E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ROBERT ALEXY

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría que me dieras algunos detalles sobre tu carrera académica. Por ejemplo, ¿qué fue lo que te llevó a la filosofía del Derecho? ¿Estás satisfecho con haber elegido ser un filósofo del Derecho?*

Robert Alexy: Empecé a estudiar en Gotinga en 1968. Durante todo el tiempo en que cursé los estudios completos de Derecho, estuve también matriculado en la Facultad de Filosofía. Me interesaba la filosofía. Quien estudia a un tiempo ciencia jurídica y filosofía llega pronto por sí mismo a la filosofía del Derecho. El que este interés permaneciera constante durante toda la época de estudiante tengo que agradecérselo esencialmente a mis profesores. En filosofía, tuve la suerte de encontrarme, prácticamente desde el comienzo, a Günther Patzig, con el que uno no sólo aprendía a familiarizarse con la lectura de los grandes filósofos y de la filosofía analítica, sino que aprendía también a que ambas cosas resultasen de provecho mutuo. Hacia el final de mis estudios volví a tener suerte: Ralf Dreier llegó a Gotinga. Con la decisión de escribir con él mi tesis de doctorado, «Teoría de la argumentación jurídica», hice de la filosofía del Derecho mi profesión. Siempre me he sentido satisfecho con esa decisión. Hasta el día de hoy, nunca me he aburrido con mi profesión.

M.A.: *Supongo que tu primera publicación habrá sido tu tesis de doctorado, que se tradujo a varios idiomas. Es sabido que se trata de una de las obras más influyentes en la teoría del Derecho de los últimos tiempos. Después de casi 25 años de su primera edición, ¿cúales dirías que son sus principales puntos fuertes y, si acaso, sus debilidades?*

R.A.: Hay sobre todo tres puntos a los que sigo considerando importantes después de todo este tiempo desde que apareció mi «Teoría de la argumentación jurídica». El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis gene-

ral de que el Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Eso lleva a la doble naturaleza del Derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista de Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. Mackie ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la «teoría del error» («error theory»; J.L. Mackie, Ethics 1977, p. 35). La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que viene a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo.

Naturalmente, con el paso del tiempo se vuelven más claras las cosas que no se han alcanzado en un libro. Aquí quiero hacer referencia a dos de sus debilidades. La primera consiste en que la «teoría de la argumentación jurídica» presuponía todo un concepto no positivista de Derecho que sin embargo no quedaba desarrollado. Esta primera debilidad se refiere a la relación entre cuestiones que se tratan en el libro y otras cuestiones más completas o más generales. La segunda debilidad aparece cuando uno mira en el sentido opuesto, esto es, en el de los detalles de la estructura de los argumentos. El análisis lógico de la subsunción tenía un desarrollo relativamente amplio. Aquí se necesitan algunos añadidos a la luz de la teoría de la argumentación no monotónica («non-monotonic reasoning») que, sin embargo, no cambia lo que constituye el núcleo de la estructura básica de la deducción. Por el contrario, la ponderación se trataba sólo de una manera superficial. Ciertamente, hay una cierta relación de prioridad en las formas del discurso práctico general (4.6) que, sin embargo, de ninguna manera es suficiente como análisis de la ponderación. Esta debilidad muestra también con claridad que en mi tesis los principios aparecían definidos exclusivamente en un nivel de gran generalidad (cap. II, 2.3.1). Por ello, quedaba todavía oculto su verdadero carácter.

M. A.: *Hablemos un poco sobre el positivismo jurídico. Tengo ahora sobre mi mesa un libro italiano reciente, escrito por Giorgio Bongiovanni, que se titula «Teorías "constitucionalistas" del Derecho: Moral, Derecho e*

interpretación en R. Alexy y R. Dworkin»: ¿Estarías de acuerdo con la tesis de que el positivismo jurídico terminó su ciclo histórico con la implantación de esta relativamente nueva forma de organización política a la que llamamos «Estado constitucional»?

R. A.: El positivismo jurídico es una posición filosófica que seguirá estando en la discusión mientras siga habiendo debate sobre el concepto y la naturaleza del Derecho. El positivismo jurídico cae dentro del campo lógico de las posibles respuestas a la pregunta «qué es el Derecho», y nunca nadie podrá dar una respuesta bien fundada a esta pregunta sin refutar esa posición o su contraria. Por eso, cabe hablar de un significado eterno del positivismo jurídico para la filosofía del Derecho. Hay que distinguir este significado teórico para la filosofía del Derecho, al que cabe llamar significado «interno», de un significado práctico o externo del positivismo jurídico. Este último depende esencialmente de la correspondiente situación política y jurídica. Si lo que importa es luchar por un sistema que trata de imponer una moral que no puede justificarse de manera universal ni tampoco frente a todos los sometidos al sistema jurídico para impregnar con ella al Derecho, entonces el positivismo jurídico puede ser un instrumento de la lucha política a favor de la democracia y de la neutralidad del Derecho. En el Estado constitucional, el positivismo jurídico pierde esa función. Por un lado, en el sistema jurídico se contienen postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales. Por otro lado, las libertades garantizadas mediante derechos fundamentales impiden que se pueda ir muy lejos en la identificación del Derecho con convicciones morales no compartidas por todos y cuya aceptación no pueda ser pretendida por todos. De esta manera, el Estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el Derecho y la moral. En esta situación, el positivismo jurídico permanece ciertamente abierto a construcciones como la del «positivismo inclusivo» de Coleman. Con ella, uno puede dar cuenta de la realidad del Estado constitucional democrático. Sin embargo, el no positivismo resulta más adecuado. No sólo es una adaptación a la realidad del Estado constitucional democrático, sino que permite darle un verdadero fundamento.

