

## ENTREVISTA AL PROFESOR ROBERT ALEXY\*

GUIDO LEONARDO CROXATTO\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Robert Alexy tenía un seminario los lunes sobre Kant, todos sabíamos que su recreo era un poco más largo que el de los demás profesores. Al principio todos los becarios y estudiantes, provenientes en su mayoría de América Latina, sobre todo de la Argentina, Chile y Perú, parecían comportarse como bajo una regla no escrita. Luego descubrí (me lo explicó su devota secretaria, Andrea Neisius, una tarde oscura de enero) que tenía un motivo: Alexy cruzaba en persona a ocuparse de su mujer, que estaba enferma y tenía limitaciones físicas. Alexy la cuidaba en persona. No delegaba ese cuidado en nadie más. Lo tomaba como lo que era: un deber ético. Y los deberes éticos no son delegables. Por ese motivo, su recreo duraba un poco más. Gran parte de su enseñanza práctica sobre la filosofía de Kant pasaba precisamente por su ejemplo directo como persona. Esta coherencia entre lo que se dice y se hace, entre lo que se predica y lo que se ve, resulta decisiva para la filosofía del Derecho y los derechos humanos. Para que los estudiantes de abogacía no pierdan, como diría Soler, "la fe en el Derecho", una fe que muchas veces parece estar herida o haberse perdido, en parte precisamente por la falta de coherencia ética que exhiben muchos

\* Esta entrevista fue realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel (CAU) en la ciudad de Kiel, Alemania, en marzo de 2019, en la oficina del Profesor Robert Alexy. La entrevista fue realizada y grabada íntegramente en alemán. La traducción al castellano fue realizada por el autor de esta. Recepción del original: 15/04/2019. Aceptación: 04/05/2019.

\*\* Abogado (UBA), Licenciado en Filosofía (UBA), LLM (FU), Máster en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Chile), Doctor en Derecho Público (FU). Director del Tribunal Experimental en Derechos Humanos (UNLA).

de nuestros profesores: la inadecuación entre lo que los profesores hacen y lo que los profesores dicen (entre lo que enseñan y lo que hacen), mina la confianza de los estudiantes y hace que pierdan interés en la disciplina. Recuperar esa coherencia ética es fundamental para recuperar el interés (hoy desdibujado) en la filosofía en general y en la filosofía del Derecho, en particular. La única manera de recuperar ese interés perdido parece ser la que aplica Alexy en la Universidad de Kiel: predicando no (solo) con los libros, sino con el ejemplo, porque el ejemplo personal es una fuente de inspiración más fuerte que los libros.<sup>1</sup> Porque los alumnos ven —vemos— cómo actúan nuestros profesores. Observamos minuciosamente el grado de coherencia que existe entre lo que nos dicen (sobre la ética, los derechos, la filosofía, la rectitud, la justicia) y lo que hacen. Cuando hay fisuras entre una cosa y la otra, la confianza en la filosofía se desvanece. De la desconfianza proviene el desinterés. Y del desinterés, el vaciamiento ético y moral.<sup>2</sup> El desencanto. Un Derecho cada vez más alejado de la filosofía, como el derecho contemporáneo, tecnocratizado e instrumental, con alumnos que repiten, es un derecho funcional: sin principios, sin valores, sin espíritu crítico, un derecho funcional “a cualquier Leviatán autoritario”, como resume no sin razón Gabriel Anitua.<sup>3</sup> Esta degradación o riesgo jurídico-tecnocrático es lo que quiere contrarrestar de un modo no exento de problemas el llamado “no positivismo” de Alexy. El neoconstitucionalismo, hijo de la posguerra, quiere representar un regreso disimulado al Derecho Natural y a la dignidad innata del hombre, que cobra, como repiten los autores contemporáneos, “eficacia directa”. No “programática”, sino positiva. Una forma de retomar el humanismo desde el Derecho y desde la enseñanza de este. El humanismo es —fue— la filosofía de la Ilustración, contra la que actuó gran parte de la filosofía romántica, antimoderna y antiliberal. La filosofía alemana está fuertemente vinculada con el romanticismo y con la crítica antiilustrada, no igualitaria, empezando por grandes

1. Afirma el juez de la Corte Suprema, Dr. Horacio Rosatti, en una entrevista reciente: “Son las reglas, si uno no respeta las reglas, no puede pedir que el resto las respete. Si no hay ejemplaridad moral es muy difícil generar seguimiento de conductas. Uno acá tiene que dar el ejemplo, en la vida privada, que muchos dirán qué tiene que ver la vida privada y en la vida pública”. Programa de Radio “En el Barro y Clandestino”, Entrevista a Horacio Rosatti, Buenos Aires, 13 de abril 2019.

