

## COMENTÁRIO

### METAFÍSICA, DERECHOS HUMANOS Y (NO) POSITIVISMO INCLUYENTE: COMENTARIOS A FUNDAMENTACIÓN DE LA OBJETIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y VIABILIDAD DEL NO-POSITIVISMO DE ROBERT ALEXY DE ROMAIN GENIEZ

Héctor A. Morales-Zúñiga

El trabajo de Romain Geniez plantea una aguda crítica a la teoría del derecho de Robert Alexy. En concreto, se dirige al que sería uno de los pilares más oscuros del no positivismo incluyente defendido por Alexy: la metafísica constructiva. Su crítica lo conduce a desalentadoras conclusiones respecto de la viabilidad de esta posición teórica.

Dividiré el comentario en cinco partes. En primer lugar, reconstruiré el no positivismo incluyente de Alexy. En segundo lugar, identificaré la cuestión principal en juego, así como la tesis defendida por Geniez. En tercer lugar, analizaré la forma en que Geniez aborda la metaética de Alexy. En cuarto lugar, haré lo propio con la concepción metafísica de Alexy. Por último, en quinto lugar, ofreceré las razones por las cuales creo que el argumento de Geniez no es el más adecuado.

#### I. El no positivismo incluyente de Robert Alexy

Durante los últimos 30 años, Robert Alexy ha elaborado un modelo teórico que se presenta como rival del positivismo jurídico. El derecho, según Alexy, exhibe una doble naturaleza: por un lado, posee una dimensión real, vinculada a la eficacia social y a la coerción; y por otro lado, posee una dimensión ideal, vinculada a la pretensión de corrección moral que necesariamente entabla el derecho (Alexy, 2010). De lo anterior se sigue que derecho y moral se encuentran *necesariamente* conectados.

La tesis de la conexión necesaria puede revestir distintas formas, lo cual da lugar a distintas versiones de no positivismo (Alexy, 2012: 4-7). El modelo de Alexy se presenta como un modelo intermedio, en el cual se pone en balance el valor de la certeza con el valor de la corrección (Alexy, 2015). Siguiendo la fórmula de Radbruch, Alexy afirma que solo aquello extremadamente injusto no es derecho. Bajo ese umbral, podrá existir derecho defectuoso, pero derecho en definitiva (Alexy, 2012: 6).

De esto modo, la tesis de la conexión necesaria se funda en la fórmula de Radbruch, constituyendo el *primer eslabón* de la argumentación de Alexy. Ahora bien, como correctamente lo indica Geniez (§I.2), la fórmula de Radbruch descansa en una con-

cepción metaética. La noción de extrema injusticia depende en último término de la existencia de los derechos humanos y, a su turno, los derechos humanos dependen de una concepción cognitivista de la moral. Esto corresponde al *segundo eslabón* del argumento alexyano. Finalmente, Alexy entiende que no puede justificarse la existencia de los derechos humanos sin apelar a un concepto de metafísica, constituyendo este el *tercer eslabón* de la cadena argumentativa.

En lo que sigue me concentraré en los dos últimos eslabones.

## II. El problema y la tesis de Geniez

El argumento contra el cual se dirige Geniez es desarrollado por Alexy en su *¿Derechos humanos sin metafísica?*, publicado originalmente en 2004. La preocupación de Alexy versa sobre el vínculo entre existencia y metafísica. En un artículo previo, Alexy afirmaba que “el razonamiento acerca de la pregunta general sobre lo que existe, es lo que conforma a la metafísica en cuanto ontología” (Alexy, 2004: 157), de modo que la negación de la metafísica implicaría la negación de la existencia. Esta negación afecta no solo a entes abstractos, principios unificadores, a la verdad, sino también a los derechos humanos – tal como lo habría afirmado Alasdair MacIntyre en un oscuro pasaje de su *Tras la Virtud* (Alexy, 2007: 238). Luego, habría dos caminos: defender la metafísica frente a tales ataques o defender una idea de los derechos humanos que no deba anclarse metafísicamente. Alexy sigue el primer camino.

Como se observó previamente, la existencia de los derechos humanos es crucial en el marco teórico de Alexy, puesto que la fórmula de Radbruch depende de ellos. Así, lo que está en cuestión sería la viabilidad del proyecto alexyano.

Lo anterior es correctamente identificado por Geniez. En los términos de Alexy, sin metafísica, el no positivismo incluyente es inviable. La tesis de Geniez se dirige a este pilar del constructo de Alexy, i.e. al tercer eslabón. Mediante una lectura de la obra de Gottlob Frege, Geniez intenta demostrar la inconsistencia del uso que Alexy hace de ella. Además, consecuentemente, el segundo eslabón de la argumentación de Alexy también se desplomaría. Por lo tanto, el no positivismo incluyente no constituiría una mejor alternativa al positivismo jurídico.

