

DERECHO, MORAL Y LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

ROBERT ALEXY**

Resumen: En el debate entre el positivismo y el no-positivismo el argumento del relativismo tiene un papel fundamental. Tal y como es presentado, por ejemplo, por Hans Kelsen, este argumento señala, en primer lugar, que una conexión necesaria entre el derecho y la moral presupone la existencia de elementos morales objetivos, absolutos y necesarios, y, en segundo lugar, que estos elementos morales objetivos, absolutos y necesarios no existen. Mi respuesta a esto es que los elementos morales absolutos, objetivos y necesarios existen, porque los derechos humanos existen, y éstos existen porque son fundamentales.¹

PALABRAS CLAVE: DERECHOS HUMANOS, FUNDAMENTACIÓN, MORAL, POSITIVISMO, RELATIVISMO

* Traducción del inglés de Alejandro Nava Tovar, quien agradece a Stanley Paulson por el apoyo en la comprensión de algunas expresiones del trabajo de Alexy en inglés. Este artículo fue publicado originalmente en *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 1, marzo, 2012, pp. 2-14. Agradecemos al autor la cesión gratuita de los derechos para publicar este artículo.

** Rechtswissenschaftliche Fakultät, Christian Albrechts Universität zu Kiel, alexy@law.uni-kiel.de

¹ En la versión original de este artículo, Robert Alexy usa el concepto de *justificación* y no el de *fundamentación*; no obstante, considero que este último es preferible al primero por tres razones, las dos primeras están vinculadas con la falta de una distinción clara entre estos dos conceptos, sobre todo en el inglés, en el cual apareció este artículo, y la tercera razón vinculada al programa filosófico de Alexy. La primera puede leerse en la parte inicial de la *Teoría de la argumentación jurídica*, dedicada al análisis del discurso práctico en la ética analítica. En esa parte, Alexy indica que entre los conceptos de *justificación*

LAW, MORALITY, AND THE EXISTENCE OF HUMAN RIGHTS

Abstract: *In the debate between positivism and non-positivism the argument from relativism plays a pivotal role. The argument from relativism, as put forward, for instance, by Hans Kelsen, says, first, that a necessary connection between law and morality presupposes the existence of absolute, objective, or necessary moral elements, and, second, that no such absolute, objective, or necessary moral elements exist. My reply to this is that absolute, objective, or necessary moral elements do exist, for human rights exist, and human rights exist because they are justifiable.*

KEY WORDS: HUMAN RIGHTS, JUSTIFICATION, MORAL, POSITIVISM, RELATIVISM

Un argumento central en contra de la tesis de la conexión no-positivista es el argumento del relativismo (Alexy, 2002: 53-56). Una forma radical de este argumento ha sido presentada por Hans Kelsen. De acuerdo con él, la tesis “de que un sistema social inmoral no es jurídico presupone una moral absoluta, es decir, una moral que sea válida en todas partes y en todo tiempo” (1967: 68). Esta moral absoluta debe darse “*a priori*” (1967: 65). Un “elemento común” dado de manera fáctica, es decir, dado sólo contingentemente (1967: 64) no sería suficiente como base de una conexión necesaria entre el derecho y la moral,

(*Rechtfertigung*) y de *fundamentación* (*Begründung*) hay diferencias notables, así como importantes puntos de similitud, aunque en esta obra ambos conceptos los usa indistintamente (Alexy, 1978: 54). La segunda razón reside en que en la edición inglesa de esta obra, los traductores, Ruth Adler y Neil MacCormick, señalaron que esta distinción no se mantiene del todo en el inglés, particularmente por la falta de un concepto similar al de *sustanciación* o *fundamentación*, y, por ello, decidieron traducir ambas palabras con el concepto de *justificación* (Alexy, 2010: 34). La tercera razón, relacionada con el programa filosófico de Alexy, radica en que en el artículo “Derechos humanos sin metafísica” el autor se refirió a los tipos de argumentos no escépticos en favor de la fundamentación de los derechos humanos como las “ocho fundamentaciones” (*Acht Begründungen*) y no como las ocho justificaciones (*Acht Rechtfertigungen*) de los derechos humanos (2004: 17). Por estas razones, consideré que el concepto más apropiado para llevar a cabo esta traducción era el de *fundamentación*. [N. del T.]

porque incluso si éste existiera, lo cual Kelsen niega,² no podría establecer “lo que tiene que ser concebido como bueno y malo, justo e injusto en todas las circunstancias” (1967: 65).

Por esta razón, el problema del positivismo depende de la cuestión acerca de la existencia de elementos morales absolutos *a priori*, o, como prefiero decir, elementos morales necesarios. La cuestión acerca de la existencia de elementos morales necesarios o absolutos *a priori* se denomina el “problema de la existencia”. A continuación, en primer lugar, consideraré la relación entre el problema del positivismo y el de la existencia, y, en segundo, argumentaré una solución al problema de la existencia basado en una teoría de los derechos humanos.