2. Hegel distingue ética y moral, tomamos esta distinción hegeliana.

3. ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*.

pensadores alemanes del siglo XX, como Heidegger. Heidegger nunca se desdijo de sus críticas antiliberales, de su desconfianza firme con la modernidad "abstracta" y la democracia liberal, expuesta en sus trabajos (cursos de invierno, apuntes de alumnos) sobre Nietzsche.<sup>4</sup> Alemania no ha terminado de salir del todo de estos debates y laberintos. Acaso por eso, por la dificultad de reabrir tales debates, es que muchos grandes pensadores y filósofos alemanes dedicados a reflexionar el Estado y el Derecho Público, se han vuelto, como Böckenförde, Poscher o el propio Alexy, pensadores "analíticos". La filosofía analítica no tiene una gran tradición en Alemania: es la tradición más propia de la filosofía anglosajona. Una caracterización académica del triunfo cultural aliado. Una secuela de la posguerra. Pero detrás de esta "secuela" están aún abiertos los grandes debates de la filosofía alemana. Incluyendo los debates de la filosofía del Derecho, que no han obtenido aún respuesta. Y que incluso puede que nunca la obtengan en la "teoría", como incluso Alexy reconoce. Hay luchas que serán "eternas". No solo debates interminables (positivismo-iusnaturalismo), sino roles insustituibles: el rol de la política, como dirá Alexy en esta entrevista, es uno. El rol de la política (de la participación y el compromiso personal) no se puede sustituir ni subrogar en una democracia. Esto es: nada —tampoco el Derecho— puede dispensarnos del compromiso moral personal directo, con el propio Derecho, agregaría Nino.<sup>5</sup> El Derecho no funciona solo.<sup>6</sup>

Llegué a Kiel con una beca corta del DAAD para realizar una estancia de investigación bajo la tutela de Alexy, recomendado por Jan Sieckmann, quien luego dirigiría mi doctorado en Alemania, centrado en la (evolución de la) idea de dignidad humana y los derechos humanos, analizando su teoría principalista y las críticas que la misma ha recibido de parte de autores alemanes como Jürgen Habermas y su discípulo, director de la Facultad

4. HEIDEGGER, *Nietzsche*.

5. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*.

6. Como hubiera pretendido el primer positivismo "ideológico" (al decir de Bobbio) que pretendía o soñaba —para evitar el gran problema de la amplia interpretación de las leyes, que daría lugar a la arbitrariedad— con jueces "máquinas", absolutamente "neutrales", "técnicos", "objetivos" y "ciegos". Se presuponía, para esta aplicación "ciega", que el Derecho era, para dispensarse de todo aporte "humano", un sistema puramente articulado, consistente, complejo y coherente de normas puras, un sistema que contemplaba, en sus aspiraciones de totalidad, una solución para cualquier problema. La noción de sistema va de mano de la filosofía ilustrada y la codificación normativa. El "código" es el resultado de esta aspiración positiva. BOBBIO, *Teoría general del derecho*.

de Derecho de la Universidad de Frankfurt, el también penalista y filósofo Klaus Günther. Gran parte de mi trabajo junto a Alexy pasó por defender su visión de la ponderación de derechos tomados como principios o mandatos de optimización de las críticas recibidas en la doctrina alemana. Entendí que la visión de Alexy partía de un postulado realista y muy útil: el derecho en la acción sufre colisiones y los jueces deben tener herramientas concretas para resolverlas de un modo claro y transparente, "racional".<sup>7</sup>

La Razón juega un papel central en el pensamiento jurídico de Alexy. En Kant, la Razón, por otro lado, no está ligada al conocimiento (esa era una función del entendimiento, no de la razón). La razón está vinculada con lo regulativo: a la ley. Esta aclaración sencilla (la prueba de la Razón kantiana opera casi en términos jurisprudenciales, probatorios) es muy importante para entender la filosofía moral de Alexy, un kantiano asumido. Sin entender a Kant no se puede entender acabadamente la filosofía de Alexy.