## III. La objetividad moral en Alexy

Como se indicó, la existencia de una moral objetiva es una condición necesaria del no positivismo incluyente de Alexy. Para que su proyecto teórico sea plausible, debe acreditar que existen «elementos morales necesarios» (Alexy, 2012: 2). De acuerdo a Alexy, los derechos humanos son candidatos a integrar estos elementos. Si se prueba la existencia de los derechos humanos entonces puede afirmarse la existencia de elementos morales necesarios y, por tanto, de una moral objetiva (Alexy, 2012: 9).

Geniez se enfoca en el «argumento del relativismo» formulado por Kelsen, conforme al cual no es posible justificar una moral que sea válida universalmente, atemporal y *a priori* – i.e. independiente de la experiencia (§I.1). Si se sigue el estándar autoimpuesto por Alexy, Geniez cree que este debe suscribir una tesis metaética cognitivista no-naturalista, conforme a la cual «los valores éticos constituyen una categoría ontológica *sui generis*», siendo su verdad descubierta «según una modalidad *a priori*». La verdad, por tanto, sería objetiva (§I.3). El no-naturalismo ético se distingue del naturalismo ético, en tanto este último afirma que los hechos morales son un tipo de hechos empíricos. Así, la distinción entre estas dos formas de metaética depende de una tesis metafísica. El descarte de la posición naturalista se funda en la opción metafísica que adoptaría Alexy. Con todo, si acaso el no positivismo incluyente es consistente con una postura realista – a pesar de la opción de Alexy – es una pregunta que queda abierta.

El no naturalismo ético también se opone al constructivismo ético. En este aspecto, en mi opinión, el análisis de Geniez es apresurado. Según Geniez, el constructivismo se caracteriza por entender que la verdad moral depende las actitudes o acuerdos entre individuos (§I.3). Si se trata de actitudes o acuerdos fácticos, entonces nos referimos a un constructivismo subjetivista (i.e. relativista); si, en cambio, tales actitudes o acuerdos se idealizan, entonces nos referimos a un constructivismo objetivo (i.e. no relativista) (Brink, 1989: 20). En ambos casos, la determinación de lo moralmente correcto descansa en prácticas humanas concretas, es decir, es *a posteriori*. Si esto es así, el constructivismo – piensa Geniez – no puede ser la base de la justificación del segundo eslabón del no positivismo incluyente.

En mi opinión, el problema de Geniez es que su análisis no presta atención a los atributos de la metaética que defiende Alexy, es decir, a aquellos que dan forma a la teoría del discurso. Si bien es cierto que Alexy apela a Kelsen, hubiese resultado interesante dar cuenta de alguna eventual contradicción entre la exigencia que se autoimpone Alexy y tal teoría metaética. De hecho, la teoría del discurso es un ejemplo de constructivismo kantiano, respecto de la cual se ha afirmado que es compatible con un tipo de realismo (Lafont, 2002). Además, la teoría del discurso defiende que la moral tiene un contenido cognitivo objetivo y universal (Habermas, 1998). Desde luego, si acaso esta puede operar como fundamentación del no positivismo incluyente es una cuestión en disputa, pero las categóricas conclusiones a las que Geniez arriba en su trabajo exigen un estudio de esta concepción metaética. De hecho, esto podría llevar a pensar la viabilidad del no positivismo incluyente, *a pesar de* ciertos pasajes de la obra Alexy.

En segundo lugar, una tesis derivada de Geniez es que el constructivismo ético implica que los jueces deciden subjetivamente. Esta conclusión es demasiado prematura, pues precisamente demanda dar cuenta de la pretensión de objetividad de la metaética

que Alexy defiende. Además, como se señaló, es posible articular un constructivismo que no sea ni relativista ni subjetivista. En mi opinión, parte del problema radica en la falta de claridad del autor para distinguir conceptos tales como relatividad, subjetividad, *a posteriori*, particular y sus opuestos, absoluto, objetivo, *a priori*, universal.

Por último, al trabajo de Geniez subyace la idea de que es posible fundamentar una objetividad moral débil pero no una fuerte. La objetividad moral débil estaría determinada por una moral específica y, en tal sentido, sería dependiente de una práctica concreta. En cambio, una objetividad moral fuerte sería independiente del contexto. Por ejemplo, afirmaría la prevalencia del principio de universalización kantiano frente al resto de teorías metaéticas. Geniez descarta esto último, no dando cuenta de que una de las principales discusiones respecto de la ética del discurso que suscribe Alexy es aquella que tiene lugar entre quienes afirman que es posible una justificación última – e.g. Karl-Otto Apel – y quienes lo niegan – e.g. Jürgen Habermas (Habermas, 2020).

