

¿Corrección sin “verdad”? Paralelismos y diferencias entre Robert Alexy y Sergio Cotta

Tomás de Domingo Pérez

Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante) – España
t.domingo@umh.es

DOI: 10.17421/2498-9746-05-42

Resumen

La obra de Robert Alexy, y concretamente su tesis de que el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección, que supone una de las principales objeciones al positivismo jurídico en nuestros días, ha generado un debate muy intenso en el panorama iusfilosófico. La referencia de Alexy a la pretensión de corrección conduce a la exigencia de fundamentación de cualquier planteamiento normativo. En este punto se puede observar un paralelismo evidente entre la tesis de Alexy y la posición de Cotta en torno a la justificación de la obligatoriedad de las normas. Ahora bien, aunque las posiciones de Alexy y Cotta se aproximan en su demanda de argumentación como un requisito esencial del derecho o, por decirlo con Cotta, del modo de vida jurídico, sus planteamientos son muy distantes y marcan dos caminos paralelos en la recuperación de la razón práctica que ha tenido lugar a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Alexy pretende desligar las razones que fundamentan la corrección de cualquier indagación en la estructura ontológica del ser humano, cosa que no sucede en el planteamiento de Cotta. En este trabajo se sostiene que la construcción teórica de Cotta permite elaborar una noción de justicia o corrección material que ofrece mayores posibilidades que la de Alexy en el terreno práctico.

Palabras clave: Corrección, teoría del discurso, coexistencia, naturaleza humana.

Abstract

The work of Robert Alexy, and specifically his thesis that the law necessarily formulates a claim to correction, which is one of the main objections to legal positivism in our days, has generated a very intense debate in the philosophical panorama. Alexy's reference to the pretension of correction leads to the requirement of substantiation of any normative approach. At this point it can be observed an obvious parallelism between Alexy's thesis and Cotta's position around the justification of the obligatory nature of the norms. However, although the positions of Alexy and Cotta are closer in their demand for argumentation as an essential requirement of law or, as Cotta put it, of the legal way of life, their approaches are very distant and mark two parallel paths

in the recovery of the practical reason that has taken place throughout the second half of the 20th century. Alexy tries to separate the reasons that support the correction of any inquiry into the ontological structure of the human being, something that does not happen in Cotta's approach. In this paper, it is argued that the theoretical construction of Cotta allows to elaborate a notion of justice or material correction that offers greater possibilities than Alexy's in the practical field.

Keywords: *Correction, discourse theory, coexistence, human nature.*

La obra del iusfilósofo alemán Robert Alexy, una de las más influyentes en el panorama mundial de la filosofía del derecho, ha servido para ahondar en la crisis del positivismo jurídico¹. Su conocida tesis de que el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección pone de relieve una concepción relacional y argumentativa de lo jurídico en la que se observan paralelismos con Sergio Cotta, pero también importantes diferencias.

En los trabajos de Alexy no se encuentran referencias a Sergio Cotta, y tampoco este parece haber prestado atención a la labor desarrollada por el autor alemán, lo cual es comprensible si se tienen en cuenta las fuentes tan distintas de las que se nutre su respectivo pensamiento. Sin embargo, en mi opinión, es interesante examinar su concepción del derecho y poner de manifiesto la existencia de algunos paralelismos y también de importantes diferencias. En ambos autores está presente el afán por dar respuesta a un problema con el que el positivismo jurídico —en sus diversas variantes— encalla: la justificación de la obligatoriedad de las normas. Uno de los libros más destacados de Cotta aborda esta cuestión de manera específica². Por su parte, Alexy se ocupa de este problema al sostener que el sistema jurídico, las normas que forman parte del mismo y las decisiones judiciales formulan necesariamente una pretensión de corrección, lo cual es tanto como poner de relieve la necesidad de justificar racionalmente la obligatoriedad del derecho en todos los estadios de su desarrollo. En qué consista dicha “corrección” es una cuestión en la que se observan importantes diferencias entre la posición de Alexy y de Cotta. Examinaré, en primer lugar, algunas claves del planteamiento de Alexy para poner de relieve como su noción de “corrección” aparece ligada a una concepción de la naturaleza humana que renuncia a traspasar el nivel de lo empírico. En segundo lugar, me centraré en la obra de Cotta y mostraré cómo, pese a apreciarse paralelismos entre su visión relacional y argumentativa del fenómeno jurídico y la de Alexy, la indagación ontológica del autor italiano ofrece caminos que Alexy no puede transitar.