Tal vez una pequeña anécdota académica resulte útil al lector un poco avezado en filosofía. Como doctorando de Alexy en Kiel, siempre que me veía trabajando en la sala de investigación del cuarto piso Hermann Kantorowicz, de la Facultad de Derecho de la CAU-Kiel, Alexy se acercaba y me preguntaba con un dejo de sorpresa y contrariedad (o perplejidad, diría Maimónides) "Croxatto, ¿los profesores de Filosofía del Derecho de la UBA han leído a Kant?" Esta pregunta no me la hizo Alexy solo una vez, sino varias. Se olvidaba que me lo había preguntado y me lo volvía a preguntar ocho o nueve meses más tarde, o incluso al año siguiente, en la misma sala, casi con las mismas palabras. Tal era su consternación, o duda. ¿Los profesores de Filosofía del Derecho (argentinos, o de la UBA, me preguntaba alternativamente) han leído a Kant? Estas dudas de Alexy no eran casuales: venían en rigor asociadas a las preguntas y sobre todo a las críticas que Alexy recibía cada vez que daba una conferencia o charla en la Facultad de Derecho de la UBA, de parte de colegas. Alexy entendía que, por el sentido de las críticas o preguntas, faltaba en ese espacio la (para él) imprescindible lectura de Kant. Mi respuesta a Alexy era sencilla: no. Porque muchos de los así llamados "filósofos del Derecho" argentinos ya no son filósofos, mal que se repite en otras latitudes (Alexy agrega en

7. Habermas aborda la teoría de la argumentación reelaborando la división tradicional: retórica, lógica y dialéctica. Alexy se centra solo en la argumentación lógica.

la entrevista: también en Alemania). Es una tradición que se ha perdido. Los abogados que enseñan "filosofía" son en su gran mayoría funcionarios judiciales, no profesores, y su formación "filosófica" se reduce (dado que tienen muy poco tiempo para dedicar a la filosofía) a una serie de *papers* "analíticos", y muy poco más. No se leen libros enteros de filosofía. No se leen "filósofos". No se lee a Kant.<sup>8</sup> No se lee a Hegel. Se lee, con suerte, algunos *papers* de Nino (que fue quien introdujo esta cultura académica del "paper" en nuestra facultad, luego de haber pasado por Oxford y por Yale, condicionando a una generación de profesores argentinos, como Gargarella, Spector, Rosler, Pincione, Alegre, Rosenkrantz, entre otros).<sup>9</sup> La excusa más escuchada es que se quiere hacer, en línea con Wittgenstein y el positivismo lógico (que nace en Austria, con el Círculo de Viena, como la escuela de Friedrich Von Hayek, de fuerte impacto en economía), "filosofía analítica", que en pos de traer claridad, (terminar con las veleidades filosóficas, que irían de la mano de las nada inocentes "veleidades políticas") termina en realidad muchas veces socavando el debate, cayendo en un círculo vicioso, heurístico, que termina por socavar o anular todo debate

8. Tan grande fue mi decepción personal con esta falta o carencia del programa de estudios de la Facultad de Derecho (UBA), que cuando terminé la carrera de Abogacía me anoté en la carrera de Filosofía de la UBA, en Puán, buscando consolidar la formación jurídica con un suelo teórico más consistente, que no había recibido, pero cuya falta es determinante para profundizar la crítica al (y la construcción del) Derecho. En la Facultad de Derecho hay poca "reflexión", poca "filosofía". Poco Kant. Este achatamiento de los debates no es casual, explica el perfil tecnocrático de los abogados que se están egresando, cuya formación humanista, en historia y filosofía, como advierte Marta Nussbaum, es cada vez más pobre. Esta degradación antihumanista explica su actuación luego como funcionarios judiciales, legislativos o en la burocracia del poder ejecutivo. Explica la falta de "humanidad" de nuestra burocracia. La falta de empatía de muchos de nuestros jueces y operadores. NUSSBAUM, *Sin fines de lucro. Por qué...*

