

EL JURISTA COMO VERDADERO FILÓSOFO*

JURIST AS TRUE PHILOSOPHER

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Estamos aquí reunidos para conferir el título magistral *honoris causa* al Profesor Robert Alexy, un evento que ha sido posible gracias a la activa voluntad del Magnífico Rector, el Profesor Giovambattista De Sarro, y del Director del Departamento de Derecho, Profesor Geremía Romano, así como de la iniciativa de nuestro ex Director, el Profesor Luigi Ventura.

La tarea que me ha sido asignada es especialmente exigente. Se trata de presentar una carrera científica y la vida dedicada al estudio e investigación que la sustenta y, al mismo tiempo, justificar el reconocimiento ulterior que se le atribuye, el grado académico más alto, el de doctor *honoris causa*. Pero es una tarea que estoy muy dispuesto a asumir y lo hago consciente de la responsabilidad que conlleva. Lo hago así porque nuestra celebración de hoy está dirigida a un estudioso por excelencia, a un pensador que auna de la mejor forma las virtudes del jurista y del filósofo.

I

Como se sabe, en su escrito sobre el conflicto de las facultades universitarias, Immanuel Kant defendió la superioridad de los estudios de filosofía sobre otros, particularmente la teología, la medicina y el Derecho. La tesis de

* *Laurea* con motivo del otorgamiento del doctorado *honoris causa* al Prof. Dr. Dr. hc.m., Robert Alexy en la Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro el 13 de junio de 2019. Publicada en italiano en *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, Anno V, numero 1, Giugno 2019, pp. 30-40. Traducción a cargo de Francisco M. Mora Sifuentes. Universidad de Guanajuato (México).

la primacía de la filosofía sobre el Derecho fue retomada retóricamente por Rudolf Wiethölter y Jürgen Habermas y sintetizada en la frase en alemán: *der Philosoph als wahrer Rechtswahrer*, que puede traducirse como “el filósofo es el verdadero jurista”. Pues bien, la obra de Robert Alexy, quisiera anticipar, parece confirmar la tesis de Kant y la fórmula de Habermas y de Wiethölter. Sin embargo, una atenta observación a los esfuerzos intelectuales y al pensamiento de Robert Alexy podría llevarnos a una conclusión alternativa: es el jurista, el culto, el reflexivo y atento a las cuestiones fundamentales, inevitablemente también teóricas, de la práctica jurídica, el que, quizás, sea el filósofo más eficaz. Es el Derecho el que adopta lo mejor de la filosofía. Esto se debe a que el Derecho daría paso a la pretensión operativa de aquélla, haciéndola práctica, actividad, acción y no únicamente pensamiento o reflexión, llevándola al mundo de las operaciones humanas más concretas y pequeñas. El Derecho, ciertamente corriendo muchos riesgos, acercaría la razón a la fuerza y trataría de domesticar a esta última.

Dice Pascal en un famoso pasaje de sus *Pensamientos* que como la justicia no puede convertirse en fuerza, se ha convertido la fuerza en justicia: *Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fut fort, on a fait que ce qui est fort fut juste*. Esta frase admite al menos dos lecturas: una realista, cruda, que da lugar a una posición estrecha de positivismo jurídico. La otra lectura, más generosa y prometedora, da a la fuerza, con riesgos nuevamente, el momento decisivo de la verificación de los criterios normativos de justicia, y su realización, no en el mundo de las ideas, sino en el mundo de los hechos. El deber ser ideal se queda en poca cosa sin un deber ser real, y finalmente sin un ser real. Por lo tanto, el filósofo se convierte en jurista. Pero en la práctica, ante los tribunales, es sobre todo el jurista quien debe convertirse en filósofo y reconectar los hechos y las normas. Esto es particularmente cierto en el Estado constitucional y democrático de Derecho en el que su Derecho vigente se nutre de razones cercanas a las del Derecho Natural. Si ello es así, entonces podemos subvertir el dicho de Habermas y, en su lugar, quizás, pronunciar este otro: *Der Rechtswahrer als wahrer Wahrheitswahrer*, es el jurista, el custodio del Derecho, el verdadero filósofo, el custodio de la verdad.