Alexy defiende un concepto no positivista de Derecho capaz de integrar los aspectos institucionales —legalidad conforme al ordenamiento y eficacia social—, y los aspectos ideales o discursivos del Derecho —corrección material—. Todos ellos deben combinarse en una teoría general del sistema jurídico cuya mejor expresión es, a su juicio, el Estado democrático constitucional³.

El primer paso para articular el funcionamiento de este sistema jurídico exige abordar el problema del fundamento del sistema. Aquí se va a ver su alejamiento de las tesis positivistas, puesto que aboga por un concepto de Derecho que implica necesariamente una “pretensión de corrección material”⁴. Ahora bien, como él mismo reconoce «[c]on la tesis de que se formula una pretensión de corrección no se ha dicho todavía nada acerca de su contenido»⁵. En este terreno, Alexy ofrece una teoría general de la fundamentación de las normas basada en la teoría del discurso que, como es sabido, constituye una teoría procedimental de la corrección práctica⁶. Dicho procedimiento —que consiste, como sucede con todas las éticas procedimentales, en un ejercicio del pensamiento— se expresa en la teoría del discurso por medio de un sistema de reglas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional. Una parte de esas reglas constituyen condiciones generales de racionalidad tales como ausencia de contradicción, universalidad, claridad lingüístico-conceptual, etc., y son válidas también en monólogos⁷. Pero la teoría del discurso añade otras reglas que no tienen carácter monológico, y que pretenden preservar la imparcialidad del discurso asegurando la libertad y la igualdad de los participantes⁸.

Pues bien, puesto que el respeto a las reglas del discurso constituye una exigencia de la argumentación práctica racional, un modelo de organización política estará justificado en tanto institucionalice un sistema jurídico capaz de realizar en el mayor grado posible dicho ideal discursivo. A juicio de Alexy es precisamente el moderno Estado democrático constitucional el que mejor lo logra, a través de una democracia deliberativa y del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, derivados de los derechos generales a la libertad y a la igualdad⁹, que servirían para asegurar tanto la autonomía privada como la pública.

Las principales críticas que se le han formulado a Alexy están relacionadas con la fundamentación de las reglas del discurso¹⁰. Conviene, por tanto, examinar el modo de proceder de Alexy en este punto¹¹.

Señala Alexy que la idea del discurso no es una idea neutral, pues al defender las ideas de universalidad y autonomía en la argumentación se podría decir que es una teoría esencialmente liberal. Sin embargo, esta falta de neutralidad no significa, en su opinión, que sea imposible justificar o fundamentar las reglas del discurso¹². Alexy opina que se subestiman las posibilidades de los argumentos trascendentales, que, junto a un argumento basado en la maximización de la

utilidad individual, va a ser el camino que transite Alexy para fundamentar las reglas del discurso¹³.

Un argumento trascendental, sostiene Alexy, es aquel que dispone al menos de dos premisas con la siguiente estructura: «la primera premisa identifica el punto de partida del argumento, que consiste en cosas como percepciones, pensamientos o actos lingüísticos y conceptúa, desde este punto de partida, su necesidad en algún sentido. La segunda premisa afirma luego que cualesquiera categorías o reglas son necesarias, cuando el objeto elegido como punto de partida debe ser posible. La conclusión dice, finalmente, que esas categorías o reglas valen necesariamente»¹⁴. Puede mostrarse con más claridad la estructura del argumento según el siguiente esquema:

X es necesario
 Y es una condición de posibilidad de X
 Toda regla que permita Y estará justificada