9. La inmensa mayoría de esta generación de "filósofos del Derecho" argentino, discípulos "analíticos" de Carlos Nino, son profesores (decanos, rectores) de universidades privadas, muchos de ellos se han alejado de la universidad pública. Podría pensarse que la ambición anglosajona por volver más "eficiente" el debate (y más eficiente a la filosofía misma), terminó derivando en el concepto de universidades más "eficientes". Privadas. Donde se pensaría de un modo más "eficiente", más "claro". Más "apolítico". Más "neutral". Mencionamos estos detalles porque entendemos que no son incidentales, y ayudan a entender la progresión de pensamiento jurídico argentino. Como ayuda saber, por ejemplo, que Soler solía llevar en un bolsillo una copia del decreto ley que establecía la pena de muerte con aplicación retroactiva en el país, del cual fue autor y del que se sentía Soler muy orgulloso. Esto sucedía en la UBA.

de ideas o filosófico, socavando también todo debate político. El problema del “origen”, como afirma Rousseau —también Hegel— no es un problema que pueda ser abordado por la filosofía. Mucho menos por la filosofía “analítica”. La filosofía analítica no ha producido un solo debate novedoso.<sup>10</sup> En pos de aportar claridad, ha terminado por minar la discusión filosófica. De hecho, el surgimiento de la filosofía analítica es paralelo al nacimiento de otra disciplina anglosajona, producto del “fin de la historia” (con la caída del Muro de Berlín), nace la “historia” de las ideas, de fuerte predicamento en Oxford.

Esta entrevista fue realizada en Kiel, en el despacho que aún conserva Alexy en la Universidad, junto a Stanley Paulson (secreto admirador de Carlos Nino, a quien dedica un libro, y asiduo visitante a la Elbphilharmonie de Hamburgo) en marzo de 2019. Le entregué como obsequio a Alexy una primera edición del libro *Los conjurados*, de Jorge Luis Borges, a quien Alexy había leído, y una moneda homenaje a Borges que había sacado el Banco Central de la República Argentina, con motivo de un aniversario de su nacimiento.

Pensar que Alexy es un pensador alemán frío y dedicado a la lógica puede inducir a equivocaciones. Es un ser humano que hace de la rectitud kantiana una norma de vida, y que enseña a sus estudiantes menos por lo que dicen sus libros que por lo que muestran —y enseñan— sus conductas. Su coherencia ética. Alexy vive o intenta vivir bajo el imperativo categórico. Intenta transmitir esa enseñanza tan poco formal, tan vinculada al ejemplo humano práctico y directo. Predicar con el ejemplo.

Apenas llegué, en mi primera visita a su seminario, Alexy entró con su traje color beige, una tarde oscura de invierno, se sentó en un costado de una mesa e hizo una pregunta a otro doctorando que estaba exponiendo (leyendo, como es costumbre) un trabajo, preguntó en alemán, de modo

10. Perry Anderson observa críticamente las propuestas analíticas de Wittgenstein. “Sin un fundamento analítico, no se puede hacer una buena filosofía”, afirma Alexy repetidamente en esta entrevista, cuando expresa su rechazo a pensadores como Rousseau o Hegel. Pero a su vez Alexy aclara que él adiciona a la filosofía analítica —marco necesario de cualquier debate útil, en términos de claridad lingüística— la teoría crítica, de fuerte tradición en Alemania. Habermas, con quien Alexy debate su principalismo, es acaso el último gran exponente de la teoría crítica de Frankfurt. El último exponente vivo. No es casual que Habermas como los grandes filósofos de aquel momento (Adorno, Horkheimer, Marcuse, Althusser, entre otros) discuta con referentes de diferentes campos, como el Derecho (Günther, Alexy), la historiografía (Nolte), la teoría política o la antropología social.