M. A.: *¿Cómo valoras la obra de Fuller y, en particular, qué opinión te merece hoy su famosa controversia con Hart?*

R. A.: La teoría de Fuller de la moralidad intrínseca o interna del Derecho es un temprano y magnífico intento por hacer explícitos los contenidos morales que se encuentran implícitos en el Derecho. Con ello resulta claro que el Derecho no se puede reducir a la facticidad de la legalidad establecida y de la eficacia social. La tesis de Fuller de que el Derecho es una empresa dirigida a un fin («purposed enterprise») se asemeja en su estructura a la tesis neokantiana de Radbruch de que el Derecho es una realidad «que

tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea del Derecho» (*Filosofía del Derecho*, parágrafo 4). Pero la teoría de Fuller está expuesta de una forma incompleta. Esto vale tanto para sus ocho principios de la legalidad (*La moralidad del Derecho*, cap. II), a través de los cuales él define la moral interna del Derecho, como también para su análisis filosófico del concepto de Derecho. Esto lleva a una peculiar asimetría de la controversia entre Fuller y Hart. Los argumentos de Hart tienen un gran rigor filosófico. Pero Fuller gana un punto muy importante con su insistencia en una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Un significado esencial de esta controversia para los que han venido después consiste en que invita en forma directa a reunir las cualidades de ambos contendientes en una nueva teoría.

M. A.: *Antes hacía referencia a que la tuya y la de Dworkin parecen ser las dos principales teorías del paradigma constitucionalista. ¿Qué diferencias existen entre ambas?*

R. A.: No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo substancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos («trumps»). También hay diferencias en la determinación de las relaciones entre libertad e igualdad. Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión. Pero eso queda excluido en la visión de Dworkin de la igualdad («equal concern») como la virtud suprema («sovereign virtue») de la comunidad política. Para mí, el concepto que expresa la armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de corrección. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa.

M. A.: *En una entrevista publicada en* Doxa *en 1993, Stephen Toulmin decía, refiriéndose a tu teoría de la argumentación y a la de Habermas, que ponían la carreta antes de los bueyes, o sea, que situabas en el centro del cuadro el discurso, en lugar del papel que juega un sistema jurídico en la vida social; digamos, el discurso en lugar de la forma de vida. ¿Qué piensas de eso?*

R. A.: Hablé antes, en relación con la tesis del caso especial, de la «doble naturaleza del Derecho». Consiste en la unión del aspecto institucional y autoritativo con el ideal y crítico. Ahí está ya la respuesta a la objeción de Stephen Toulmin de que los teóricos del discurso ponen la carreta antes de los bueyes, o sea, que sitúan en el centro el discurso y no el papel del Derecho en la vida social o, dicho todavía de manera más general, que dan la prioridad al discurso frente a la forma de vida. El ideal, que la teoría del discurso trata de concebir bajo la forma de las condiciones de la argumentación racional, hunde sus raíces en lo real y no tendría ninguna fuerza sin lo real. Y a la inversa, lo real no sería nuestra forma de vida, la forma de vida de seres vivos dotados de razón, si no incluyera ya lo ideal. Esta relación de inclusión recíproca no permite que se pueda concebir ni la imagen de los bueyes delante de la carreta ni la de la carreta delante de los bueyes.

M. A.: *¿Qué me dirías de la influencia de Habermas en tu obra? ¿Qué peso ha tenido?*

R. A.: Mi contestación a esa pregunta tiene que ser compleja. Quien eche un vistazo a mi libro «Teoría de la argumentación jurídica» se da cuenta en seguida de que hay, esencialmente, dos corrientes que me han marcado: la filosofía analítica, y la teoría crítica, en la forma que le ha dado Habermas. En la época en la que escribí el libro, las dos corrientes eran ampliamente percibidas como posiciones contrapuestas. Hoy la cosa es de otra forma. Habermas se ha acercado cada vez más al campo analítico y los analíticos a él. En aquella época yo estaba del todo en la esfera de la filosofía analítica. Sin embargo, se me imponía directamente el intento de una síntesis. Esa síntesis podía ser exitosa, sobre todo porque tanto Habermas como también autores de la línea analítica, como por ejemplo Hare y Baier, se apoyaban en ideas kantianas.