POSITIVISMO, NO-POSITIVISMO Y EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA

El problema del positivismo es la cuestión de si el positivismo o no-positivismo es correcto, verdadero o justo. Ahora bien, los términos *positivismo* y *no-positivismo* designan tesis muy diferentes sobre la relación entre el derecho y la moral. Por esta razón, la determinación de la relación entre el problema del positivismo y el de la existencia requiere algunas aclaraciones acerca de los conceptos de *positivismo* y *no-positivismo*.

Tres elementos y dos dimensiones

El debate acerca del positivismo es resultado de las relaciones entre tres elementos: en primer lugar, la legalidad conforme al ordenamiento, en segundo, la eficacia social y, en tercero, la corrección del contenido, que incluye la corrección moral. Para determinar el concepto y la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas se limitan a los dos primeros elementos, es decir, a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social.

² Kelsen, 1967: 64: “En vista, no obstante, de la extraordinaria heterogeneidad de lo que de hecho los hombres han considerado como bueno y malo, justo e injusto, en diferentes tiempos y en diferentes lugares, no es posible detectar un elemento común respecto a los contenidos de los diferentes órdenes morales”.

Esto implica que los positivistas defienden la *tesis de la separación* o, al menos, la *de la separabilidad*. Por el contrario, todas las teorías no-positivistas defienden la *tesis de la conexión*, la cual afirma que el concepto de *derecho* debe definirse de modo tal que incluya los elementos morales (Alexy, 2008a: 284-285). De acuerdo con el no-positivismo, el derecho no se compone de dos elementos, sino de tres.

Esta distinción entre los tres elementos puede desarrollarse aún más en la tesis de la doble naturaleza del derecho (Alexy, 2010: 167). Ésta establece la pretensión de que el derecho necesariamente comprende tanto una dimensión real o fáctica como una ideal o crítica. La primera está representada por los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, mientras que la segunda encuentra su expresión en el elemento de la corrección moral. La legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social son hechos sociales. Si alguien afirma que sólo los hechos sociales pueden determinar qué es requerido por el derecho y qué no es requerido por éste, esta afirmación equivale a ratificar una concepción positivista del derecho. Una vez que la corrección moral es añadida como un tercer elemento necesario, emerge un concepto no-positivista del derecho. Por lo tanto, la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo.

Dos formas de positivismo

En el positivismo, la distinción entre el positivismo excluyente y el incluyente constituye la división más importante en lo que concierne a la relación entre el derecho y la moral. El *positivismo excluyente*, propuesto de manera prominente por Joseph Raz, sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho (2009: 47). Si se toma “I” para representar “el derecho incluye a la moral”, el positivismo excluyente puede expresarse, utilizando el operador de necesidad “□” y la negación “¬”, del siguiente modo:

$$(1) \quad \square \neg I.$$

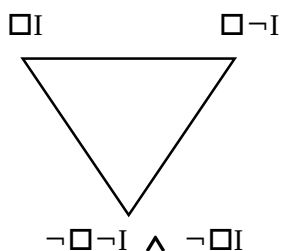
El positivismo excluyente está en una relación de contrariedad respecto al no-positivismo, el cual afirma que la moral está necesariamente incluida en el concepto de derecho. Esto puede expresarse así:

$$(2) \Box I.$$

Finalmente, el *positivismo incluyente*, tal y como es defendido, por ejemplo por Jules Coleman, cuenta como un rechazo tanto del positivismo como del no-positivismo. Éste dice que la moral no está ni necesariamente incluida ni excluida. La inclusión o exclusión de la moral es declarada como un hecho contingente o convencional (Coleman, 2001: 108), lo cual la convierte en lo que de hecho el derecho positivo sostiene. Esto puede expresarse de la siguiente manera:

$$(3) \neg \Box \neg I \wedge \neg \Box I.$$

Estas tres posiciones se encuentran en una relación contradictoria porque cada una excluye a las otras sin derivarse de la negación de cualquiera de las otras. Esto se puede expresar mediante una tríada que agote el espacio lógico del problema del positivismo, así como la necesidad referida a la inclusión o exclusión de la moral en el concepto de derecho:



Ésta será llamada la *tríada de la necesidad*.

Tres formas de no-positivismo

Las diferencias dentro del no-positivismo no son menos importantes para el debate sobre el concepto y la naturaleza del *derecho* que las diferencias dentro del positivismo y entre éste y el no-positivismo, de acuerdo con lo presentado por la tríada de la necesidad. Respecto al argumento del relativismo, según lo propuesto por Kelsen, las diferencias dentro del positivismo y el no-positivismo son todavía más importantes.