seco pero amable: "¿yo tendría que donar todo mi sueldo de profesor y comprar mi comida en el Aldi (supermercado de descuento en Alemania) donando el resto a los refugiados?". Esa pregunta directa, bien pragmática, poco "abstracta", poco teórica, muy real, la hizo Alexy a su alumno de doctorado alemán, que tardó en responder, acaso sorprendido de la duda tan poco "teórica", tan alejada de veleidades académicas, de nuestro profesor. Y creo que nunca respondió: no habría yo tampoco podido "responder" a esa pregunta de Alexy, tan directa, tan concreta, tan "informal", en esa sala de doctorado. No preguntó Alexy sobre libro alguno. No hizo preguntas evasivas, como suele hacer la filosofía de la Academia, tan encerrada en los textos y tan alejada sobre todo en Latinoamérica, de la realidad social, del entorno.<sup>11</sup> Ese es el tipo de formación humana y humanista a la que apunta Alexy: hacer teorías, pero teorías que sirvan inmediatamente a nuestra vida concreta, a nuestra conducta diaria. A la aplicación del Derecho. A caso por esta razón Alexy es un autor tan de moda en América Latina, en doctrina y en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Porque su pensamiento sirve. Alexy busca además enfrentarnos rápidamente con dilemas morales, que todos tenemos. ¿Dónde está la línea que marca lo correcto en cada caso? ¿Hasta dónde debemos extender éticamente nuestro comportamiento? ¿Cómo se define y se percibe moralmente un deber? (algo que también preocupa a John Finnis, maestro de Andrés Rosler, titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA). ¿Qué debe hacer el Derecho ante cada injusticia? ¿Cómo redefinir la pobreza en términos de crimen? (como quiere Thomas Pogge, profesor en Alemania). Son muchas preguntas, preguntas que la filosofía del Derecho debe retomar y volverle

11. Pierre Sané, ex secretario general de Amnistía Internacional y director en la UNESCO, suele repetir que la humanista y comprometida Universidad de Columbia, célebre por sus posgrados en derechos humanos, está ubicada en el barrio de Harlem, un barrio de impronta afroamericana. Sin embargo, su compromiso real con Harlem es mínimo. Es más un símbolo académico que un compromiso efectivo. Es una imagen que no termina de convertirse en hechos reales de compromiso social con el entorno universitario. Los estudiantes de Columbia suelen provenir de todas partes del mundo y vivir en barrios más acomodados, viajando a Harlem a tomar clases. Sané pidió, en el marco de una visita a la Argentina en 2019 (al Congreso Nacional de Filosofía, siendo invitado de honor de la mesa de Filosofía de la Dignidad Humana, en la Universidad Nacional de Lanús), que las universidades públicas del conurbano no "sigan" el ejemplo de Columbia y pidió que el compromiso y la entrega a los problemas de los barrios del conurbano fuera real.

a hacer a los estudiantes.<sup>12</sup> Solo a través del compromiso salimos de la perplejidad (en la que quedó el doctorando ante la pregunta directa de Alexy, que "bajaba" a la tierra directa los abstractos dilemas de la filosofía).<sup>13</sup>

12. Kant y Hegel forman parte de una generación de filósofos o pensadores que intentaban pensar con sistematicidad y amplitud la realidad y la historia, también el conocimiento. Todos ellos dedicaron un capítulo de su pensamiento al Derecho. Hoy tampoco los grandes filósofos parecen comportarse o producir de esa manera. Por eso, los abogados han perdido también la orientación filosófica (además de la "Fe en el Derecho", como escribe Soler). Ya no hay grandes pensadores en el Derecho. El Derecho ha perdido a sus grandes "filósofos", en parte su "filosofía". Esto explica el auge de disciplinas alternativas a la filosofía (y técnicas) como Law and Economics, tan de moda. Son el corolario funcional (el análisis económico del Derecho), también en Alemania (antes célebre por su filosofía moral, política y del Derecho), de una victoria cultural aliada, tan próxima al pragmatismo y a la filosofía analítica. Antihegeliana. Son enfoques que replican en el pensamiento el supuesto "fin de la Historia". Por eso, el lugar de la filosofía (terminada) lo ocupan nuevas disciplinas anglosajonas (epicentro en Londres, Cambridge, Oxford, luego EE. UU.) como "historia" de las ideas. Como si las "ideas" fueran una cosa del pasado, y no ya del presente. La disciplina "historia" de las ideas surge precisamente con mucha fuerza a partir de la caída del Muro de Berlín. El fin de las ideas políticas, el fin de la filosofía, incluso del Derecho, ya que el neoconstitucionalismo les otorga eficacia directa a las constituciones [y a la dignidad humana], con lo cual no haría ya falta debatir en política, habríamos llegado a una suerte de acuerdo definitivo que iría de la mano del fin de la "historia". Por eso, muchos teóricos entienden que el neoconstitucionalismo, con la rigidez constitucional, con los "bloques pétreos" mina la soberanía política (en más de un sentido, interno e internacional) y la democracia, porque limita los alcances de la deliberación ciudadana, sustrayendo algunos temas de cualquier discusión (esferas indecidibles, en términos de Ferrajoli).