Para determinar aquello que es necesario en algún sentido, atiende Alexy a los “actos particulares del habla” —por esta razón precisa que su argumentación es pragmático-trascendental, puesto que no se refiere únicamente a la corrección de determinadas proposiciones desde un punto de vista lógico, sino también al comportamiento del hablante¹⁵—. Alexy comienza el desarrollo de su argumento pragmático-trascendental sosteniendo que los actos del lenguaje de aserción son necesarios, y que éstos presuponen una pretensión de verdad o corrección, que a su vez implica un deber *prima facie* de fundamentar lo afirmado. A esto añade que «quien fundamenta algo concede por lo menos a los demás, a lo mínimo en lo que concierne al fundamentar, ser aceptados como compañeros de fundamentación con iguales derechos»¹⁶, y, finalmente, que cualquiera que pretenda fundamentar algo debe hacerlo «no sólo frente al correspondiente destinatario, sino frente a todos»¹⁷. De este modo, concluye señalando: «Si mi argumento es correcto, con ello se han fundamentado exactamente las reglas del discurso, que expresan las ideas liberales de autonomía y universalidad»¹⁸.

Algunos razonamientos de Alexy podrían resultar discutibles¹⁹, pero considero que el principal problema radica en la justificación del contenido de la primera premisa: “los actos del lenguaje de aserción son necesarios”. En línea con Habermas y Apel, Alexy afirma que «una denegación consecuente de la argumentación debe tener consecuencias fatales. Así habla Apel, con respecto a la “Psicopatología clínica”, de la pérdida “de la posibilidad de autocomprensión y autoidentificación”, o sea de “autodestrucción” y Habermas de “esquizofrenia y suicidio»²⁰. Se observa que Alexy no pretende sustentar la necesidad de formular asertos en la estructura ontológica del ser humano, sino en datos empíricos que ciertamente presuponen una valoración de lo que es bueno para la vida humana. Esta au-

tolimitación gnoseológica constituye, en mi opinión, la principal debilidad de la teoría del discurso, y de cualquier razonamiento moral que pretenda justificarse eludiendo cualquier referencia a la estructura ontológica del ser humano²¹.

La referencia a la necesidad de formular aserciones parece que remite a una forma de ser específica del ser humano, es decir, a la naturaleza humana. En este terreno Alexy se conduce con mucha cautela: por una parte, se ve obligado a admitir la realidad de la naturaleza humana, pero inmediatamente rebaja las consecuencias que de ello quepa extraer. Así, por ejemplo, afirma que la teoría del discurso «persigue ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural»²². En otro trabajo incluso sostiene que la pretensión de corrección remite a la necesidad de argumentar, de razonar, lo cual «es un componente necesario de la forma humana de vida, se funda en la naturaleza humana»²³. Ahora bien, inmediatamente matiza las consecuencias que quepa extraer de dichas afirmaciones: «Esto se puede tomar como pretexto para aducir frente a la teoría del discurso la sindicación clásica de una falsa conclusión de un ser/deber ser. Esta objeción pasa por alto, no obstante, que el argumento trascendental no consiste en que se deduzcan normas de hechos, sino en que se reconstruye una praxis en la que cada uno a lo menos rudimentariamente participa, desde la perspectiva del participante»²⁴.

La teoría del discurso no profundiza en el estudio de la estructura ontológica del ser humano y puede decirse, en mi opinión, que ofrece una noción de “corrección sin verdad” que se hace acreedora a las críticas que se han realizado a las teorías procedimentales de la justicia, principalmente la referente a que «se trata de una noción negativa de corrección, pues su logro en el discurso real es la no incorrección, la no irracionalidad»²⁵. Como admite el propio Alexy, las reglas del discurso no pueden negar que varias decisiones sean discursivamente admisibles, y por ello es necesario recurrir a un procedimiento jurídicamente institucionalizado. El discurso jurídico, señala Alexy, se encuentra sujeto a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática. Esta sujeción no elimina la inseguridad del resultado, lo que conduce al procedimiento judicial en el que no sólo se argumenta sino que también se decide, aunque esto, a su juicio, no implica renunciar a una decisión racional: «Por una parte, estas cuestiones valorativas son decididas dentro del marco de sujeciones que, como muestra el modelo, son, en tanto tales, racionales; por otra, estas cuestiones valorativas pueden ser decididas sobre la base de la argumentación práctica racional, lo que confiere un carácter racional a la decisión también cuando de acuerdo con las reglas de la argumentación práctica racional, es posible más de una decisión»²⁶. A la luz de este texto hay que coincidir con Seoane cuando afirma: «A su teoría de la argumentación jurídica le falta algo; y ese algo puede ser una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, más aristotélica que kantiana —o hobbesiana—, que alumbré el ejercicio de la facultad judicial y decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales

y administrativos. A través de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se ha conseguido, en cierta medida, garantizar la racionalidad —o mejor la no irracionalidad— del sistema; pero falta explorar la racionalidad del decisor. En otras palabras, el Derecho metódicamente asegurado que propugna Alexy no basta para dar cuenta de una realidad jurídica que sobrepasa su noción de racionalidad y su noción de corrección, y para la que se precisan sendas nociones más amplias y comprensivas»²⁷.

Pero a estas críticas hay que sumarle, en mi opinión, que su teoría no está en condiciones de justificar la obligatoriedad de las normas jurídicas. En efecto, la teoría del discurso puede ofrecer buenas razones para la obediencia, pero, siguiendo a Cotta, una norma jurídica sólo resulta justificada, entre otros requisitos, si el comportamiento prescrito resulta en sí mismo “aprobable”²⁸. La teoría del discurso puede afirmar que determinado comportamiento es discursivamente admisible, y ello puede ser una buena razón para obedecer la norma que lo prescriba, pero el rechazo de toda consideración ontológica, con la consiguiente imposibilidad de afirmar qué es bueno para el hombre, impide determinar si lo prescrito es aprobable, y, por consiguiente, de este modo incurre en lo que Cotta denomina críticamente “obligatoriedad sin justificación”²⁹.

2

Examinaré seguidamente el planteamiento de Cotta para poner de relieve los paralelismos que encuentro con Alexy, pero también sus importantes diferencias. La tesis básica de Cotta podría resumirse así: una norma jurídica está justificada y, por tanto, es obligatoria si lo que prescribe constituye una conducta que contribuye a hacer posible la coexistencia humana. Para llegar a dicha conclusión Cotta se sirve del imperativo asertórico kantiano —uno de los imperativos hipotéticos que distingue Kant—, según el cual estarían justificadas aquellas acciones que son necesarias para el cumplimiento de una necesidad práctica real que todos se proponen³⁰. Según Cotta, Kant no desarrolló la argumentación en relación con los imperativos asertóricos por su rechazo a toda consideración ontológica, y porque creía que el único fin que necesariamente se proponen todos los hombres era la felicidad³¹. Kant pensaba que era imposible justificar objetivamente ninguna norma de conducta basándose en el imperativo asertórico, ya que la felicidad es un concepto que varía en función de cada hombre, y esto supone que «el imperativo que se refiere a la elección de los medios para la felicidad propia, esto es, la prescripción de la prudencia, sigue siendo *hipotético*: la acción no es mandada absolutamente, sino sólo como medio para otro propósito»³².

Si se examinan detenidamente, las posiciones de Alexy y Cotta no están excesivamente alejadas y, sin embargo, son muy distantes³³. Me explicaré: Cotta

se sirve del imperativo asertórico kantiano para afirmar que la coexistencia humana es la clave que permite justificar la obligatoriedad de las normas jurídicas. Pero la razón que esgrime es que la coexistencia pertenece a la estructura ontológica del ser humano. Esta es su principal diferencia con Alexy, y a mi juicio la principal debilidad de éste último, por las razones expuestas anteriormente. Además, se puede inferir que para Cotta no es posible afirmar que algo sea necesario para todos los hombres sin un razonamiento que atienda a la estructura ontológica del ser humano, lo que se desprende del siguiente texto: «¿hay algo que sea necesario a todos los hombres? Si tal afirmación resulta positiva (no falseable), la justificación de la norma será válida para todos. Llamamos a esa justificación funcional-estructural porque se basa en la adecuación de la funcionalidad de un comportamiento a la estructura (ontológica) del hombre»³⁴.