Las diferencias dentro del no-positivismo que son relevantes aquí derivan de los diferentes efectos sobre la validez jurídica que pueden atribuirse a defectos morales. El no-positivismo puede determinar el efecto sobre la validez jurídica que deriva de los defectos morales o demerita de tres maneras diferentes. Podría ser que la validez jurídica se pierda en todos los casos, o que se pierda en algunos casos y en otros no, o, finalmente, que no se vea afectada de ninguna manera.

La primera posición, según la cual cada defecto moral, cada injusticia, otorga invalidez legal, es la versión más radical del no-positivismo. Ésta podría ser caracterizada como *no-positivismo excluyente* para expresar la idea de que cada defecto moral es considerado como excluyente de los hechos sociales de las fuentes de la validez jurídica. Una visión clásica de esta posición se encuentra expresada en la afirmación de San Agustín, la cual dice: “una ley que no es justa no me parece que sea una ley”.³ Un ejemplo reciente es la tesis de Deryck Beyleveld y Roger Brownsword, quienes sostienen: “las leyes inmorales no son legalmente válidas” (2001: 76).

Esta versión de no-positivismo no será defendida aquí. El no-positivismo excluyente le atribuye muy poco peso a la dimensión fáctica o real del derecho (Alexy, 2006a: 170-171). Debido a la naturaleza controversial de muchas cuestiones morales, esto podría equivaler al anarquismo (Alexy, 2008a: 287). Respecto al argumento del relativismo, otro punto, sin embargo, es más importante. Kelsen describe al no-positivismo como “la afirmación de que las normas sociales deben tener un contenido moral, deben ser justas con el fin de ser consideradas como derecho” (1967:

³ Agustín de Hipona, 2006: 86 (I, 11): “Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit”.

64).⁴ Esto implica que en el caso de que las normas posean un contenido inmoral, éstas no son derecho, no serán derecho válido. Esto es, no obstante, el punto de vista del no-positivismo excluyente, el cual es la forma más fuerte de no-positivismo. Ahora bien, mientras más fuerte sea la tesis, más grande será su vulnerabilidad. Debido a la naturaleza controversial de diversas concepciones morales, el ataque de Kelsen al no-positivismo es, considero, exitoso en cuanto ataca al no-positivismo excluyente. No todas las respuestas a cuestiones morales son necesarias. Sin embargo, Kelsen parece pensar que al refutar al no-positivismo excluyente refuta al no-positivismo. Esto es un error. Existen formas de no-positivismo que resisten el argumento del relativismo.

La contraparte radical del no-positivismo excluyente es el *no-positivismo súper-incluyente*, el cual se conduce hacia el otro extremo. Éste sostiene que la validez jurídica no es afectada de ninguna manera por defectos morales. A primera vista parece una versión de positivismo, no de no-positivismo. Esta primera impresión será considerada como errónea tan pronto como se observe que hay dos tipos de conexión entre derecho y moral: una clasificante y otra cualificante (Alexy, 2002: 26). Estas dos fuentes de conexión se distinguen mediante los efectos de los defectos morales. El efecto de una conexión clasificante es la pérdida de la validez jurídica o del carácter legal. Por el contrario, el efecto de una conexión cualificante es el defecto legal que, sin embargo, no lleva a la pérdida de la validez jurídica o del carácter legal. La combinación del postulado kantiano de la “obediencia [in]condicional” (Kant, 1996: 506) hacia el derecho positivo con la idea de la subordinación necesaria del derecho positivo al derecho no-positivo puede leerse como una versión de no-positivismo súper-incluyente (véanse Alexy, 2008a: 288-289; 2010: 174). Lo mismo aplica para la tesis de Tomás de Aquino, la cual sostiene que una ley tiránica es ley pero no “ley simpliciter”⁵ o, como John Finnis lo indica, “no derecho en el sentido propio de ‘derecho’” (1980: 364).

⁴ Más adelante se verá la interpretación de Kelsen del no-positivismo como la “tesis que sostiene que el derecho es moral de acuerdo con su naturaleza” (1967: 68).

⁵ Tomás de Aquino, 1962: 947 (I-II, qu. 92 art. 1, 4): “lex tyrannica [. . .] non est simpliciter lex”.