M. A.: *¿Hay algún aspecto significativo en el que difieras de Habermas?*

R. A.: Naturalmente, en mi versión de la teoría del discurso hay algunas diferencias respecto a Habermas. Pero la intención básica es la misma. Hay diferencias grandes, sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. En la práctica, lo decisivo en relación con los derechos fundamentales es la determinación de sus límites. En mi «Teoría de los derechos fundamentales», he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación. Habermas siempre ha rechazado esto con

gran fuerza. En «Facticidad y validez» ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus Günther, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como Habermas, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene una gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. Habermas cree que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de «triunfos» en el sentido de Dworkin. Yo considero, por el contrario, que el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica. La libertad de expresión es tan importante en los Estados Unidos como en Alemania. Aquí hay también un más y un menos. Pero de ello no se sigue que en uno o en otro país o en ambos tenga un carácter teleológico. Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objeto derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario. De manera que en lo que termina todo esto es en la idea de si la ponderación es un procedimiento racional. Habermas piensa que «por ello, carecen de un criterio de racionalidad» (*Facticidad y validez*, p. 315 –ed. alemana). Yo pienso que lo tienen si es que existe un criterio de racionalidad para contestar a las preguntas prácticas.

M. A.: *A lo largo de los últimos diez años he tratado de desarrollar con Juan Ruiz Manero una concepción de los principios jurídicos que, en cierto sentido, puede considerarse como una mediación entre tu teoría y la de Dworkin y Habermas. Partimos de que los principios pueden dividirse en principios en sentido estricto y directrices, y que las directrices (pero no los otros principios) deben considerarse como mandatos de optimización. La idea es introducir dentro de la categoría general de los principios la distinción entre razones de fin y razones de corrección, y defender la prioridad de las razones de corrección (los principios en sentido estricto) frente a las de fin (las directrices). Esa prioridad, nos parece, puede considerarse como el aspecto más importante del «orden débil» entre principios que tu defiendes. Y esa conceptualización permitiría una mejor articulación de la dimensión instrumental y moral del razonamiento jurídico: el uso argumentativo de los principios supone siempre (como tu señalas) una actividad de ponderación, pero la aplicación de las directrices (por ejemplo, la preservación del medio) supone un aspecto de gradualidad que parecería ra-*

ro predicar de otro tipo de principios (la dignidad humana no parece ser una cuestión de más o menos). ¿Qué piensas de ello?

R. A.: Ciertamente, se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos es, sin duda, particularmente importante, aunque no sea tan simple como pudiera parecer a primera vista. El significado de esta distinción proviene de que el peso para la fundamentación que se conceda a ambos tipos de principios es decisivo en cuanto a la extensión que un sistema normativo otorga al individualismo. Yo no defiendo ciertamente una prioridad estricta de los principios que tienen por objeto los derechos individuales, sino una prioridad *prima facie*, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil entre ambos tipos de principios.

Qué significado tiene esto para la categorización teórico-normativa de los principios como mandatos de optimización es una cuestión de gran importancia teórica y práctica. Yo creo que existe acuerdo entre vosotros dos y yo, en primer lugar, en que los principios entran en colisión con frecuencia y, en segundo lugar, en que la solución de colisiones entre principios no es posible sin ponderación. Ahora bien, los derechos individuales pueden colisionar tanto con otros derechos individuales como con bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la protección de la personalidad, y un ejemplo de lo segundo la colisión entre el derecho a la propiedad y la protección del medio ambiente. Por lo demás, existe un tercer tipo de colisión entre bienes colectivos que aquí no interesa. La cuestión decisiva es si la colisión entre derechos individuales tiene una estructura distinta a la que se da en el caso de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Yo creo que no. En ambos casos, el principio de proporcionalidad promueve tanto una optimización relativa a las posibilidades fácticas como una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Si una determinada intromisión en la libertad de expresión no es adecuada o no es necesaria para proteger la personalidad, entonces si se omite esa intromisión puede preservarse la libertad de expresión y la protección de la personalidad, sin que resulte algún coste para alguno de estos derechos, y realizar mejor y, en ese sentido, optimizar, ambos derechos. No es otra cosa que el óptimo de Pareto. Precisamente ello exige que se consideren los principios de adecuación y de necesidad como principios particulares del de proporcionalidad. Otro tanto vale en relación con la colisión entre la propiedad y la protección del medio. A la optimización relativa a las posibilidades jurídicas corresponde el tercero de los principios particulares del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Dice que el fundamento jurídico para una intromisión tiene que ser tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intro-

misión. Esto vale tanto para la colisión entre derechos individuales, como para la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Para justificar una débil intromisión en la propiedad basta con que por medio de ella se produzca una mejora del medio ambiente relativamente poco importante. Una intromisión muy grave en la propiedad, por el contrario, sólo es lícita si es de una gran importancia para la protección del medio. Por eso, la intensidad de la intromisión en la propiedad depende también de si se cuenta con indemnizaciones. Pero esto nos lleva ya a entrar en demasiados detalles. Lo que aquí importa es sólo que el principio de proporcionalidad en sentido estricto resulta dañado si no existe al menos una paridad entre la gravedad de la intromisión y el peso de los fundamentos para la intromisión. A este criterio puede llamársele «el postulado de la paridad».