El itinerario que permite a Cotta sostener que una norma que posibilite la coexistencia humana está justificada es el siguiente: Cotta considera que la pregunta “por qué el Derecho” es previa a la pregunta “qué es el Derecho”. Esto le lleva a indagar en qué radica el fundamento ontológico del Derecho, ya que «sólo en relación con el fundamento es posible determinar la *obligatoriedad* de la norma jurídica y, por tanto, su diferencia respecto de una mera imposición constrictiva»³⁵. De acuerdo con Kierkegaard, Heidegger y San Agustín, Cotta define la existencia como “vivir la posibilidad”, lo cual pertenece al ser del ente en el sentido de que «las posibilidades existenciales del ente no pueden provenir sino de la potencialidad del ser mismo del ente»³⁶. Ahora bien, y esto es de la mayor importancia, «tener una posibilidad implica que el ser del ente no se agota en su hacerse presente como ser-dado, implica una *no* completez del ser del ente»³⁷. La existencia humana, por tanto, se caracteriza por su dinamismo, por el inagotable intento de actualizar las posibilidades implícitas en el ser del hombre. Esto revela, a juicio de Cotta, una peculiar estructura ontológica del ser humano, que denomina dualidad finito-infinito. «Finito porque el ente es particular y contingente y, por tanto, su capacidad de advertir y actualizar sus posibilidades implícitas en el ser (propio) es limitada, incluso temporalmente. Infinito porque la conciencia de la propia finitud implica haber trascendido su particularidad y contingencia: no se puede pensar lo finito sin lo infinito y este pensar lo infinito es una capacidad real del ser del ente»³⁸. Pero Cotta, dando un paso más, muestra que dicha estructura ontológica exige el reconocimiento del otro como un “alter ego”, pues «por su finitud, los entes duales no sólo no pueden negarse recíprocamente sino que ni siquiera pueden prescindir el uno del otro; comunicación y comprensión recíprocas son los cauces posibles para su común participación en lo infinito, sin la que no se entiende cómo podrían comprenderse entes integralmente finitos»³⁹.

Cotta no ignora que las relaciones interindividuales en su pura onticidad son discordantes y conflictivas. Sin embargo, en su opinión, incluso en el caso del conflicto queda patente lo absurdo que resulta negar el co-existir como relación

de aceptación recíproca, por cuanto el conflicto es en sí mismo una relación: la relación de oposición. Ahora bien, Cotta observa que «si la relación de dominio fuese elevada a supremo criterio hermenéutico de la existencia y regulador del “co-existir” conflictivo reduciría al hombre (tanto al dominador como al dominado) a su pura finitud, ya que haría insuperable la incomprensión e imposible el acogimiento, privando por tanto al hombre de su estatuto ontológico y degradándolo a la condición de cosa»⁴⁰.

La argumentación que precede le lleva a concluir que «la coexistencia aparece como el criterio último de determinación del deber ser de toda posible relación intrahumana; y, por consiguiente, también del derecho. Por lo demás, éste —en su misma realidad empírica de norma que establece la posibilidad de acuerdo y de regularidad sincrónica y diacrónica en las relaciones intersubjetivas— pone bien de manifiesto que el fundamento de su realidad empírica es la coexistencia. En ella encuentra el derecho el criterio axiológico capaz de justificar en última instancia sus normas y hacerlas así obligatorias, sustrayéndolas al arbitrio de la voluntad y del poder o al vacío de una legalidad puramente formal»⁴¹.

Por lo tanto, toda norma jurídica que favorezca la coexistencia estará justificada y resultará obligatoria. Sin embargo, cabe plantear esta pregunta: ¿realmente se ha avanzado al apelar a la realización de la coexistencia como argumento decisivo que permite justificar las normas jurídicas? ¿no hay, si cabe, mayor indeterminación que en el caso de la teoría del discurso, dado que puede pensarse que difícilmente es posible un acuerdo respecto a qué estado de cosas que pueda hablarse de una “coexistencia humana” y no de un dominio intolerable? Llegados a este punto se abre paso en Cotta el recurso al Derecho natural, que presenta alejado de una visión empírica de la naturaleza humana. La naturaleza del hombre es la de un ente que vive en el mundo y se relaciona con él según su estructura ontológica. No existe un determinismo en el obrar, sino una posibilidad existencial que conduce a descubrir o a inventar el Derecho natural ejercitando las facultades cognoscitivas y justificando las normas que ajustan y posibilitan la coexistencia «recurriendo a su funcionalidad respecto de la convivencia, y a tenor de la exigencia de su propia estructura ontológica»⁴².