Regreso, por un momento, al no-positivismo excluyente: éste ha sido rechazado bajo la justificación de que le otorga poco peso a la dimensión fáctica o real del derecho. No le otorga suficiente peso a la dimensión real y, de la misma manera, tampoco al principio de certeza jurídica, pues mantiene que los defectos morales socavan la validez jurídica en todos los casos. Si alguien señala a “V” como “es válido”, esto puede ser expresado, con la ayuda del cuantificador universal “ \forall ” del siguiente modo:

$$(4) \forall x \neg Vx.$$

Ahora bien, el no-positivismo súper-incluyente tiene que ser rechazado con base en la justificación de que no le otorga suficiente peso a la dimensión ideal del derecho, esto es, al principio de justicia, ya que los defectos morales en todos los casos, incluso en los más extremos, dejan intocable a la validez legal. Esto puede expresarse del siguiente modo:

$$(5) \forall x Vx.$$

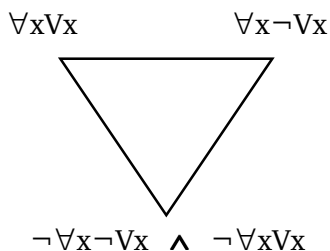
La única forma de no-positivismo que le ofrece una valoración adecuada tanto a la dimensión real como a la ideal, esto es, tanto al principio de certeza jurídica como al de justicia, es el *no-positivismo incluyente* (Alexy, 2010: 176-177). El no-positivismo incluyente afirma que ni los defectos morales siempre socavan la validez jurídica ni tampoco que nunca lo hagan. Al seguir la fórmula de Gustav Radbruch, el no-positivismo incluyente sostiene que los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la injusticia extrema es transgredido. La injusticia por debajo de este umbral está incluida en el concepto de derecho como derecho válido, pero defectuoso. Esto puede expresarse de la siguiente manera:

$$(6) \neg \forall x \neg Vx \wedge \neg \forall x Vx$$

o, por medio de cuantificadores existenciales,

$$(6') \exists x Vx \wedge \exists x \neg Vx.$$

Con esto puede formularse una segunda tríada de contrarios, lo cual cuenta como una explicación de la posición superior izquierda en la tríada necesaria, es decir, de $\square I$, como una abreviatura para el no-positivismo:



Esta será llamada la *tríada cuantificante*. A continuación, sólo la posición en la parte inferior de la tríada cuantificante, es decir, el no-positivismo incluyente, definido por la fórmula:

La injusticia extrema no es derecho (Alexy, 2008b: 428)

se considerará como el objeto del argumento del relativismo.

El no-positivismo incluyente y el problema de la existencia

El argumento del relativismo supone un auténtico reto para la única forma defendible de no-positivismo, es decir, el no-positivismo incluyente. Si no existen elementos morales necesarios, por ejemplo, los derechos humanos o los principios universales de justicia, entonces el no-positivismo colapsaría por su propio peso, ya que si estos elementos no existen, la injusticia extrema tampoco existiría. La existencia presupone objetividad y los elementos morales son objetivos sólo si son necesarios. Si no existiera la injusticia extrema, la fórmula Radbruch sólo sería una facultad para aquellos quienes deciden declarar sobre la validez del derecho, si así lo desean, como no válidas a normas emitidas de manera debida y socialmente eficaces, que no correspondan a sus ideas morales, preferencias e ideologías asumidas de hecho. La fórmula Radbruch no sólo

perdería su sentido, peor aún, podría resultar ser mera subjetividad y poder encubiertos bajo la máscara de la objetividad y la racionalidad.

La tesis de que existen elementos necesarios morales podría denominarse *tesis de la existencia*; la verdad de ésta es una condición necesaria para la verdad del no-positivismo. Si uno permite que “¬P” represente al no-positivismo y “E” la tesis de que existen los elementos necesarios morales, entonces esta relación puede representarse de la siguiente manera:

$$(7) \neg P \rightarrow E.$$

La afirmación de que la verdad de la tesis de la existencia (E) es una condición necesaria para el no-positivismo (¬P) implica la afirmación de que la negación de la tesis de la existencia (¬E) es una condición suficiente para la verdad del positivismo (P):

$$(8) \neg E \rightarrow P.$$

Por lo tanto, si la tesis de la existencia es falsa, entonces el positivismo prevalece. En este caso, Kelsen está en lo correcto. Pero si cambiamos el orden de las cosas, entonces no es el caso de que a partir de la verdad de la tesis de la existencia, pueda concluirse que el no-positivismo prevalece. La verdad de la tesis de la existencia es sólo una condición necesaria, mas no suficiente para la verdad del no-positivismo. Es posible aceptar la tesis de la existencia y seguir siendo un positivista, esto es, uno puede seguir siendo un positivista simplemente insistiendo en la tesis de la separación. Para defender la tesis de la conexión se necesitan más argumentos. Éstos están esencialmente conectados con la pretensión de corrección, sustentada de manera necesaria por el derecho. Pero esto no lo discutiré aquí (Alexy, 2002: 35-39). En el contexto actual, el único punto importante es que la verdad de la tesis de la existencia, *qua* condición necesaria de la verdad del no-positivismo, sería suficiente para la posibilidad del no-positivismo. Esto, por sí mismo, deja claro que el problema de la existencia es uno de los principales problemas del no-positivismo.