13. Me llamaba la atención cómo levantan la mano: con la palma para atrás. Luego entendí que hasta allí llegan las huellas del pasado: levantarla con la palma de frente como en cualquier otro país (como en cualquier aula argentina) tiene aquí oscuras reminiscencias: era el saludo al Führer, otro nombre que está casi prohibido decir en alemán. No se puede decir *Führer*, aunque uno no se refiera a Hitler: es una palabra prohibida, un sustantivo indecible, incorrecto, inapropiado, inmoral (también el verbo *führen* se evita, evitando la reminiscencia con el movimientismo nazi y fascista europeo). Estas cosas son las que uno aprende apenas comienza a estudiar alemán. Hay cosas —términos, verbos, palabras— que no se dicen. Que no se pueden mencionar siquiera en un aula. Tan grave y próximo es el pasado. Esto no quiere decir que también en Alemania haya desaparecido el riesgo de banalizar el horror: los guías turísticos de Berlín suelen iniciar los recorridos por Wannsee diciendo que el sitio tiene "una buena y una mala fama", como si el hecho de haber decidido allí el exterminio definitivo (la solución "final") de millones de seres humanos pudiera ser resumido o rebajado a una cuestión de mera "fama", de "mala fama", emparejando ese horror genocida (la Shoá) con la belleza de la naturaleza del lugar ("buena fama"). Aún hoy, pleno 2019, el sitio turístico de Berlín califica de tal manera Wannsee. "Wannsee buena y

Acaso Alexy comparta la visión antigua de la virtud, la visión aristotélica, preliberal, premoderna, de la felicidad: solo se es feliz siendo virtuoso. No habría otra manera de ser feliz.<sup>14</sup> No muy alejado de la visión, que él denuesta, de la ética de Hegel, un pensador que no aprecia, pero cuya Filosofía del Derecho, casi enteramente manuscrita por un alumno de Berlín (sin cuyo esfuerzo nunca nos hubiera llegado), acaso aún tenga cosas que aportar a los estudiantes.<sup>15</sup>

Antes de hacerle las preguntas que siguen, le agradecí a Alexy por su paciencia todos estos años. Demoré mucho mi tesis de doctorado —acaso por la propia dificultad de escribir sobre derechos humanos en un país como Alemania, donde las huellas del horror siguen estando muy presentes—<sup>16</sup> por cuestiones personales que siempre fueron comprendidas por Alexy. Precisamente su mayor enseñanza ha sido la coherencia ética, entre lo que los profesores (y los estudiantes) decimos y lo que los profesores (y los estudiantes) hacemos. Solo esta coherencia —recuperar esta coherencia muchas veces ausente o perdida— puede salvar a la filosofía ética o del Derecho.

## II. ENTREVISTA

Antes de iniciar las preguntas, nos extendimos hablando sobre la crisis de la filosofía en general, como actividad y como disciplina, y de la filosofía del Derecho en particular, una disciplina que padece un corrimiento de los programas de estudio: cada vez menos estudiantes le dedican tiempo a las preguntas de la filosofía, que se empiezan a ver como una cuestión más de historia (de las ideas) que como elementos insoslayables de un debate presente. Alexy repitió que no es solo un problema en América Latina, esa falta de interés en filosofía de los estudiantes en general y de Derecho en particular es un problema también en Alemania. Esta falta de interés

---

mala fama”.

14. Benjamin Constant hace un análisis parecido referido a la idea de libertad. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*.

15. