

SOBRE LA TEORÍA DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY. ANÁLISIS Y CRÍTICA, DE JAN-R. SIECKMANN*

On *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica* by Jan-R Sieckmann

Federico De Fazio

La *teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica* es un libro escrito por el profesor Jan-R. Sieckmann, de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg, y publicado en la prestigiosa serie de teoría jurídica y filosofía del derecho de la editorial Universidad Externado de Colombia. El libro sistematiza un conjunto de trabajos que tratan sobre la conocida teoría del derecho del profesor Robert Alexy, de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel.¹

Todos los trabajos que componen el libro comparten los siguientes objetivos: (i) exponer una o más partes fundamentales de la teoría de Alexy; (ii) plantear nuevos interrogantes con miras a las futuras investigaciones que pretendan profundizar las tesis de Alexy; (iii) presentar y fundamentar críticas analíticas o normativas, a las cuales la teoría de Alexy queda expuesta; (iv) proponer alternativas conceptuales que superen tales críticas.

Lo que diferencia a este libro respecto a otras obras dedicadas a analizar críticamente la teoría de Alexy es que se trata de una “investigación interna”. Con ello se pretende decir lo siguiente: la teoría de Sieckmann parte de tres presupuestos comunes con la teoría de Alexy; a saber: (i) la teoría del discurso; (ii) la distinción entre reglas y prin-

Federico De Fazio, Universidad de Buenos Aires. Correspondencia: Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, Av. Figueroa Alcorta 2263, 2° Piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, C1425CKB. fdefazio@gmail.com

* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 392 páginas.

¹ Algunas de las tesis que el libro contiene se hallaban ya en algunas obras anteriores del mismo autor. Véase Sieckmann, 1990; 2006; 2008; 2009 y 2012.

cipios y (iii) la ponderación como un método racional de fundamentación de normas y decisiones normativas. Sin embargo, a lo largo del trabajo trata de mostrar los lugares en que la teoría de Alexy no cumple o resulta incoherente con algunos de esos presupuestos.

La obra se divide en nueve capítulos. Los primeros dos tratan sobre la concepción discursiva de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica. Destaca Sieckmann que las reglas del discurso práctico y del discurso jurídico reconstruidas por Alexy resultan un paso fundamental para dar respuesta a las tesis escépticas que cuestionan la objetividad de los juicios normativos. Sin embargo, plantea una serie de críticas. En primer lugar discute la concepción de la pretensión de corrección. Alexy la reconstruye como un presupuesto necesario de todo acto del habla asertivo. Ello implica vincular la corrección con la idea de verdad. No obstante, no es cierto que resulte necesario que todo discurso se inicie con una aserción. Por otro lado, la concepción de la verdad que subyace tras el concepto de aserción no es compatible con la concepción de la verdad de la teoría del discurso, pues si ésta ya fuera cognoscible sin el requerimiento de llegar a un resultado discursivo, entonces el propio discurso se tornaría redundante o irrelevante. Como consecuencia de ello, tampoco permitiría fundamentar reglas de la participación libre e igual en el discurso. Por ello, Sieckmann sostiene que el concepto de corrección debe ser identificado con la idea de obligación. Esto supone que correcto es solo aquello que cualquier participante en un discurso ideal debe aceptar. En segundo lugar, plantea ciertos interrogantes en relación con la tesis de la argumentación jurídica como un “caso especial” de la argumentación práctica general. Sostiene en este sentido que deben proseguirse las investigaciones que prueben tal tesis, pues el mero reconocimiento de los elementos autoritativos que caracterizan al derecho no exime de la necesidad de fundamentar la concepción del discurso jurídico como un “caso especial” del discurso práctico general. Así, debe profundizarse la fundamentación que sostiene que el discurso jurídico tiene un carácter práctico; que el discurso jurídico eleva necesariamente una pretensión de corrección y, por último, que las restricciones institucionales no cambian su carácter.

En el capítulo tercero, Sieckmann analiza los trabajos sobre el concepto del derecho elaborados por Alexy. En un primer momento aborda su tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. El interrogante que plantea Sieckmann es si la pretensión de corrección es prueba suficiente para sostener tal vinculación. En un segundo momento, Sieckmann analiza la potencialidad explicativa de la clasificación elaborada por Alexy de los diferentes conceptos del derecho. Como se sabe, Alexy diferencia entre un positivismo excluyente e incluyente y un no-positivismo excluyente, incluyente y sobreincluyente. Sieckmann cuestiona que no existe simetría entre los conceptos que Alexy identifica como opuestos. Luego, y ya en relación al no-positivismo sobreincluyente, resalta el carácter contraintuitivo de catalogar como no-positivismo a aquello que Bobbio denomina “positivismo ideológico”. Por ello, en relación con éste último, Sieckmann propone distinguir entre el concepto de derecho y los criterios de validez. De esta manera, el positivismo ideológico sería no-positivista en relación con el concepto de derecho pero positivista en relación con los criterios de validez de las normas. En un tercer, y último momento, Sieckmann analiza la tesis de la naturaleza dual del derecho. Sostiene que si bien resulta una inspiradora idea para el análisis del derecho, debe ser precisada. Ello en virtud de que: (i) resulta ambigua; (ii) no implica una característica específica o distintiva del derecho; (iii) su aceptación no implica necesariamente un rechazo a la posibilidad de considerar un concepto de derecho descriptivo para algún objeto de investigación específico, en el cual pueda resultar adecuado.

En el capítulo cuarto Sieckmann aborda la concepción alexiana de los derechos humanos según la cual los derechos humanos solo son posibles mediante una “metafísica racional y universal”. Los derechos humanos son derechos compuestos por cinco características: universalidad, fundamentabilidad, abstracción, moralidad y prioridad. Se fundamentan en base a dos criterios: (i) explicativo y (ii) existencial. El primero muestra el reconocimiento de personas con autonomía y dignidad como presupuestos necesarios del discurso. El segundo implica la decisión personal de reconocerse a sí mismo y a los demás como seres discursivos. Sieckmann discute la plausibilidad de esta fundamentación y la tesis de su carácter metafísico. En cuanto a su plausibilidad,

un problema fundamental es que Alexy comienza su fundamentación con un argumento pragmático-trascendental y termina estableciendo una referencia al interés de reconocer la corrección como medio para la maximización del interés individual. Luego, en el recorrido de la tesis según la cual los derechos humanos presuponen una metafísica, Sieckmann detecta una serie de problemas concretos de fundamentación que unidos establecerían una crítica fundamental. Sin embargo, continua, ello no implica que no puedan fundamentarse derechos humanos. Pero para ello debe conjugarse el argumento de la autonomía como auto-legislación que se extrae de los presupuestos del discurso con la teoría de los principios y de la ponderación como método racional de justificación de normas.

En los capítulos quinto y sexto Sieckmann analiza el concepto de principios de Alexy y la tesis de que los derechos fundamentales tienen necesariamente la estructura de principios. En primer lugar, sostiene que entender a los principios como mandatos de optimización no resulta compatible con un modelo que los conciba como razones para los juicios de ponderación. Ello en razón de que: (i) el mandato de optimización es, en sí mismo, una regla; (ii) si se distingue entre el mandato de optimización y el objeto a ser ponderado y se sostiene que los principios son estrictamente éstos últimos, entonces ya no existe ninguna diferencia estructural entre reglas y principios, toda vez que los objetos de ponderación pueden ser tanto mandatos como permisiones o prohibiciones; (iii) no representa el deber ideal que los principios suponen, en razón de que estarían explicados por el deber real del mandato de optimización. Para superar los citados problemas analíticos, Sieckmann prefiere denominar a los principios como “argumentos normativos”, cuya estructura lógica es la de un mandato de validez reiterado. Las reglas, en cambio, son el contenido de “aserciones normativas”, cuya estructura lógica es la de un mandato de validez definitivo. En segundo lugar, considera que sostener la tesis de que los derechos fundamentales tienen necesariamente la estructura de principios no puede fundamentarse con una tesis “interpretativa” de un determinado sistema jurídico. Si así fuera, sólo se trataría de una fundamentación contingente. Si se pretende sostener la tesis de que tal relación es “necesaria”, entonces debe justificarse por medio de fundamentación normativa. La

misma debe implicar: (i) una fundamentación moral; (ii) una fundamentación jurídica y (iii) una fundamentación jurídico-constitucional. Respecto al primer punto, Sieckmann considera que una justificación de normas en sentido moral sólo es posible dentro de un modelo de principios. Respecto al segundo punto, sostiene que el derecho positivo sólo puede negarles validez en la medida en que ello sea compatible con la pretensión de legitimidad que él mismo eleva. Y respecto al tercer punto, concluye que en un modelo principialista de la Constitución, la validez jurídico-constitucional de los principios puede justificarse en razón de su corrección material, pero sin aplicarles la noción de primacía de la constitución.