LA EXISTENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al examinar el argumento del relativismo en *Concepto y validez del derecho*, me limito a afirmar que una proposición tal como:

La destrucción física y material de una minoría de la población por razones de raza es injusticia extrema (Alexy, 2002: 54)

es racionalmente fundamentable. No obstante, yo no justifiqué esta afirmación como fundamentable. En lugar de dar una justificación, yo me referí —aparte de la teoría del discurso tal y como es desarrollada en la *Teoría de la argumentación jurídica* (1989a: 33-208)— a un artículo en el que intenté, por primera vez, ofrecer una fundamentación de los derechos humanos (1989b: 167-183). Esto es algo que desarrollé aun más en los años siguientes, especialmente en los artículos “Teoría del discurso y derechos humanos” (1996: 209-235) y “¿Derechos humanos sin metafísica?” (2004: 15-24). En lo sucesivo consideraré si los argumentos en este sentido bastan para demostrar la existencia de los derechos humanos y si la existencia de los derechos humanos, establecidos de este modo, sirven para refutar el argumento del relativismo.

Los derechos humanos como elementos morales

Una discusión sobre el problema del positivismo es una discusión acerca de si “los elementos morales” (Alexy, 2002: 4) deben incluirse en el concepto de *derecho* o conectarse necesariamente con la naturaleza del derecho. Esto da lugar a la pregunta de por qué estos elementos morales deben contar como derechos humanos. Hay, sin duda, otros *elementos morales*.

El más importante de ellos es la “noción de justicia” al cual me referí en *Concepto y validez del derecho* (2002: 53). Ahora bien, la relación entre los derechos humanos y la justicia es una cuestión difícil si uno intenta captar todos los aspectos de esta relación. Aquí es de interés sólo su estructura básica. Ésta puede describirse de la siguiente manera: cada violación de los derechos humanos es injusta, pero no todas las injusticias

son una violación de los derechos humanos (Alexy, 1998: 251-252). Si esto es cierto, los derechos humanos constituyen el núcleo de la justicia, mientras que la justicia comprende más que derechos humanos. Esto podría llamarse la *tesis central*.

Una alternativa a la tesis central es la de que los derechos humanos y la justicia son coextensivos. Esto funciona de la siguiente manera: cada violación de los derechos humanos es injusta y cada injusticia es una violación de los derechos humanos. Ésta podría llamarse la *tesis de equivalencia*. Para nuestros propósitos, no es necesario tratar la cuestión de cuál tesis, la central o la de equivalencia, es verdadera. En ambos casos, la violación de los derechos humanos sería, al mismo tiempo, una violación de la justicia. Por esta razón, la existencia de los derechos humanos implica la existencia de principios de justicia. Los *elementos morales*, si los derechos humanos existen, comprenden tanto a los derechos humanos, como a la justicia.

Sin duda, los derechos humanos y la justicia no agotan el ámbito de lo que podría llamarse *moralidad*. Junto a estos dos elementos, hay un tercero. Éste se refiere a las concepciones individuales y colectivas del bien.⁶ Estas concepciones definen identidades individuales y colectivas.⁷ Ahora, los derechos humanos son normas que, básicamente, pretenden tener prioridad respecto de todas las demás normas (Alexy, 2006b: 18). Si los derechos humanos son fundamentables, su pretensión de prioridad, por lo tanto, también lo es. Por esa razón, la identidad como un elemento moral puede influir de hecho en la concepción de la justicia (Alexy, 1999: 379),⁸ pero no puede restringir el papel de los derechos humanos y la justicia en la discusión del argumento del relativismo.

⁶ Las cuestiones sobre derechos humanos y justicia son, de acuerdo con la terminología habermasiana, cuestiones morales, mientras que las cuestiones acerca de qué es individual y colectivamente bueno son cuestiones “éticas” (Habermas, 1996: 159).

⁷ Habermas habla, en el primer caso, de cuestiones “existenciales”, en el segundo, de “cuestiones [é]tico-políticas” (1996: 160).

⁸ Debería añadirse que lo bueno también podría influir en la interpretación de los derechos humanos, especialmente en casos de ponderación.

El concepto de derechos humanos

No tiene sentido hablar de la existencia de algo sin explicar qué se afirma que existe. Ahora bien, el concepto de *derechos humanos* es muy controvertido por razones de naturaleza filosóficas y políticas. No es posible responder a este debate aquí y, afortunadamente, tampoco es necesario que lo haga. Todo lo que necesitamos con el fin de discutir la cuestión de si los derechos humanos existen es una idea general de lo que ellos son.