Como se ve, Cotta no acepta las autolimitaciones gnoseológicas de las éticas procedimentales y del constructivismo ético⁴³, y se adentra en la difícil tarea de establecer qué conductas son contrarias a la coexistencia atendiendo a la realidad social y a la estructura ontológica del ser humano. Dado que la valoración de cuáles son aquellos comportamientos que favorecen la coexistencia humana es imposible sin una idea de bien, se puede decir que justificar la obligatoriedad de las normas jurídicas por referencia a la coexistencia implica admitir una conexión, que no confusión, entre derecho y moral, si bien la argumentación que se sigue para mostrar esa conexión necesaria entre derecho y moral es completamente distinta a la que sigue Alexy para sostener que el derecho formula necesariamente

una pretensión de corrección⁴⁴.

En definitiva, nos encontramos con dos autores que destacan por vías muy distintas el carácter relacional del derecho y su intrínseca dimensión argumentativa. Ahora bien, la comparación de sus distintos puntos de vista a la hora de sostener cómo se puede justificar la obligatoriedad de las normas sirve para poner de relieve las limitaciones de una noción de corrección que no admita la posibilidad de descubrir una estructura ontológica del ser humano capaz de informar la argumentación jurídica sin incurrir en un debate subjetivista y emotivista. En este punto se abre la puerta a un debate en el que debe adoptarse una posición con relación a las grandes preguntas filosóficas sobre qué es la realidad y cómo es posible su conocimiento. Ambos autores apuestan firmemente por una filosofía del derecho abierta a las grandes cuestiones filosóficas. En el caso de Cotta su planteamiento es clarísimo⁴⁵, y la referencia a filósofos como Husserl –especialmente a la hora de justificar su planteamiento fenomenológico– o Heidegger así lo pone de relieve. Pero también Alexy sostiene la tesis de que «la filosofía del derecho no está confinada a ciertos problemas especiales relativos al derecho; todos los problemas de la filosofía pueden presentarse en la filosofía del derecho»⁴⁶. Podríamos concluir señalando que la invitación de ambos autores a hacer auténtica filosofía del derecho es el camino a seguir ante la crisis del positivismo jurídico.

NOTAS

1. Sobre las influencias intelectuales de Alexy, cfr. Manuel Atienza, *Entrevista a Robert Alexy*, «Doxa», 24 (2001), pp. 671-687.
2. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, traducción de Antonio Fernández Galiano, Ceura, Madrid 1987.
3. Cfr. Robert Alexy, *La institucionalización de la razón*, «Persona y Derecho», 43 (2000), pp. 217-218.
4. *Ibid.*, pp. 219-223.
5. *Ibid.*, p. 225.
6. Esta es, precisamente, la tarea que aborda en su conocida *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ª reimpresión, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, *passim*.
7. *Ibid.*, pp. 184-187.
8. *Ibid.*, págs. 187-201. Entre estas reglas cabe destacar las siguientes: 1. Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso. 2. a) Todos pueden problematizar cualquier aserción; b) Todos pueden incluir cualquier aserción en el discurso; c) Todos pueden expresar sus posturas, deseos y necesidades. 3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 1) y 2) mediante coerción interna o externa al discurso.
9. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdés revisada por Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 331-418.

10. Cfr. José Antonio Seoane Rodríguez, *Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*, en Pedro Serna (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada 2003, pp. 102-112.
11. Me voy a centrar en la argumentación fundamentación de las reglas del discurso que ofrece Alexy en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, traducción e introducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, pp. 66-92.
12. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 70-71.
13. Conviene indicar que Alexy, al igual que sucede con Habermas, considera que el argumento trascendental que va a ofrecer es “débil” porque no ofrece una fundamentación final infalible, pero aún así lo considera «suficientemente fuerte para fundamentar una exigencia universalista de validez de un principio moral concebido procesalmente» (Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 71.). Precisamente, para fortalecer su argumento trascendental se sirve del argumento centrado en la maximización de la utilidad individual, lo que, como señala el propio Alexy, las líneas kantiana y hobbesiana se relacionan en la fundamentación de las reglas del discurso.
14. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 73-74.
15. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 177.
16. Cfr. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 75-80 (cita textual en p. 80).
17. *Ibid.*, p. 81.
18. *Ibid.*, p. 81-82.
19. En mi opinión, la afirmación de Alexy, «[q]uien fundamenta algo concede por lo menos a los demás, a lo mínimo en lo que concierne al fundametar, ser aceptados como compañeros de fundamentación con iguales derechos», es muy discutible, y creo que ni siquiera el argumento de la «maximización de la utilidad e interés en corrección» permite llegar a otra conclusión. Admitiendo que un aserto presuponga una necesidad de fundamentación, ¿qué impide que en una sociedad las aserciones de determinados grupos de población tengan mayor valor que las de otros? ¿Es necesario ver ello como un ejercicio tiránico por parte del grupo cuyas aserciones son tenidas en cuenta en más alto grado? Ciertamente, en un sistema democrático esto podría ser así, pero quizá en otras sociedades la opinión de los ancianos, o de las personas de acreditada prudencia pueden gozar de autoridad sin que se cuestione la legitimidad de dicho modelo de sociedad. La igualdad de derechos a la hora de poder realizar aserciones, lejos de ser una implicación necesaria en el “acto de habla” asertivo, me parece un valor que requiere otro tipo de justificación.
20. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 83.
21. A este respecto, en el terreno de la fundamentación de los derechos humanos llama la atención la propuesta de fundamentación dualista de los derechos humanos que sostienen autores como Peces-Barba o Rafael de Asís. Así como Alexy parte de observar que las aserciones son necesarias en la vida humana, estos autores pretenden fundamentar los derechos humanos mediante un razonamiento moral a partir de lo que Peces-Barba denomina el “dinamismo de la libertad” (Cfr. Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid 1995, pp. 228-243). Como afirma De Asís (Rafael de Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid

- 2001, p. 32.): «La libertad de elección constituye un dato empírico pero a su vez [es un] presupuesto de cualquier reflexión moral». Cabe, sin embargo, preguntarse por qué proteger la capacidad de elección del ser humano? A no ser que se responda a dicha pregunta, la capacidad de elección se presenta como un postulado huérfano de fundamentación. Una completo análisis crítico de este modelo de fundamentación de los derechos humanos en Pedro Serna, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Eunsa, Pamplona 1990, *passim*.
22. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 86.
 23. Robert Alexy, *Derecho, discurso y tiempo*, en Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez, Comares, Granada 2005, p. 73.
 24. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 86, nota 81.
 25. José Antonio Seoane Rodríguez, *Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*, cit., p. 118.
 26. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 531-532.
 27. José Antonio Seoane Rodríguez, *Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*, cit., p. 122.
 28. Cfr. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., p. 65.
 29. *Ibid.*, pp. 35-59.
 30. Cfr. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Ariel, Barcelona 1999, pp. 159-163. Si se examina detenidamente, el imperativo asertórico kantiano guarda una clara semejanza estructural con el argumento pragmático-trascendental de Alexy. El acto de habla de aserción es para Alexy una finalidad práctica que todos se proponen, y, por tanto, es posible justificar aquellas reglas que posibilitan dicha finalidad.
 31. Cfr. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., p. 120-121. Cotta también observa que el «deseo de supervivencia», al que se refiere Hart como el mínimo contenido del derecho natural, tampoco puede justificar una norma de acuerdo con el imperativo asertórico, puesto que este deseo concierne a la propia persona y como tal «justifica la utilización de ciertos medios frente a los demás» (Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., p. 123).
 32. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 163.
 33. Es comprensible el interés despertado en Italia respecto a la relación entre Alexy y Cotta a raíz de la traducción al italiano de la obra de Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Así lo pone de relieve José Antonio Seoane Rodríguez, *Un código ideal y procedimental de la razón práctica*, cit., p. 116, nota 277.
 34. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., p. 120.
 35. *Ibid.*, p. 151.
 36. *Ibid.*, p. 159.
 37. *Ibidem*.
 38. *Ibid.*, p. 160.
 39. *Ibid.*, p. 162. Para una explicación más detallada en este punto, incluyendo una interesantísima refutación de las tesis de Hobbes, cfr. Sergio Cotta, *El Derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidro Pastor, Eunsa, Pamplona 1987, pp. 44-53.