En los capítulos séptimo y octavo, Sieckmann aborda la concepción de ponderación de Alexy. Su conocida teoría de la ponderación está compuesta por tres elementos: (i) la ley de la colisión; (ii) la ley de la ponderación y (iii) la fórmula del peso. Si bien analiza cada uno de los mencionados elementos, Sieckmann plantea especiales objeciones sobre esta última. Como se conoce, la “fórmula del peso” ofrece un esquema inferencial que permite derivar resultados de la ponderación a partir de la fundamentación de ciertos factores. Pero este presupuesto de racionalidad basado en la deducción genera dudas desde el punto de vista de una racionalidad discursiva o procedimental. Pues, en primer lugar, una fundamentación de normas es posible con prescindencia de un modelo deductivo. En segundo lugar, si la ponderación se entiende como un mecanismo deductivo no sería posible establecer una diferencia conceptual con la subsunción. Por ello, sostiene que los interrogantes de importancia respecto a la ponderación no pasan por la derivación de un resultado como consecuencia necesaria de ciertas premisas, sino en cómo determinar los valores o pesos de las premisas. Para dar cuenta de ello expone su concepción de la ponderación autónoma. La determinación de dichos valores no se establece a través de criterios deductivos sino a través la ponderación elaborada por sujetos autónomos basada en argumentos normativos. Los argumentos normativos son razones para los juicios de ponderación que tienen la estructura de mandatos de validez reiterados.

En el noveno y último capítulo, Sieckmann expone nuevos interrogantes y a la vez importantes ejes de especial interés para aquellas in-

investigaciones destinadas a analizar la relación entre ponderación y las competencias del poder judicial. Alexy trató la cuestión a través de las siguientes tesis: (i) la representación argumentativa; (ii) los márgenes de acción del legislador; (iii) los principios formales y (iv) la “segunda ley de ponderación” o la ley de la seguridad de las premisas empíricas. Sieckmann destaca especialmente la importancia de la tesis de los principios formales y entiende que la clave teórica pasa por aclarar dicho concepto. Sin embargo, estos principios deben ser precisados teóricamente en su concepto, estructura, contenido y manera en que participan en la ponderación. De acuerdo con Sieckmann, los principios formales son normas que exigen el reconocimiento de competencias de cierto órgano para establecer normas o decisiones normativas. Los mismos no siempre se inclinan en favor del legislador, sino que también existen normas de competencia en favor de los tribunales; por ejemplo: el control del cumplimiento de los derechos fundamentales. Por tanto, no se trata simplemente de agregar a los principios formales como un elemento que inclina el peso en la ponderación, como sostienen Alexy; sino que deben distinguirse entre dos niveles de ponderación: la ponderación material y la formal. En éste último nivel se da un conflicto entre principios formales, que no es más que un conflicto entre competencias acerca de cuál órgano está autorizado a establecer una ponderación. Una investigación bien orientada en ese sentido sería aquella que determine cuáles son los criterios para la delimitación de tales competencias. Sieckmann sugiere tres criterios: (i) la garantía de corrección en la decisión; (ii) la legitimación procedimental que alcanzan los procesos políticos y judiciales; (iii) la protección de los derechos fundamentales.

Para concluir, puede decirse que las tesis de Sieckmann resultan elementos ineludibles para todas aquellas investigaciones analíticas de filosofía o teoría del derecho dedicadas a la teoría del discurso, a la fundamentación de los derechos humanos, a la teoría de los principios, a la teoría de los derechos fundamentales o constitucionales, a la ponderación y/o a las relaciones entre poder judicial y democracia. En especial, Sieckmann establece algunos conceptos de vital relevancia y que se encuentran condensados en la obra que aquí se reseña; a saber: su noción de corrección como obligación, su noción de autonomía

como auto-legislación, su noción de principios como argumentos normativos, su noción de ponderación autónoma y su noción de principios formales.

Referencias bibliográficas

Sieckmann, Jan-R., 1990: *Regelmodelle und Prinzipmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden, Nomos.

_____, 2006: *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____, 2008: “El concepto de autonomía”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, pp. 465-483.

_____, 2009: *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden, Nomos.

_____, 2012: *The Logic of Autonomy*. Oxford, Hart Publishing.

_____, 2014: *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Recepción: 16/09/2015

Aceptación: 16/12/2015