Esta idea se puede expresar por medio de una definición según la cual los derechos humanos son, en primer lugar: morales, segundo: universales, tercero: fundamentales y, en cuarto lugar: derechos abstractos, que, en quinto lugar, tienen prioridad sobre todas las otras normas (Alexy, 1998: 246-254). Aquí, el primer elemento de definición es de especial importancia. De acuerdo con éste, los derechos humanos son derechos morales. Los derechos existen si son válidos. Ahora, los derechos morales son válidos si y sólo si son fundamentables. Por esta razón, la existencia de los derechos humanos, *qua* derechos morales, depende de su fundamentación y sólo de eso.

La fundamentación de los derechos humanos

Las teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos, así como las teorías sobre la fundamentación de las normas morales en general, pueden clasificarse de muchas maneras diferentes. La distinción más fundamental es aquella entre los enfoques que suelen negar la posibilidad de cualquier fundamentación de los derechos humanos y los enfoques que afirman que algún tipo de fundamentación es posible. La primera aproximación puede ser llamada *escepticismo*, la segunda *no-escepticismo*. El primero tiene sus orígenes en las formas de emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, naturalismo o deconstructivismo. El segundo puede incluir uno o más de estos elementos escépticos, pero insiste en que existe una posibilidad de dar razones en favor de los derechos humanos, razones que reclaman objetividad, exactitud, o verdad. El no-positivismo presupone que alguna versión de no-escepticismo puede fundamentarse.

He tratado de analizar la posibilidad de fundamentar los derechos humanos sobre la base de las distinciones entre ocho aproximaciones no escépticas. Esta lista de enfoques comprende, primero: el religioso, segundo: el intuicionista, tercero: el consensual, cuarto: el biológico, quinto: el instrumental, sexto: el cultural, séptimo: el explicativo, y octavo: el existencial. Es imposible discutir todos estos enfoques aquí, basta decir que los seis primeros tienen más defectos que puntos fuertes (Alexy, 2006b: 19-21). Por esta razón, me centraré en el séptimo y octavo, es decir, sobre los argumentos explicativos y existenciales.

EL ARGUMENTO EXPLICATIVO

Una fundamentación de los derechos humanos es explicativa si consiste en hacer explícito lo que está implícito necesariamente en la práctica humana. Una fundamentación que hace explícito lo que está implícito de manera necesaria en la práctica humana sigue las líneas de la filosofía trascendental de Kant. Si la práctica es afirmar, preguntar y discutir, la fundamentación obtiene un carácter discursivo-teórico. Ésta es la versión del argumento explicativo que me gustaría defender aquí.

La práctica discursiva, es decir, la de afirmar, preguntar y discutir, o, como la llama Robert Brandom, la práctica “de dar y pedir razones” (2000: 11), presupone reglas del discurso que expresan las ideas de libertad e igualdad (Alexy, 1996: 213-216). Las ideas de libertad e igualdad son la base de los derechos humanos. Reconocer a otro individuo como libre e igual es reconocerlo como autónomo; esto implica reconocerlo como una persona; a su vez, esto significa atribuirle su dignidad. Atribuirle dignidad a alguien es reconocer sus derechos humanos. Con esto podría pensarse que se ha logrado una fundamentación de los derechos humanos.

EL ARGUMENTO EXISTENCIAL

No obstante, esta impresión es errónea. El argumento explicativo ofrece, de hecho, una parte necesaria de la fundamentación de los derechos humanos, pero éste es, por sí mismo, insuficiente. Dos defectos son fácilmente identificados. El primero se refiere a la necesidad de las reglas del discurso. Es posible eludir esta necesidad al evitar toda participación en la práctica de afirmar, preguntar y discutir. El precio a pagar por esto sería, sin embargo, alto. Nunca afirmar nada, nunca preguntar nada,

nunca dar razón alguna, sería abstenerse de participar en lo que pertenece en esencia a la forma de vida de los seres humanos *qua* “criaturas discursivas”, tal como Brandom lo indica (2000: 26). Este precio, sin embargo, puede reducirse de manera considerable mediante el abandono del discurso no en términos generales sino sólo parciales. Es posible tener discursos en la propia comunidad y pasar directamente hacia la propaganda, la fuerza y el terror en sus extremos. La solución a este problema es parte de la solución al segundo problema del argumento explicativo, al cual me enfocaré ahora.