El Derecho no puede detenerse ante el no-cognoscitivista y pilatesco *tì éstin alètheia, quid est veritas?* Más bien, aquél *tì*, aquél *quid*, tiene que arrojarle tratando de identificar un objeto o un principio. *Auctoritas non veritas facit legem*, dice Hobbes, y lo repite el positivista jurídico. Pero la norma sin verdad,

o corrección, la más débil verdad normativa, resulta injustificable, salvo que no se apele, como hacen Montaigne y Pascal, al innombrable “fundamento místico de la autoridad”, que debe mantenerse en secreto, tal y como lo recomienda Pascal; o, tal vez, acudir al “criterio escandalosamente rígido” del que habla recientemente John Finnis. Es decir, acudir a la pura y mera “normatividad de lo fáctico”, radicalizando casi *ad absurdum* una tesis de Georg Jellinek.

La tesis de la normatividad del hecho positivo, o dicho en términos más claros, del “hecho bruto”, la encontramos enunciada por Mefistofeles en el *Fausto* de Goethe: “*Man hat Gewalt, so hat man Recht. Man fragt ums Was nicht ums Wie!*” (*Fausto*, II, 5). Es decir, si hay fuerza, hay Derecho; no se pregunta el cómo, sino sólo el qué. Se trata de una solución autoritaria y dogmática a la cuestión de la controversia moral y de la justicia que parece ofrecernos la tan codiciada seguridad jurídica y que, sin embargo –como diría el propio Goethe–, podría llevarnos a creer que en el Derecho hay algo infernal: “*Es ist etwas von der Hölle darin*”.

Sin embargo, la norma que no está justificada como tal corre el riesgo de ser fácil y súbitamente *injustificada*, ilegítima, *defectuosa* y, finalmente, inválida. Con todo, la verdad moral de que no se hace una norma positiva corre el peligro de carecer de la accesibilidad a la fuente de constatación y motivación necesaria para la acción humana. Se inclina peligrosamente hacia la subjetividad, mientras lo que se necesita es intersubjetividad, si no es que verdadera objetividad. Y esto es lo que el Derecho puede ofrecer.

Sin embargo, la norma sin cualidad, la de Derecho positivo del positivista, es tan angustiada y desorientada como Ulrich, el “hombre sin atributos”, *der Mann ohne Eigenschaften*, de Robert Musil. Debe recordarse a este respecto que Musil afirma que un hombre sin atributos o cualidades es esencialmente sólo un cúmulo de cualidades sin hombre: *Ein Mann ohne Eigenschaften besteht aus Eigenschaften ohne Mann* (cap. 39). Lo anterior, referido a la cuestión del concepto del Derecho, puede traducirse con la tesis de que la norma sin cualidad consiste en una cualidad sin norma, o incluso que un Derecho que no tiene cualidad o justificación normativa –o mejor, que no haga referencia a la justicia–, resulta tan reduccionista que ya no es siquiera reconocible como Derecho.

En la pieza teatral de Robert Bolt, *A Man For All Seasons*, “Un hombre para la eternidad”, un drama que trata sobre el destino trágico de Tomás Moro, y de la que también existe una bella película, su autor, pone las siguientes palabras en boca del santo inglés: *The currents and eddies of right and*

wrong, which you find such plain sailing, I can't navigate. I'm no voyager. But in the thickets of the law, oh!, there I am a forester; es decir, "Las corrientes y las mareas de lo justo y de lo injusto, que tú crees pueden atravesarse tan fácilmente, no puedo navegarlas. No soy un viajero. Pero en la espesura del Derecho, ¡oh!, allí soy un guardabosques". El jurista, quiere decirnos Tomás Moro aquí, conoce el Derecho, no lo que es justo o injusto. Mientras que en las profundidades y meandros de la positividad jurídica, en su "espesor", se mueve a placer, en las tormentas de la moralidad no debe ni puede aventurarse. Sin embargo, aún así, y ésta es precisamente la enseñanza de Robert Alexy, sin una comprensión de lo que es correcto, o de lo que es injusto, o intolerablemente injusto, el jurista –al menos en los casos difíciles– permanece sin orientación. El Derecho entonces debe convertirse en filosofía, y debe transformarse en filosofía del Derecho. *Navigare necesse est*. Es en esta dialéctica entre normatividad y facticidad, la doble naturaleza del Derecho, *law's dual nature* –el tema de la *lectio magistralis* que estamos a punto de escuchar–, es aquí, en esta duplicidad, donde se puede resumir la dinámica de la vasta y profunda reflexión iusfilosófica de Robert Alexy.