#### IV. La metafísica en Alexy

El giro metafísico de Alexy genera cierta perplejidad. Como se indicó previamente, Alexy entiende que la negación de la metafísica comporta la negación de la existencia de los derechos humanos, por ello para defender a estos últimos debe rehabilitar la idea de metafísica. Alexy incluso va más allá y sostiene que “la normatividad presupone necesariamente la metafísica” (Alexy, 2011: 219). En mi opinión, una fuente del problema es – como el propio Alexy lo sugiere – qué se entiende por metafísica (Alexy, 2007: 245). Por un lado, Alexy la vincula a la ontología, es decir al estudio del ser en cuanto tal, a su existencia. Además, Alexy utiliza un concepto negativo – el cual sería suficiente para su interés filosófico: «todo aquello que no puede ser derivado de la experiencia» (Alexy, 2011: 224). Junto a los anteriores conceptos, Alexy se apoya en una distinción que formularía Habermas, entre un concepto empático y constructivo de metafísica (Alexy, 2007: 245-248). Habermas, sin embargo, se refiere a algo distinto. Para este autor – quien no emplea tales denominaciones – la metafísica es un método filosófico totalizante que persigue verdades inmutables y el cual debe ser reemplazado por uno que, reteniendo su valor epistémico frente al asedio de posturas naturalistas y nihilistas, asuma una concepción débil y falibilista de la razón, i.e. un pensamiento post-metafísico (Habermas, 2018: 156 y s.). La idea de una metafísica constructiva no es suscrita por Habermas.

Alexy provee dos razones para perseguir una fundamentación metafísica:

- (i) la clarificación de la ontología del concepto semántico de norma (Alexy, 2007: 247).
- (ii) la clarificación de un tramado de conceptos normativos que yacerían en la naturaleza discursiva del ser humano y en la estructura de la comunicación. Por ejemplo, el concepto de “libre

elección” (*free choice*), el cual es indispensable para explicar el concepto de autonomía y de libertad (Alexy, 2011: 225). Ocurriría lo mismo con el concepto de persona como agente racional (Alexy, 2007: 247; 2011: 226).

El eje de la postura de Alexy, en mi opinión, es la explicación de objetos del mundo cuyo sentido no puede ser capturado mediante la experiencia, i.e. la explicación de conceptos. Resulta altamente discutible que toda empresa conceptual exija un tipo de metafísica como la que imagina Alexy. De hecho, es plausible que pueda prescindirse de tal metafísica y ser reemplazada por una simple reconstrucción pragmática de nuestros aparatos conceptuales. Geniez, sin embargo, tiene razón en tanto que es el propio Alexy el que propone ese recorrido, imponiéndose tal exigencia. Adicionalmente, dado el énfasis en la explicación *a priori*, los derechos humanos y la moralidad parecen exigir una ontología fuerte. Nuevamente, la pregunta es si esta autoexigencia es razonable o, en cambio, puede defenderse el proyecto de Alexy sin la búsqueda de un fundamento *a priori*, aun cuando universal.

## V. El giro decisionista de Alexy y el problema de la crítica de Geniez

Geniez afirma que el proyecto de no positivismo incluyente de Alexy, en su actual grado de desarrollo, no es viable. Para ello se basa en una crítica a la metafísica que emplea Alexy, la cual no le permitiría justificar *a priori* una moral. Comparto la intuición general de Geniez, no obstante, creo que las razones más fuertes para apoyarla se hallan *directamente* en el segundo eslabón de la cadena argumentativa. En particular, en lo que puede denominarse el «giro decisionista» de Alexy.

La fórmula de Radbruch requiere que los derechos humanos operen como estándar moral de referencia. La vulneración extrema de la moral, que priva a un conjunto de normas de su carácter de derecho, debe ser entendida como la vulneración extrema de los derechos humanos. Por ello, Alexy ha intentado justificar el anclaje moral de la teoría por dos vías: (i) la idea de contradicción performativa; (ii) la fundamentación explicativa-existencial de los derechos humanos vinculada a la fórmula de Radbruch. Aquí interesa la segunda vía.

Tal como lo describe adecuadamente Geniez (§II), la segunda vía tiene dos partes. De acuerdo a la fundamentación explicativa, la reconstrucción de los presupuestos normativos de nuestras prácticas discursivas nos lleva a concluir que estos coinciden con el contenido de los derechos humanos. Esto, sin embargo, no sería suficiente para justificarlos, puesto que es posible que los seres humanos no usemos nuestras capacidades discursivas y, en cambio, utilicemos el lenguaje en términos meramente estratégicos (Alexy, 2007: 243 y s.; 2012: 11 y s.).