De lo dicho resulta con claridad que lo que defiendo es un concepto de optimización que pone en conexión dos ingredientes: las exigencias que derivan del óptimo de Pareto y el postulado de paridad. Si por esto se entiende «optimización», entonces parece inevitable la consecuencia de que también los principios que, como el de la protección del medio, tienen como objeto bienes colectivos pueden categorizarse como mandatos de optimización.

A esto quiero añadir dos precisiones. En la pregunta te referías a la «gradualidad» y a la dignidad humana. La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación. Pero ese es otro tema. La segunda precisión a propósito del aspecto de gradualidad se refiere a los bienes colectivos que tienen la forma de las consabidas finalidades políticas. La protección del medio tiene en Alemania rango constitucional desde que, en 1994, se introdujo en la Constitución a través del artículo 20a. Muchas finalidades políticas no tienen este rango. El Tribunal constitucional alemán calificó en una ocasión la protección de la clase media como un fin político legítimo, que el legislador podía, aunque no tenía la obligación, de desarrollar y, por tanto, si decidía perseguir tal objetivo, el mismo podía legitimar el límite de derechos fundamentales. Aquí, el legislador tiene una competencia concedida a través de una reserva de ley de derecho fundamental para elevar fines políticos como fundamento para limitaciones de derechos fundamentales. Pero si a él le corresponde la decisión de si quiere perseguir ese fin o no, en-

tonces también le corresponde en principio la decisión de en qué medida quiere hacerlo. La graduación se vuelve pues, al igual que la elección del fin, ante todo una cuestión del legislador y, por tanto, una cuestión de política. De esta manera, el fin podría designarse con pleno sentido una «política». Naturalmente, la decisión del legislador no hace superfluo el test de proporcionalidad. Pero sin su decisión sobre el fin político y sobre el grado de su realización no se daría en absoluto este fundamento de limitación en cuanto lícito o ilícito. La cosa no es así con los principios de rango constitucional.

M. A.: *Cuando te visité en Kiel, en 1989, recuerdo que hablamos sobre quiénes podían considerarse como los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si has cambiado de opinión desde entonces.*

R. A.: Realmente ya no se quiénes eran los filósofos a los que entonces consideraba como «los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho». Pero como en ese punto mi opinión apenas habrá cambiado, podrían ser los mismos a los que hoy nombraría: Aristóteles, Hobbes y Kant.

M. A.: *¿Por qué esos nombres?*

R. A.: Aristóteles, con su análisis de la estructura teleológica de la acción humana, suministró una piedra fundamental para toda investigación del comportamiento social y, por ello, del Derecho. Además, con su análisis de la justicia descubrió estructuras que hasta hoy siguen siendo de interés. Algunos elementos de su análisis de la justicia tienen un valor permanente de manera semejante a lo que ocurre con su silogística. Con Hobbes, pasa a ser central el conflicto y la guerra. Nadie ha elaborado la dicotomía de Derecho y poder de manera tan profunda. Con ello, naturalmente, no se da cuenta del todo del concepto de Derecho, pero se determina un elemento sin el cual el Derecho no puede realmente entenderse. Kant, finalmente, ha ido más allá del concepto de Aristóteles de lo bueno y del concepto de Hobbes de la paz, en la medida en que ha considerado la libertad como «el único derecho natural que le corresponde al hombre en virtud de su humanidad» *(Introducción a la teoría del Derecho).* Su vinculación de este derecho con la universalidad exigida por el imperativo categórico hace entrar en juego a la igualdad. Ciertamente, todavía no es una teoría completa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Pero crea las bases del Estado constitucional democrático. Naturalmente, se impondría añadir otros nombres y hay varias filosofías que se acercan, en cuanto a su significado para la filosofía del Derecho, a las de los tres autores mencionados. Pero nombrarlos quitaría nitidez al cuadro.