Este segundo problema proviene de la diferencia, por un lado, entre el discurso y la acción, y por el otro, entre las capacidades y los intereses. Tener capacidades discursivas no implica un interés en hacer uso de ellas. Esto podría llamarse el *problema del interés*, el cual se refiere a la dimensión del discurso, así como a la de la acción, es decir, a la vida real, a diferencia de la mera conversación. En esta segunda dimensión, el problema es mucho más apremiante. Ahora bien, los derechos humanos son derechos que no sólo conciernen al discurso, sino también esencialmente a la acción. El interés por hacer uso de las capacidades discursivas sólo en el ámbito de la argumentación podría llamarse un “débil interés en la corrección”. Por el contrario, el interés en hacer uso de las capacidades discursivas no sólo en el ámbito de la argumentación, sino también en el de la acción puede caracterizarse como un “fuerte interés en la corrección”. Éste comprende tomar en serio las implicaciones de las capacidades discursivas en la vida real, es decir, en tomar los derechos humanos seriamente.⁹ De esta manera, el interés en la corrección hace que sea posible para nosotros llegar a nuestro objeto de fundamentación.

Podría objetarse, sin embargo, que esto no es una fundamentación. Ésta ha perdido su carácter de fundamentación, debido a que la objeción es ejecutada una vez que la premisa sobre el interés es introducida. En efecto, esta objeción no carece de fundamento. No obstante, este interés debe ser calificado. Al igual que con cualquier interés, el interés por la corrección está relacionado con decisiones. Éstas se refieren a la

⁹ Una persona que toma en serio las implicaciones de las capacidades discursivas en la vida real podría caracterizarse como una “genuina participante en el discurso” (Alexy, 1996: 224).

cuestión fundamental acerca de si aceptamos nuestras capacidades o posibilidades discursivas. Es decir, la pregunta acerca de si queremos vernos a nosotros mismos como criaturas discursivas o razonables.¹⁰ Ésta es una decisión acerca de quiénes somos. Con esta decisión uno se “escoge a sí mismo”, como sostiene Soren Kierkegaard (1987: 258). La decisión podría llamarse *existencial*. Aun así, para hablar aquí de que la fundamentación o comprobación parezca respaldada, es necesario que esta decisión no deba basarse en las preferencias infundadas o arbitrarias, extraídas, por decirlo así, de la nada. Más bien, la decisión tiene el carácter de un respaldo de algo que ha demostrado ser, por medio de la explicación, una capacidad necesariamente conectada con los seres humanos, o, en otras palabras, una posibilidad necesaria. Como respaldo de una posibilidad necesaria el argumento existencial está de manera intrínseca conectado con el argumento explicativo. Se le podría llamar a esta conexión la *fundamentación explicativo-existencial*.

El argumento explicativo muestra la naturaleza discursiva de los seres humanos. Esta naturaleza discursiva puede ser caracterizada como la dimensión ideal del individuo. Esto es, de nuevo en palabras de Kierkegaard, “su yo ideal, que no puede adquirir en cualquier lugar sino dentro de sí mismo” (1987: 259).

El respaldo de la dimensión ideal que el individuo encuentra en sí mismo conecta elementos objetivos con subjetivos. La dimensión objetiva se compone de dos elementos: en primer lugar, las posibilidades discursivas necesarias y, en segundo, su carácter ideal. Éste es el *a priori* exigido por Kelsen (1967: 65). La dimensión subjetiva consiste en la decisión existencial que transforma estas posibilidades ideales en realidad. Esto significa que los derechos humanos sólo pueden fundamentarse por una conexión de los elementos objetivos y subjetivos. Esta conexión puede caracterizarse como una dialéctica de lo objetivo y lo subjetivo.

Podría objetarse que la fundamentación tan sólo puede ser objetiva o subjetiva, pero no, como se afirma, *medio objetiva*, y cualquier contaminación con elementos subjetivos elimina toda objetividad. La respuesta a esto es: la objetividad conectada con la subjetividad es, seguramente,

¹⁰ Sobre el concepto de *razonable* y su relación con el concepto de *racionalidad*, véase Alexy, 2009: 5-7.

menos que pura objetividad, pero es algo más que pura subjetividad. Por esta razón, puede calificarse el argumento explicativo-existencial como una fundamentación de los derechos humanos, inclusive si ésta no es puramente objetiva.¹¹ De cualquier manera, debido a sus elementos objetivos esta fundamentación combinada provee de buenas razones en favor de los derechos humanos, y esto, a su vez, es suficiente para fundamentarlos. Esta fundamentación establece su validez *qua* derechos morales, lo cual significa que los derechos humanos existen. Cuando los derechos humanos existen, pueden ser violados.

Cuando los derechos humanos pueden ser violados, pueden, *qua* derechos abstractos, ser violados tanto en un grado extremo como en otro menor. Que los derechos humanos puedan ser violados en un grado extremo significa que la fórmula Radbruch es aplicable. Si todo esto es cierto, el argumento del relativismo es refutado.