40. Sergio Cotta, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., p. 163. Sobre esta cuestión, en *Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo*, «Persona y Derecho», 8 (1981), p. 168, añade: «Es indiscutible que, sobre el plano de los hechos, la co-existencia no elimina todo conflicto, lo mismo que la conflictualidad no elimina toda clase de co-existencia... Pero si los consideramos en tanto que condiciones de la vida, los separa una diferencia fundamental. Por la universalización de la co-existencia, que elimina cualquier conflicto, la posibilidad de la vida se garantiza a todos, mientras que esta posibilidad sería negada por la universalización conflicto al eliminar toda situación de co-existencia. esto significa, que la co-existencia, a diferencia de la conflictualidad, es una presuposición lógica necesaria de la vida humana y, por consiguiente, no entra en el *arbitrium indifferentiae*.».
41. *Ibid.*, p. 164.
42. Sergio Cotta, *El derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Eunsa, Pamplona 1987, p. 174.
43. De lo contrario, el avance que supone haber logrado mostrar que la coexistencia es el fundamento ontológico del Derecho, se muestra estéril ante la dificultad para trazar diferencias con la idea kantiana de Derecho: «el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad», y, sobre todo, con el principio universal del derecho, expuesto por Kant en los siguientes términos: «Una acción es *conforme a derecho(recht)* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» (Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid 1989, p. 39.
44. En efecto, como destaca Ollero, (Andrés Ollero, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 169-179), «[m]oral y derecho no son dos tipos de normas (aunque las impliquen) sino dos dimensiones de la existencia práctica del hombre» (cita textual en p. 172.). Tradicionalmente se ha entendido que la moral se orienta a lograr la perfección del ser humano haciéndole comprender el sentido de la existencia, y, por tanto, cuál es el comportamiento externo e interno que debe observar en el curso de su vida. El derecho, sin embargo, «aspira a lograr un ámbito de convivencia social, armonizando sus pretensiones individuales con las de los demás, en un juego que es a la vez condicionamiento (no puede hacerlo todo) y potenciación (se encuentra en condiciones de “poder” hacer realmente más)» (cita textual en p. 173). Esto explica que el derecho sea visto como un *mínimo ético*, pues se conforma con hacer posible la convivencia, o la coexistencia si se emplea la terminología de Cotta. Por lo tanto, la distinta finalidad práctica del derecho y la moral permite que no se confundan, pues el actuar humano es observado desde diferentes perspectivas. Sin embargo, existe un momento en el que ambos órdenes no pueden evitar estar conectados, como acertadamente observa Ollero: «El derecho se conforma, por su parte, con plantear el mínimo ético que es condición de toda convivencia que merezca el nombre de humana. El problema radica en que sólo partiendo de una concepción de lo humano —llena de exigencias éticas— cabe delimitar un ámbito de convivencia que no sitúe a la sociedad bajo mínimos. Es obvio, por tanto, que no cabe derecho sin ética y que proponerlo, de no ser un engaño, sería una abierta inmoralidad. Siendo el derecho una realidad específica y —en va-

rios aspectos— “previa” a la moral, su contenido y alcance dependerá siempre de una opción moral “previa”».

45. Como destaca Bruno Romano, *Sergio Cotta: la ‘ontofenomenología’ y ‘el derecho en la existencia’*, «Persona y Derecho», 57 (2007), p. 25, la obra de Cotta estuvo orientada por la tesis «la filosofía del derecho o es filosofía o no es».
46. Robert Alexy, *La naturaleza de la filosofía del derecho*, «Doxa», 26 (2003), p. 152.

© 2019 Tomás de Domingo Pérez & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)