M. A.: *¿A quienes consideras como los tres mayores filósofos del Derecho del siglo XX? ¿Por qué?*

R. A.: En la anterior pregunta se trataba, de manera general, de pensadores en la historia de la filosofía del Derecho y ello me llevó a dirigir la atención hacia los grandes filósofos. Ahora te refieres sin más a los «filósofos del Derecho» del siglo XX. Eso me da ocasión para centrarme en los filósofos que han sido al mismo tiempo juristas. Cabría designar esta clase como la de los «filósofos del Derecho en sentido estricto». En el siglo XX, las tres grandes figuras pertenecientes a esa clase son Kelsen, Radbruch y Hart. Kelsen ha formulado el problema de la normatividad con una mayor claridad que cualquiera de los pensadores que le precedieron. Se puede formular por medio de la pregunta de cómo es posible un deber jurídico que no se puede reducir ni a pura facticidad ni a pura moralidad. El papel que juega esta cuestión en la filosofía del Derecho se puede comparar con el de la pregunta por el significado en la filosofía general. Radbruch es incluido en el triunvirato no sólo por su famosa formula, según la cual, dicho de manera breve, la extrema injusticia no es Derecho. El motivo para ello es ante todo su interpretación del Derecho como «realidad que tiene el sentido...de servir a la idea de Derecho», junto con su explicación de la idea de Derecho a través de los valores de justicia, racionalidad de los fines y seguridad jurídica (*Filosofía del Derecho,* parag. 4,9). Con ello quedan todavía muchos aspectos oscuros, pero están establecidas las guías para el desarrollo de un complejo concepto de Derecho de carácter no positivista. Hart, finalmente, con su análisis del punto de vista interno y externo y las distinciones ligadas con ello, ha proporcionado una base indispensable para la comprensión de la naturaleza del Derecho. Sólo con la ayuda de la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante puede comprenderse adecuadamente la normatividad del Derecho, tanto en sus peculiaridades como en su vinculación con la facticidad y con la moralidad. También en relación con los filósofos del Derecho en sentido estricto habría otros nombres que añadir, pero tengo que renunciar a decir algo de ellos. Sólo quiero señalar que si hubiese tenido que citar un cuarto nombre, habría sido el de Alf Ross.

M. A.: *¿Qué piensas sobre la situación de la filosofía del Derecho (o de la teoría del Derecho) en Alemania en la actualidad?*

R. A.: Con la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania ocurre como con muchas cosas humanas. La situación podría ser mejor, pero uno podría también fácilmente imaginar un estado de cosas peor. Algo bueno es que todas las Facultades ofrecen cursos de filosofía y/o de teoría del Derecho. La calidad ciertamente es muy desigual. Eso tiene diversas causas. Una particularmente importante es que la formación y el interés de los que tienen a su cargo la materia son muy desiguales. En Alemania no

hay prácticamente ninguna cátedra dedicada por completo a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho. Se corresponde con una vieja tradición. No se podría imaginar a un Savigny o a un Jhering sin el Derecho civil, e incluso Kelsen era sin duda un iuspublicista, así como Radbruch un penalista. Esta vinculación con una especialidad dogmática tiene ventajas e inconvenientes. La ventaja consiste sobre todo en que de esa manera se asegura el conocimiento del objeto sobre el que se filosofa. Todo filósofo del Derecho debe poder dar una respuesta a la pregunta «¿qué es el Derecho?». Es una trivialidad que aquel que realmente conoce un objeto, en general está en mejores condiciones de decir lo que ese objeto es, en relación con el que no lo conoce o lo conoce sólo en forma superficial. En la respuesta a la anterior pregunta llamaba «filósofos del Derecho en sentido estricto» a los pensadores que eran tanto filósofos como juristas. Ese conocimiento del objeto fundamenta la necesidad de la profesión de filósofo del Derecho en sentido estricto también desde un punto de vista filosófico, pues la pregunta «¿qué es el Derecho?» es, como nadie lo ha expresado mejor que Kant, una pregunta filosófica.

A este primer punto del balance positivo del dualismo de la filosofía del Derecho alemana se une un segundo. No se trata de una ventaja teórica, sino práctica. Concierne sobre todo a la teoría del Derecho. Hay problemas de dogmática jurídica que difícilmente pueden ser resueltos sin una competencia en teoría del Derecho. Como ejemplo pueden ponerse las preguntas de qué es un límite a un derecho, qué factores entran en juego en una ponderación y cómo hay que entender la jerarquía normativa de la Unión Europea. Son cuestiones usuales de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, cuestiones que difícilmente pueden tener una respuesta adecuada sin instrumentos básicos de la teoría del Derecho. De los dos puntos anteriores se extrae la conclusión de que, bajo condiciones ideales, el dualismo alemán supone sólo ventajas, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. Las condiciones, sin embargo, no son ideales y eso supone considerables inconvenientes.

Hoy ya no es posible estar familiarizado con todo el campo del Derecho civil o del Derecho público. Hasta el Derecho penal resulta cada vez más inabarcable a causa de sus muchos campos contiguos. Si por tanto cada uno de esos tres grandes campos del Derecho sigue unido con la filosofía del Derecho y con la teoría del Derecho surge inevitablemente un punto de dificultad. No raramente, esa dificultad consiste en que las energías se concentran en un campo de la dogmática, el que sea, y la dedicación a la filosofía del Derecho sólo es de paso. A la larga, eso lleva a la desprofesionalización de la filosofía del Derecho. Si uno se da cuenta de que para una parte de los jóvenes el peligro de la desprofesionalización no reside únicamen-

