones a reconciliar en la experiencia jurídica. Y ello aclarando cómo va afirmándose, al hilo del último trabajo de J. Waldron, una teoría “eliminacionista” del debate sobre la separación o conexión necesaria entre Derecho y moral (tesis que parece haber sido adelantada en Italia por parte de los que apoyan las doctrinas hermenéuticas de la interpretación). Según esta teoría, Derecho y moral son al mismo tiempo separables (validez como identificación del Derecho) y conectados (validez como obligatoriedad moral), y ello se muestra en el razonamiento jurídico al que de manera continua se dedican los operadores del Derecho (y la doctrina). Mientras que la individuación del material jurídico (lo que podríamos llamar “la disposición”) es objeto de una simple exploración y observación, su aplicación (o la elección del método de su interpretación) depende de elecciones morales, o al menos no jurídicas.

El trabajo de Di Carlo señala las ambigüedades y las incertidumbres de los intentos de Alexy de “matematizar”, por medio de complicadas fórmulas, el balance entre los principios del Derecho. Sobre este punto cabe una sospecha, en opinión de quien escribe: que Alexy resbale continuamente entre dos escolios. Por un lado, es claro el intento de rechazar el decisionismo o el relativismo de Radbruch (fuertemente influido por M. Weber). Dicha influencia llevaba a Radbruch a reconocer la naturaleza conflictiva de los valores, objeto de decisión necesaria por parte del agente, mientras que Alexy rechaza dichos relativismo y decisionismo, asumiendo que los valores pueden ser objeto de balance y buscando fórmulas para conseguirlo. Por otro lado, es evidente la necesidad de criticar las decisiones del Tribunal constitucional (sin estas críticas la dimensión ideal sería objeto de reducción a la seguridad jurídica). El resultado es el continuo recurrir a fórmulas cada vez más complejas y redundantes, a las que se dirigen los comentarios de Di Carlo.

Thomas Gutmann amplía el abanico de la argumentación, criticando a Alexy sobre dos puntos (interrelacionados) de su teoría del Derecho. En primer lugar, el concepto de moralidad utilizado por Alexy es ambiguo, y no todos los tipos de moralidad (piénsese, por ejemplo, en la ética de las virtudes) son compatibles con el Derecho, que se presenta, al menos en algunos de sus ámbitos, como una moral anti-consecuencialista. Además, como señala el autor, Alexy no aclara cómo los derechos políticos pueden entrar en conflicto con los derechos civiles, ni tampoco está claro si los derechos son eternos (es decir, si son *a priori* frente al razonamiento práctico) o si son condiciones históricamente determinadas en el debate político.

Kaufmann presenta interesantes críticas a la tesis de la moral ideal de Alexy, así como a su propuesta de conexión necesaria entre Derecho y moral. Sobre el primer punto, el autor muestra cómo el filósofo de Kiel no aclara en qué términos el aspecto ideal del Derecho es universal o particular frente a los contextos históricos y a los ordenamientos (arriesgándose a entrar en un elitismo moral). Sobre el segundo punto, se subraya cómo el carácter de necesidad atribuido a la conexión entre Derecho y moral no debe entenderse en sentido lógico, sino solo contingente, y desde este punto de vista, también la *sharia* tiene su pretensión de corrección. Y dicha pretensión no determina necesariamente la elección entre obedecer o no a dicho régimen.

Andrea Porciello, en su trabajo, critica a Alexy por confundir los niveles de la teoría. En primer lugar, según Porciello, Alexy no reconoce que su propuesta teórica corresponde perfectamente a un Estado constitucional

de Derecho, sin poder aplicarse a cualquier ordenamiento jurídico. En segundo lugar, Alexy cree ofrecer un concepto de Derecho, pero en realidad ofrece un modelo de evaluación del Derecho, acabando por caer en la misma trampa del iuspositivismo: confundir una experiencia histórica determinada como la esencia del Derecho. Siempre puede existir un régimen jurídico intolerablemente injusto, y negar esto lleva a confundir el nivel de la descripción del Derecho con el nivel de la valoración de sus méritos morales. La fórmula de Radbruch se reduce a una instrucción al juez: aplica el Derecho de los vencedores, en el caso en que el Derecho de los vencidos sea intolerablemente injusto.

Viala amplía la perspectiva, incluso más allá de Alexy, y se pregunta cuál podría ser el rol del estudioso del Derecho, o del metodólogo de la ciencia jurídica, frente a un fenómeno, el Derecho, que es a la vez hecho y norma, conjunto de comportamientos de sujetos gobernados por identidades ideales, las normas. Viala reconoce la situación de dificultad del jurista, sobre todo positivista, frente al material a conocer y sistematizar bajo la luz de su aspecto ideal. A este respecto, el autor atribuye al estudioso del Derecho no solo un papel de observador de la semántica del Derecho, de qué significan los términos jurídicos, sino también de pragmático del Derecho, el que explica qué hacen los operadores jurídicos con los textos jurídicos, desvelando eventuales preconceptos o prejuicios de los intérpretes. Desde este punto de vista, la teoría del Derecho sirve para “desvelar lo que el juez hace más allá de lo que dice, ver lo divino en la cosa, [...], acceder a la Idea que no ven ni el juez ni el practicante del Derecho” (190). La ciencia jurídica pragmática desvela “la Idea detrás del aspecto aparente” (191).

Cierra el volumen el trabajo de Massimo La Torre, quien, de manera provocadora, incluye el nombre de Alexy en un filón, de origen oxoniense, que no considera el Derecho como práctica, sino como concepto, atribuyéndole algunas características y no otras, sin considerar cómo los participantes lo consideran o lo utilizan. Desde este punto de vista, la teoría del Derecho parece haber vuelto a la Edad Media, a disputas lógicas o conceptuales que tienen poco que ver con el Derecho como una praxis en la que participar. De manera sorprendente, Alexy parece caer en este filón, al considerar que la contradicción performativa se aplica a un concepto y no a una praxis.

En conclusión, se trata de una obra de indudable interés, tanto por la participación de estudiosos procedentes de toda Europa, como por la profundización de cuestiones que constituyen la vida cotidiana del jurista, en-

tendido como estudioso, abogado, juez. Todos ellos participan en la práctica colectiva “Derecho”, en la que es responsabilidad de cada uno intentar proteger los valores, aunque en conflicto, que las civilidades jurídicas pretenden codificar, pero a menudo traicionan incluso a raíz de prejuicios inconfesables.

(Trad. de Alessandro di Rosa)

FRANCESCO BIONDO
Università degli Studi di Palermo
e-mail: francesco.biondo@unipa.it