¹¹ Que el argumento explicativo-existencial consista en la dialéctica de argumentos objetivos y subjetivos no sólo es una desventaja. Esto resuelve el principal problema acerca de todos los intentos por fundamentar los derechos humanos por medio de un argumento que tiene la siguiente estructura básica: (1) $\forall x(\phi x \rightarrow Rx)$. Para “ ϕ ” todas las propiedades que son consideradas como razones o bases para garantizar a los individuos (x) derechos humanos (R) pueden ser sustituidas. En el debate acerca de los derechos humanos muchas propiedades han sido propuestas como razones tales. Ejemplos de estas propiedades son la habilidad para sufrir, la inteligencia, la autoconciencia, la libertad para tomar decisiones y la autonomía. Si uno sustituye cierta propiedad de éstas, como por ejemplo la autonomía, por “ ϕ ”, puede llegarse a la siguiente oración: (2) Todos los seres autónomos tienen derechos humanos. Si es confrontada esta afirmación con la pregunta “¿por qué?”, es difícil dar una respuesta, pues la autonomía es considerada como una razón última por todos aquellos que la conciben como una base para los derechos humanos. El problema aquí deriva del hecho de que las ϕ -oraciones son usadas en afirmaciones hechas desde la perspectiva del observador. Desde esta perspectiva es difícil explicar por qué la autonomía tiene un significado normativo. Por el contrario, el argumento explicativo-existencial explora la perspectiva del participante de los discursos. Éste no proporciona reglas desde un punto de vista externo, sino que describe reglas ya válidas en la práctica. De esta manera, este argumento hace explícito no sólo el contenido de estas reglas, sino también su normatividad interna. De este modo, es capaz de resolver el problema de la normatividad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2010), "The dual nature of law", *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio, pp. 167-182.
- Alexy, Robert (2009), "The reasonableness of law", en Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor y Chiara Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, pp. 5-15.
- Alexy, Robert (2008a), "On the concept and the nature of law", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, septiembre, pp. 281-299.
- Alexy, Robert (2008b), "A defence of Radbruch's formula", en Michael Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, pp. 426-443.
- Alexy, Robert (2006a), "Effects of defects-action or argument? Thoughts about Deryck Beylveled and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*", *Ratio Juris*, vol. 19, núm. 2, septiembre, pp. 169-179.
- Alexy, Robert (2006b), "Discourse theory and fundamental rights", en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, pp. 15-29.
- Alexy, Robert (2004), "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, núm. 1, pp. 15-24.
- Alexy, Robert (2002), *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press.
- Alexy, Robert (1999), "The special case thesis", *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4, diciembre, pp. 374-384.
- Alexy, Robert (1998), "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en Stefan Gosepath y Georg Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Fráncfort, Suhrkamp, pp. 244-264.
- Alexy, Robert (1996), "Discourse theory and human rights", *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 3, septiembre, pp. 209-235.
- Alexy, Robert (1989a), *A Theory of Legal Argumentation*, traducción de Ruth Adler y Neil MacCormick, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press.
- Alexy, Robert (1989b), "On necessary relations between law and morality", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio, pp. 167-183.
- Augustín de Hipona, Santo (2006), *De libero arbitrio*, edición de Johannes Brachtendorf y Volker H. Drecol, Paderborn, Schöningh.
- Beylveled, Deryck y Roger Brownsword (2001), *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press.
- Brandom, Robert (2000), *Articulating Reasons*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press.
- Coleman, Jules (2001), *The Practice of Principle*, Oxford, Estados Unidos, Oxford University Press.
- Finnis, John (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press.

- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms*, traducción de William Rehg, Cambridge, Reino Unido, Polity. [Edición en español (2000), *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.]
- Kant, Immanuel (1996), “The metaphysics of morals”, en *Immanuel Kant, Practical Philosophy*, traducción de Mary J. Gregor, Cambridge, Estados Unidos, Cambridge University Press, pp. 353-603. [Edición en español (1989), *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos.]
- Kelsen, Hans (1967), *Pure Theory of Law*, traducción de Max Knight, Berkeley/Los Angeles, University of California Press. [Edición en español (1995), *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vernengo, México, Porrúa.]
- Kierkegaard, Soren (1987 [c. 1843]), *Either/Or*, traducción de Howard V. Hong y Edna H. Hong, Princeton, Princeton University Press. [Edición en español (2007), *O lo uno o lo otro*, Madrid, Trotta, 3 vols.]
- Raz, Joseph (2009 [c. 1979]), *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Tomás de Aquino, Santo (1962), *Summa Theologiae*, Turín, Paoline.

Bibliografía del traductor

- Alexy, Robert (2010), *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press.
- Alexy, Robert (1978), *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

D. R. © Robert Alexy, México D.F., julio-diciembre, 2013.

D. R. © Traducción de Alejandro Nava Tovar, México D.F., julio-diciembre, 2013.