te en lo que vaya a ser el ejercicio de la profesión, sino que sobre la base de una desprofesionalización ya existente de los maestros no han tenido en un principio una formación profesionalizada, entonces resulta fácil explicar algunas de las carencias de la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania. Pero no hay que pintar tampoco el cuadro demasiado negro. La dogmática no siempre se antepone a la filosofía del Derecho, y con frecuencia hay dificultades en las que no sólo han de intervenir ambos lados, sino que hacen florecer a la filosofía del Derecho y a la teoría del Derecho. De manera que quizás podría decirse que el dualismo alemán que en teoría es tan ideal, en la práctica lleva a un cuadro muy heterogéneo. Falta un nivel medio mínimo general en la teoría y en la filosofía del Derecho, lo que se lograría casi automáticamente con la sustitución del dualismo por cátedras exclusivamente de filosofía del Derecho. De manera que el dualismo lleva al hundimiento de la filosofía del Derecho en algunos lugares, pero en otros la eleva a la cima, en la medida en que es alcanzable, si ambos lados pueden ensamblarse felizmente. Naturalmente, se trata de un cuadro general. Aquí no es el lugar de proseguir con el cuadro, indicando nombres y lugares.

M. A.: *¿Y cómo ves la situación de la filosofía del Derecho en Alemania en relación con épocas pasadas y con la situación en otros ámbitos culturales?*

R. A.: Es difícil poder decir algo, a partir de la situación actual, sobre la comparación entre la filosofía del Derecho alemana actual y la de épocas pasadas. La distancia temporal respecto a situaciones anteriores permite una cierta objetividad del juicio, en tanto que el que emite el juicio, en lo que respecta a su tiempo, está en un grave peligro de subjetividad, pues él también pertenece al tiempo que tiene que juzgar. Quizás pudiera decirse que la ciencia jurídica alemana, desde la segunda guerra mundial, se ha caracterizado por una sensible orientación hacia la praxis y un abandono de su lado teórico. Parece carecer de la vocación de aspirar a lo grande y lo duradero. Fue muy distinto en el tiempo que va desde el final de la guerra del siglo XVIII, en 1763, y el año 1933. En esos 170 años muchas grandes mentes de la ciencia jurídica alemana estuvieron imbuidas de una inclinación hacia la teoría que quizás haya sido algo único en el mundo. Eso es lo que ha servido de fundamento al rango de la jurisprudencia alemana. Por suerte, hay señales de que los nubarrones de la posguerra se van deshaciendo lentamente. Lo viejo ya no puede cambiarse. Pero hay mucho nuevo y lleno de esperanza que despunta.

La situación en otros círculos culturales sólo puedo juzgarla de manera muy limitada. Lo que yo veo es alentador. En el Derecho constitucional, que es mi principal campo de dedicación dogmática, parece como si varios or-

denamientos jurídicos estuviesen conformando una dogmática de los derechos fundamentales expansionista y, en ese sentido, general. En la filosofía del Derecho y en la teoría del Derecho sigue habiendo ciertamente una cierta dominancia del círculo anglo-americano, aunque también aquí las cosas, si mi percepción es correcta, están cambiando. Basta con pensar en la recepción de Habermas en el mundo de habla inglesa.

M. A.: *Me gustaría conocer tu opinión sobre algunos autores alemanes que han tenido una gran influencia en los países de habla hispana: Karl Larenz, Josef Esser, Carl Schmitt y Niklas Luhmann.*

R. A.: Los autores a los que mencionas son de diverso tipo. Karl Larenz ha realizado contribuciones significativas a la metodología jurídica. Por ello, ha jugado un papel importante en la historia de la metodología jurídica. Su capacidad, hasta el fin de su actividad científica, de incorporar nuevas cosas es asombrosa. La tragedia de Larenz fue que nunca pudo desarrollar completamente su gran talento. Al final de la República de Weimar entró en la esfera del neohegelianismo de Binder. Poco después de 1933 se implicó profundamente –en mi Universidad, por tanto aquí, en Kiel- con el nacionalsocialismo. Después de 1945 escribió, con su «Metodología de la ciencia jurídica», uno de los más exitosos libros en lengua alemana sobre ese tema. La parte sistemática, a causa de la mescolanza de ideas hegelianas y hermenéutica, carece de la fuerza filosófica que hubiesen podido hacer de él, en lugar de un libro importante, un gran libro. En cualquier caso, doy más valor a la parte histórica del libro que a la sistemática.

El juicio sobre Joseph Esser es también mixto. Su libro «Principio y norma en el desarrollo jurisprudencial del Derecho privado» es igualmente un libro importante, pero no un gran libro. La causa de ello es la penetración conceptualmente defectuosa de la materia. El libro permite miradas profundas en las estructuras de las normas jurídicas y de la argumentación jurídica. Esa mirada resulta sin embargo oscurecida por una infinidad de distinciones poco claras. Un defensor de Esser podría replicar que mi visión de Esser está enturbiada por un inadecuado postulado analítico de claridad. A ello contrarreplicaría que la profundidad que no se resuelve en claridad no es una verdadera profundidad. Todo esto vale, y aun más, para el más conocido libro de Esser de su época, «Precomprensión y elección metódica en el descubrimiento del Derecho». Se trata, particularmente en el contexto de su tiempo, de un libro interesante, pero queda lejos de «Principio y norma».