II

Robert Alexy nació el nueve de septiembre de 1945 en Oldenburg, al norte de Alemania, en una familia de tradición castrense. Ello explica que en un primer momento se dedicara a la carrera militar. Pero su vocación como filósofo y jurista era demasiado fuerte. Así, después de una educación inicial en la academia del *Bundeswehr*, en donde alcanzó el rango de teniente, Robert Alexy se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga a finales de los años sesenta. En esta universidad, la misma de Jhering, tuvo como profesores entre los filósofos a Günter Patzig, un erudito en la obra de Aristóteles y Frege, y entre los juristas a Ralf Dreier, especialista en Derecho Eclesiástico, Derecho Público y, sobre todo, un iusfilósofo culto y refinado. Robert Alexy culminó su doctorado en Gotinga con un estudio que devino en un clásico de nuestros días, *Theorie der juristischen Argumentation*, traducido al español para el entonces Centro de Estudios Constitucionales, como *La teoría de la argumentación jurídica*. También en Gotinga, Alexy se dio a la tarea de escribir su trabajo de habilitación a la docencia, su *Habilitationsschrift*, que completó a mediados de los años ochenta y que también se ha convertido en una obra de referencia en la doctrina constitucional y en la teoría del

Derecho. Me refiero a su *Theorie der Grundrechte*, traducida hace unos años al español y publicada en dos ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid como *La teoría de los derechos fundamentales*.

Después de haber rechazado una posición como catedrático en la Universidad de Regensburg, en 1986, Robert Alexy aceptó ocupar la Cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel, en la misma Facultad en la que habían enseñado, entre otros, Anselm Feuerbach y Gustav Radbruch, y en la que se habilitó como docente Hermann Heller. Años más tarde, el profesor Alexy también fue invitado para ocupar la Cátedra en la Universidad de Graz, en Austria, y luego en la Universidad de Gotinga, su Alma Mater, propuestas que, luego de pensarlo, terminaría por no aceptar. En Kiel su magisterio ha sido fecundo y ha sido capaz de formar varias generaciones de juristas. Dos hechos así lo constatan: cuando Alexy tuvo que decidir si aceptaba o no el *Ruf*, la llamada, a la Cátedra de Gotinga, los estudiantes de Derecho hicieron una manifestación pública pidiéndole que se quedara en Kiel. Ahí permaneció, y hoy es profesor emérito de dicha Universidad del Mar Báltico.

En *La teoría de la argumentación jurídica* Alexy defiende su conocida “tesis del caso especial”, argumentando que el discurso jurídico representa un caso especial del más general discurso práctico. Según el profesor Alexy, la argumentación jurídica está guiada por una pretensión de corrección, que hunde sus raíces en la práctica normativa y está dirigida universalmente. Esto lo justifica por medio de la “pragmática universal” de otro de sus maestros, Jürgen Habermas. Desde esta perspectiva, cada sentencia jurídica contiene como supuesto pragmático trascendental (trascendental *grosso modo* a la manera de Kant) la afirmación de que es correcta, pero esta afirmación para la dinámica interna de la justificación normativa se presenta como una afirmación de validez universal. De conformidad con esta tesis, primero se debe asumir que la argumentación jurídica es una práctica mutua de dar y pedir razones para una cierta conducta o una cierta afirmación. Tal práctica, para constituirse, necesita de ciertos principios y derechos fundamentales, como por ejemplo, el de la libertad de expresión –y también esencial y contemporáneo a este respecto–, el otro según el cual hay que escuchar a la otra parte, *audietur et altera pars*. Alexy, por lo tanto, con su teoría de la argumentación jurídica, nos propone una teoría normativa e ideal-pragmática del proceso jurídico, de la forma en que se constituye la controversia y la dimensión procesal.

En su siguiente monografía, *La teoría de los derechos fundamentales*, el profesor Alexy dirige su atención al significado, estructura y función de los derechos constitucionales, y ofrece una sofisticada teoría del constitucionalismo articulada en torno a la idea de principio. Esta teoría sostiene que las constituciones de los modernos Estados constitucionales y democráticos consisten, al menos en el catálogo dedicado a los derechos fundamentales, no tanto en reglas sino en principios. Y, precisamente, los derechos fundamentales por lo general son tales principios. Alexy retoma y reelabora, y de alguna forma radicaliza la distinción avanzada ya por el iusfilósofo americano Ronald Dworkin, entre reglas y principios, en donde las reglas serían aplicables o no aplicables de conformidad con la lógica de la subsunción, mientras que los principios no seguirían esta lógica de aplicabilidad final “todo-o-nada”, y serían más bien operativos de acuerdo con una lógica del peso o de la ponderación. Alexy precisa y refuerza esta distinción, afirmando que los principios son “mandatos de optimización”, que para ser aplicables deben pasar por un juicio de ponderación, argumentando también que dicho juicio u operación está dirigida por el “arquimediano” principio proporcionalidad. Este principio se articula de conformidad con otros tres sub-principios: el de adecuación, el de necesidad y finalmente el de proporcionalidad en sentido estricto.