Así, la segunda parte corresponde a una fundamentación existencial, según la cual los seres humanos debemos adoptar una decisión sobre nuestra autocomprensión como criaturas discursivas. En este sentido, puede decirse que se trata de una *decisión existencial* (Alexy, 2007: 244; 2012: 12). Adoptada esta decisión – i.e. la decisión de hacer uso de nuestra competencia para participar racionalmente en discursos –, los derechos humanos resultarían justificados.

La idea de una decisión existencial pertenece a Habermas, quien recurre a ella – mediante una lectura de Kierkegaard (tal como Alexy) – en dos contextos. El primero de estos es político y se refiere a las decisiones que adopta una comunidad política (Habermas, 1988: 8 y ss.). El segundo contexto, más amplio, alude a la decisión que adoptamos como especie respecto a nuestra autocomprensión como sujetos autónomos (Habermas, 2003: 11-15). La fundamentación de Alexy se aproxima a este último aspecto.

En Habermas, la decisión en este segundo contexto es inestable debido a los enormes avances científicos de la época reciente y, en particular, a la posibilidad de manipular genéticamente a los individuos (Habermas, 2003: 14). Asimismo, tal inestabilidad descansa en la falta de certeza respecto de si acaso en el futuro, frente a presiones empiricistas o naturalistas, seguiremos entendiéndonos como agentes morales que actúan libremente y son responsables por sus acciones (Habermas, 2020: 646 y s.).

El escenario en que se plantea esta decisión existencial es radicalmente contingente. Es posible un mundo social alternativo. Pues bien, este es precisamente el obstáculo para Alexy. El fundamento de Alexy de los derechos humanos constituye un sólido argumento *contra* su propia obra. Alexy reconoce implícitamente que una conexión necesaria entre derecho y moral en sentido fuerte – universal y atemporal – no es posible. Si derecho y moral se encuentran conectados es porque a tal conexión subyace una *decisión* sobre la forma de autocomprendernos en tanto especie. Como toda decisión, por relevante o existencial que sea, supone un escenario de contingencia. Así, la tesis de la conexión necesaria deviene en una tesis de conexión *contingente*.

Desde luego, Alexy podría refutar lo anterior sosteniendo que la conexión necesaria entre derecho y moral debe ser entendida en un sentido relativo, es decir, asumiendo la decisión existencial antes referida. Esto es razonable. No obstante, supondría un distanciamiento del proyecto original de Alexy. Además, uno podría preguntarse: ¿cuál es la diferencia entre esta versión débil y el positivismo incluyente? En mi opinión, no hay diferencia. Por ello, creo que empleando Alexy *contra* Alexy, es posible concluir que su teoría del derecho debe ser entendida como un sofisticado ejemplo de *positivismo incluyente*.

Geniez tiene razón, el proyecto de Alexy es inviable, sin embargo lo es, pues el propio Alexy ha reconocido implícitamente que es un positivista incluyente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, 2004. "The Nature of Legal Philosophy" 17 *Ratio Juris* 156.
- Alexy, Robert, 2007. "¿Derechos Humanos sin Metafísica?" 30 *Doxa* 237.
- Alexy, Robert, 2010. "The Dual Nature of Law" 23 *Ratio Juris* 167.
- Alexy, Robert, 2011. "Normativity, Metaphysics and Decision" en Stefano Bertea y George Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing.
- Alexy, Robert, 2012. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights" 25 *Ratio Juris* 2.
- Alexy, Robert, 2015. "Legal Certainty and Correctness" 28 *Ratio Juris* 441.
- Brink, David O, 1989. *Moral Realism and the Foundations of Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Habermas, Jürgen, 1988. "Historical Consciousness and Post-Traditional Identity: Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West" 31 *Acta Sociologica* 3.
- Habermas, Jürgen, 1998. "A Genealogical Analysis of the Cognitive Content of Morality" en Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other*. Cambridge: Polity Press.
- Habermas, Jürgen, 2003. "Are There Postmetaphysical Answers to the Question: What is the "Good Life"?" en Jürgen Habermas, *The Future of the Human Nature*. Cambridge: Polity Press.
- Habermas, Jürgen, 2018. *Philosophical Introductions: Five Approaches to Communicative Reason*. Medford, MA: Polity Press.
- Habermas, Jürgen, 2020. "From formal semantics to transcendental pragmatics: Karl-Otto Apel's original insight" 46 *Philosophy & Social Criticism* 627.
- Lafont, Cristina, 2002. "Realismo y constructivismo en la teoría moral kantiana: El ejemplo de la ética del discurso" 27 *Isegoría* 115.