Sobre Carl Schmitt se ha dicho tanto que quiero ser breve. Carl Schmitt ha sido, en todo caso por lo que se refiere a su trabajo hasta 1933, un importante constitucionalista, y sus obras no desaparecieron tan rápidamente del catálogo literario de los nuevos libros. En particular, siguió siendo grande su influencia en la politología y en la filosofía política. Su importancia

para la filosofía del Derecho es difícil de determinar. Casi podría decirse, a la vista de las desgraciadas relaciones entre Kelsen y Carl Schmitt, que uno tiene que decidirse entre la teoría del Derecho y la filosofía política. El esquema amigo/enemigo adquiere también una dimensión para la disciplina. Pero las cosas son naturalmente más complicadas.

Respecto de Luhmann, aún no ha llegado el tiempo para un juicio de conjunto. La pregunta decisiva es la de si Luhmann sólo ha desarrollado una terminología altamente compleja para cosas conocidas desde hace tiempo, o si ha proyectado luz sobre cosas que antes de él todavía no se conocían y que tampoco se conocerían sin su teoría.

M. A.: *Tu obra ha sido una de las más influyentes en la filosofía del Derecho de las últimas décadas, quizás (o en parte) porque te has ocupado de problemas de interés general. ¿Cuáles son los problemas que han estado en el centro de tu trabajo iusfilosófico? ¿Y cuáles tus respuestas a los mismos?*

R. A.: En el centro de mi trabajo como filósofo del Derecho está el problema de la conexión entre Derecho y razón. Esta cuestión capital lleva por sí misma a tres problemas: el primero se expresa en la pregunta de qué es Derecho, el segundo en la pregunta qué es razón, y el tercero en la cuestión de en qué consiste la conexión entre Derecho y razón. Cada una de estas preguntas, a su vez, se descompone en muchas otras cuestiones que aquí no nos interesan.

A la primera pregunta, esto es, a la de qué es Derecho, he dado una respuesta que es compleja, porque según ella el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo su facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trialista de Derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía Derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección. El contenido de la pretensión de corrección del Derecho de nuevo es en sí complejo. Aquí depende sólo de que el Derecho incluya necesariamente una pretensión de justicia. Por ello, la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Eso lleva al segundo problema. Lo que es legal y lo que es eficaz está determinado por hechos sociales. ¿Pero cómo se determina lo que es correcto? La respuesta es: a través de la razón y, por cierto, como aquí se trata de corrección normativa, a través de la razón práctica. Pero ahora resulta que no sólo es polémico saber lo que es la razón práctica, sino también si simplemente existe. Recordemos simplemente la «Crítica del llamado co-

nocimiento práctico», escrita por Alf Ross en el año 1933. A la pregunta de si existe la razón práctica, mi respuesta es que los discursos prácticos racionales resultan posibles. Lo que son los discursos prácticos racionales puede explicitarse a través de un sistema de reglas y de formas de la argumentación racional. Esta interpretación de la razón como argumentación, por lo tanto, de la práctica de dar y de promover razones, está expuesta a la objeción de que una tal interpretación puede ciertamente salvar la idea de la razón práctica, pero tiene que pagar por ello un alto precio: la pérdida de contenido.

Y esto lleva al tercer problema que consiste en la pregunta por la conexión entre Derecho y razón. La objeción de la pérdida de contenido, como es frecuente que ocurra con las objeciones, toca un punto importante, pero esa objeción se puede debilitar pues ella se basa, como también es frecuente que ocurra con las objeciones, en una exageración. La interpretación de la razón como argumentación significa ciertamente una procedimentalización que, sin embargo, no excluye todo contenido normativo. En algunos trabajos sobre teoría del discurso he tratado de mostrar que el reconocimiento mutuo de los participantes en el discurso como libres e iguales tiene carácter constitutivo para la argumentación y que sobre esta base se pueden fundamentar los derechos humanos. Fundamentar los derechos humanos no es sin embargo suficiente. Tienen también que ser asegurados y eso tiene que efectuarse a través del nivel internacional, supranacional y nacional. Lo que aquí importa es que asegurar los derechos humanos a través de esos tres niveles exige su positivación. En el nivel nacional, la positivación significa su transformación en derechos fundamentales. Eso produce una primera conexión entre Derecho y razón. La segunda conexión resulta de la formalidad de las reglas y formas del discurso, contra la que se dirige la objeción de la pérdida de contenido. Las reglas y las formas del discurso no permiten de hecho en muchos casos llegar a los que argumentan a un resultado. Ello sin embargo no lleva a su pérdida de valor, sino a la necesidad de una vinculación de las estructuras de la argumentación con las estructuras de la decisión. Este es el lugar sistemático del Estado constitucional democrático. El Estado constitucional democrático supone la mejor forma de conectar la argumentación con la decisión desde la perspectiva de los ideales de libertad e igualdad fundamentados discursivamente. He tratado de mostrar todo esto en mi «Teoría de los derechos fundamentales» y en algunos trabajos posteriores. Ahí juega un papel esencial la ponderación en cuanto forma de aplicación de los derechos fundamentales. De esta manera, cabría llamar «institucionalización de la razón» a este sistema completo en formación.