En esta reconstrucción del Estado constitucional el principio de proporcionalidad parece ahora constituir una especie de *Grundnorm*, o de *Ur-Prinzip*, una especie de principio originario del constitucionalismo. Los principios constitucionales, por tanto, se aplican a *Optimierungsgebote*, como mandatos de optimización, y pueden entrar en conflicto entre ellos, que, en lugar de las normas, no se da ni lógica ni fenomenológicamente, y quizás ni siquiera ontológicamente. A la luz de esta concepción de los principios la diferencia de éstos respecto a las “reglas” (como normas con un alto grado de taxatividad), no sería una mera diferencia de grado (como afirma por ejemplo, Joseph Raz, el otro filósofo del Derecho vivo más importante), sino una diferencia “estructural”. Sobre esa “estructura” y, fundamentalmente, sobre la definitividad de los mandatos de optimización, se ha desarrollado un debate sumamente refinado e inteligente que todavía está lejos de concluir.

Alexy define su teoría como “no-positivista”, si bien no se atreve a etiquetarla abiertamente como iusnaturalista. Esto queda todavía más claro en su tercer gran obra, publicada en 1992, *Begriff und Geltung des Rechts*, traducida al español para la editorial Gedisa como *El concepto y la validez del Derecho*. En este trabajo, concebido originalmente como introducción a un

tratado sobre teoría del Derecho que sería escrito “a cuatro manos” con su mentor doctoral, *Doktorvater*, Ralf Dreier, Alexy nos ofrece una definición del Derecho que de alguna manera representa el punto final de toda su investigación y constituye el dintel o pilar en que descansa su doctrina. La definición es la siguiente: (i) El Derecho es en primer lugar un sistema de reglas que formula una pretensión de corrección. (ii) Es un sistema que consiste en la totalidad de las normas que forman parte de una Constitución socialmente eficaz, generalmente, y que no son extremadamente injustas; así como la totalidad de las normas promulgadas de conformidad y en observancia a tal Constitución, normas que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de tal eficacia, y que no son extremadamente injustas. (iii) Finalmente, al Derecho pertenecen también principios y otros argumentos normativos en los que se basa y debe basarse la práctica de aplicación jurídica para satisfacer la pretensión de corrección inherente a la práctica misma. Por lo tanto la pretensión de rectitud o corrección, y luego la pretensión de justicia que se deriva de ella, los principios, otros argumentos normativos y sus antecedentes justificativos finales –es decir, que no se esta creando o instanciando un caso de injusticia extrema o intolerable– están todos incluidos en este complejo y articulado concepto de Derecho, junto con las entidades y nociones más tradicionales de norma, validez y eficacia.

En *Begriff und Geltung des Rechts* Alexy defiende un concepto no-positivista del Derecho, que también podría definirse como “iusnaturalismo inclusivo”, ya que la pretensión de corrección debe necesariamente manifestarse en la práctica del Derecho positivo y, de hecho, sólo se hace patente en ésta. Esta tesis se plantea en la discusión entre el positivismo jurídico y el no-positivismo jurídico, o Derecho Natural, a partir de un análisis lógico de los argumentos utilizados en la práctica jurídica. En esta perspectiva, a diferencia de lo que sucede en el mundo filosófico-jurídico oxoniense, el punto de vista jurídico, el del participante, no es repudiado como no filosófico. Por el contrario, lo que sostiene esta tesis, aparentemente antifilosófica, es que el Derecho existe incluso sin un punto de vista externo, el del observador; pero que no puede existir sin el punto de vista del participante, de aquellos que *usan* las normas, sin el punto de vista del jurista y el del ciudadano. A esto se le suma la tesis, que retoma de una idea de Gustav Radbruch, según la cual la validez del Derecho debe articularse en términos de prevalencia del valor de la certeza jurídica, y por tanto de la positividad; salvo que la certeza se obtenga sobre la base de una “injusticia intolerable”, denunciada por

la fórmula de Radbruch. Esto no supone una identificación entre Derecho y moral, sino únicamente la afirmación de la deficiencia de la norma positiva que no satisface los requisitos fundamentales de la justicia. Aquí vamos mucho más allá del “contenido mínimo del Derecho Natural” de Herbert Hart, el otro protagonista junto con Hans Kelsen de la teoría del Derecho del siglo XX. Porque mientras para Hart ese contenido mínimo es una tesis sociológica o meramente fenomenológica, funcionalista para Radbruch y Alexy, la “injusticia intolerable” representa un umbral que puede ser operativo en el razonamiento jurídico, que puede operar en las prácticas jurídicas, y así motivar sus decisiones.

