

RESEÑAS DE LIBROS

Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra, 2007.

Al inicio de este ya clásico texto de la teoría legal contemporánea, el profesor de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel (Alemania) Robert Alexy nos planteaba directamente algunos problemas en el derecho moderno que nos tendrían que llevar a abandonar la tesis del razonamiento jurídico como exclusivo razonamiento lógico deductivo o subsuntivo. Esto precisamente porque el derecho suele tener problemas vinculados a la vaguedad del lenguaje jurídico, a los conflictos entre normas, a las lagunas del derecho o, finalmente, a aquellos casos en donde es necesario fallar aun contra el sentido literal de la norma.

En este sentido, podemos decir que en determinados casos que exhiben este tipo de dificultades (y que en la jerga de la argumentación jurídica conocemos como casos difíciles) exigen también una valoración por parte del aplicador. Esto, de hecho, ha sido reconocido por diversos juristas como Larenz, Kriele o Engisch, mencionados por Alexy en su texto. Sin embargo, como bien anota el profesor Alexy, se ha hecho notar el problema, pero no se ha planteado la solución. “La cuestión es dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de estas con los métodos de interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas esas valoraciones”.

Precisamente su trabajo apunta hacia ese objetivo teniendo en cuenta finalmente que estas valoraciones impliquen en el fondo un juicio moral, pero sin que esto signifique por ejemplo pensar que exista un orden valorativo objetivo (dice Alexy, independiente del derecho o recogido por la Constitución, por ejemplo) o que se pueda apelar a conocimientos empíricos. Esto por la sencilla razón de que en la sociedad en la que vivimos existen distintas soluciones para los diferentes problemas prácticos que encontramos y es raro el consenso fáctico. Sin embargo, tal situación no debe ser óbice para no intentar otros caminos que puedan servir para justificar tal valoración.

Así, pues, el profesor Alexy considera en el presente trabajo –que constituyó su tesis doctoral– que los aportes de la filosofía del lenguaje en el campo de la ética y la teoría de la argumentación jurídica pueden ser buenos medios para alcanzar dicho fin.

De esta manera, al considerar entonces que no es posible asegurar la solución de todos los casos por medio de las normas jurídicas, Alexy se centrará en la denominada “justificación externa”. Es decir, las razones que esgrimen los juristas para determinar las reglas o los principios, pues, como acertadamente hace notar el profesor argentino Rodolfo Vigo en un análisis sobre Alexy, el derecho tiene, además de esta dimensión estática constituida por las reglas y los principios, una dimensión dinámica que se basa precisamente en la forma como se desarrolla su justificación. De allí precisamente que Alexy defina más adelante al derecho como el conjunto de reglas, principios y procedimientos.

Al hacer esta afirmación, cobra también más sentido una frase que se repite en el texto y que dice: “El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”. Esto significa, por un lado, que se puede integrar tanto argumentos específicamente jurídicos como argumentos prácticos generales así como también el tener presente que el discurso jurídico tiene límites marcados por las reglas, los precedentes, la doctrina, etcétera. Lo fundamental, en todo caso, es destacar el enfoque argumentativo del que parte el profesor Alexy y que, como hemos señalado, califica al derecho como un discurso.

Ahora bien, el que se califique al derecho como una forma de discurso implica también reconocer que el derecho para Alexy y los enfoques argumentativos es básicamente un lenguaje, un medio de comunicación. Al mismo tiempo, se sabe que para llevar adelante un proceso de comunicación es imprescindible seguir una serie de reglas que lo puedan viabilizar (reglas de la racionalidad práctica). Por ejemplo, una comunicación en la cual se afirmara una cosa para inmediatamente negarla sería claramente contradictoria y una comunicación que adolezca de contradicciones, en realidad, no podría generar comunicación. De allí podríamos extraer, entonces, la regla de la no contradicción como una de las reglas indispensables en el procedimiento comunicativo.

Esta regla es la primera que se menciona junto a otras, como aquella que señala que todo hablante puede afirmar solo lo que el mismo cree, entre muchas otras más (28 reglas en total). Así, se piensa que

es posible apelar a estas reglas para la solución racional de problemas prácticos para llegar luego a los calificativos de correcto o incorrecto, justo o injusto, bueno o malo.

Por lo expuesto, se puede deducir notoriamente las influencias de lo que también se conoce como epistemologías constructivistas, como la teoría de la comunicación de Habermas (y Apel también), en donde la verdad es el fruto del consenso intersubjetivo tras un desarrollo de una deliberación que sigue una serie de pasos racionales hasta llegar a adoptar una conclusión racional.

El presente texto ha sido considerado, y con razón, uno de los principales trabajos en el avance de la teoría argumentativa del derecho, convirtiéndose también en una propuesta en favor de una teoría no positivista del derecho. Dicho sea de paso, para las llamadas teorías no positivistas del derecho, el derecho deja de ser un objeto para ser conocido o descrito (positivismo) y se convierte más bien en una práctica o actividad. Puede ser una actividad persuasiva (como diría Perelman), una práctica discursiva (Alexy) o una práctica interpretativa (Dworkin), pero en general coinciden en considerar que el derecho es un saber práctico y no un conocimiento teórico. También podría concebirse al derecho como una técnica para resolver problemas prácticos (Atienza), con lo cual se trata de tomar más en serio la solución aceptable del caso antes que la mera aplicación de la norma, es decir, que en esta concepción la norma es un medio –y no el único– para solucionar controversias, pero bajo ningún punto de vista puede considerársele un fin en sí mismo, como aconteció muchas veces con el positivismo.

Por todas las cosas expresadas aquí, este trabajo pionero en estas corrientes pospositivistas es de lectura necesaria para quien desee entrar en el debate teórico contemporáneo. Además, por sus cercanías con otra teoría no positivista como la teoría constitucional, el volumen es necesario para desenvolverse en la práctica del derecho actual. No es este el lugar para plantear algunas objeciones a la teoría de Alexy, pero existen también una buena cantidad de artículos y textos dedicados a este propósito.

Eduardo Hernando Nieto