M. A.: *¿Cuáles son tus proyectos para un futuro próximo?*

R. A.: Siempre es arriesgado hablar de los planes de uno, pues tener un plan, que a uno le compensa seguir, significa casi siempre tener un plan que, en el mejor de los casos, sólo se puede realizar de manera incompleta. Quiero por ello limitarme a hacer insinuaciones. Me interesan tres problemas. El primero es puramente filosófico. Consiste en la pregunta de qué tipo de argumentos son los que podemos aducir si preguntamos qué es el Derecho o qué es el deber. Se trata por tanto de la naturaleza de los argumentos acerca de la naturaleza del Derecho. El segundo tema radica en el Derecho estatal. Se trata de la pregunta de cómo las diversas concepciones de los derechos fundamentales repercuten en la distribución de competencias en el Estado constitucional democrático, en particular, entre el tribunal constitucional y el legislador. Ahí juega un papel especial la ponderación. El tercer proyecto lo trazo a más largo plazo. Tiene como finalidad un sistema de filosofía del Derecho. Si llego o no alguna vez a realizarlo es algo que queda completamente abierto.

M. A.: *¿Cómo ves el futuro del Derecho y de la filosofía jurídica? ¿Necesitamos la filosofía del Derecho, y filósofos del Derecho, en la sociedad globalizada? ¿Para qué la filosofía del Derecho hoy?*

R. A.: El papel del Derecho tenderá probablemente en el futuro a aumentar. Los motivos para ello se han descrito con frecuencia. Por un lado está la complejidad de las relaciones sociales y económicas. Por otro lado, se desmorona el poder de la tradición y de las convenciones para evitar y resolver conflictos. Pero de que el papel del Derecho aumente no se sigue todavía que también se acreciente el papel de la filosofía del Derecho. El creciente papel del Derecho en la sociedad va acompañado de una cada vez más fuerte especialización de los juristas. Ello por sí dice todavía poco, pues hay dos tipos de especialización y el papel de la filosofía del Derecho depende de cuál de los dos tipos tenga lugar. El primero se circunscribe al perfeccionamiento de las competencias prácticas en un campo limitado. El segundo tipo de especialización persigue también este fin, pero no se limita a ello. Trata de que el perfeccionamiento de las competencias en un campo limitado se asocie con la capacidad de que estas competencias se pongan en correspondencia con todo aquello que, en otro caso, erosionaría a un sistema jurídico. Cabría llamar a esto «reflexividad sistémica». La reflexividad sistémica no puede alcanzarse sin un conocimiento básico de la teoría y de la filosofía del Derecho. Si uno pudiera estar seguro de que lo que es razonable es también real, entonces sobre esa base podría verse el futuro de la filosofía del Derecho bajo una luz favorable. Lamentablemente, la experiencia sugiere una evaluación más realista. Y una evaluación más

realista pudiera ser que el futuro no es ni totalmente luminoso ni totalmente oscuro.

La globalización pone todavía más de manifiesto de lo que ya de por sí es la necesidad de la filosofía del Derecho. La globalización significa esencialmente que las relaciones entre las cosas en este mundo se vuelven más estrechas. Los ordenamientos jurídicos entran en contacto y se interpenetran cada vez más. Eso da ocasión para la búsqueda de lo que es común. Es una búsqueda de lo universal. Pero lo universal es un objeto genuino de la filosofía. Esto vale tanto para la interpenetración sistemático-conceptual de las materias como también para el problema normativo de la justicia. La universalidad de la interpenetración sistemático-conceptual de las materias define el ideal teórico de una ciencia del Derecho general. El problema normativo de la universalidad exige como solución la realización de la justicia. Es el logro de un ideal práctico. Pero la realización universal de la justicia presupone no sólo acción, sino también pensamiento. El pensamiento sobre la justicia es filosofía del Derecho. De manera que sin filosofía del Derecho no son posibles ni la ciencia del Derecho ni la justicia universal. Incluso si no hubiera más razones a favor de la filosofía del Derecho, ésta sería suficiente para justificar su necesidad.

M. A.: *¿Cuál sería tu consejo a un joven (a un jurista sin experiencia) interesado en trabajar en filosofía del Derecho?*

R. A.: A un joven (o a una joven) jurista con un interés real por la filosofía del Derecho le aconsejaría escribir una tesis de doctorado sobre la materia. Con frecuencia tiene pleno sentido incrustar el tema iusfilosófico en un contexto de dogmática jurídica. Además, en cuanto joven jurista no temería, si me pareciera lleno de sentido, buscar un diálogo con los autores que uno haya estudiado con particular intensidad y que jueguen un papel importante en la elección del tema, con independencia de en donde escribe uno la tesis.

(Traducción de Manuel Atienza)