III

Reconociendo la excelencia de la investigación de Robert Alexy numerosas universidades de todo el mundo le han otorgado la distinción más importante, el título de doctor *honoris causa*. Estas incluyen las universidades de Alicante en España, Coimbra en Portugal, Buenos Aires y Tucumán en Argentina, Amberes en Bélgica, Praga en República Checa, la Universidad Federal de Río de Janeiro en Brasil, la Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia, o la Universidad de San Marcos en Lima, Perú. En 2010 también recibió la Cruz al Mérito de Primera Clase de la República Federal de Alemania.

Permítaseme afirmar, por tanto, que Robert Alexy puede considerarse, sin temor a exagerar, un “coloso” de la ciencia jurídica y de la filosofía del Derecho. Sin género de dudas, es el teórico vivo más prominente de la contemporánea teoría de la argumentación jurídica y uno de los protagonistas del actual debate iusfilosófico. Su investigación que –como hemos visto– abarca desde la teoría de la naturaleza del Derecho hasta la teoría de los derechos fundamentales y la teoría del razonamiento jurídico y judicial, ha influido profundamente en la discusión sobre el concepto de Derecho y en la versión actual de la sempiterna disputa entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural. También ha tenido una importante y favorable recepción en la jurisprudencia de muchos tribunales de justicia: desde el Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta las jurisdicciones de varios países de Europa del Este, y ejerce una atracción casi hegemónica en las cortes supremas y los tribunales constitucionales de Latinoamérica. La reflexión del profesor Alexy sobre el

concepto y la práctica del Derecho es ampliamente reconocida como una de las expresiones más potentes de la teoría del Derecho en el campo de las controversias doctrinales sea entre juristas o académicos. De ello dan testimonio, entre otras cosas, la gran cantidad de ensayos y volúmenes dedicados a su pensamiento así como los innumerables y prestigiosos premios que le han sido concedidos.

El título *magistral honoris causa* es la distinción académica más alta que otorga el sistema universitario italiano. Ahora bien, no creo que exista un estudioso que merezca más tal reconocimiento que el profesor Alexy, el cual hoy, en este hermoso día de junio, recibe aquí en la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro el honor de esta distinción. Y al mismo tiempo, al convertirse en miembro de la comunidad académica de nuestra Universidad, enriquece su perfil y tradición, y nos honra profundamente. Hagamos pues de este día para el recuerdo, un momento puro y libre de actividad universitaria, de la universidad que compendia, según el modelo de Wilhelm von Humboldt, *Lehre*, enseñanza, *Forschung*, investigación, y *Bildung*, la formación del carácter de sus alumnos. Estos son los principales objetivos de una universidad que hoy nos parecen los residuos o ecos de un tiempo pasado. Especialmente si añadimos a esos tres objetivos los dos medios para alcanzarlos, que von Humboldt identificó paradigmáticamente en *Freiheit*, la libertad, y en *Einsamkeit*, la soledad; sí, la irremediable e inalienable soledad del estudioso. La universidad es, o debería ser, la sede privilegiada de la inteligencia, y la inteligencia se nutre de libertad y soledad, y ésta última – íntimamente ligada – se nutre del silencio. Hoy en día, la universidad está perturbada por el ruido, por el zumbido perpetuo del mercado y de las pantallas, por una socialidad hecha “enjambre”.

La vida de Robert Alexy, dedicada monásticamente (silenciosamente) a la investigación y a la formación de los jóvenes es un ejemplo de cómo debe ser la formación universitaria, lo que la *Bildung* puede significar; es un ejemplo de lo que puede darnos, del estilo de vida alternativo que puede ofrecer, incluso cuando, y donde, lo que nos rodea parece exasperarnos y estamos en peligro de hundirnos en la pereza y en la desidia.

Quisiera concluir con dos versos de Gottfried Benn, poeta alemán que sé muy querido por Robert Alexy: *Ich habe mich oft gefragt und keine Antwort gefunden*, “a menudo me he preguntado y no encuentro la respuesta”; *woher das Sanfte und Gute kommt*, “de dónde lo delicado y lo bueno proviene”;

weiss auch heute nicht und muss nun gehen, "hoy todavía no lo sé, y ahora debo irme".

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro
Departamento di Scienza e Storia del Diritto
Viale Pio X, 250
88100 Catanzaro
Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it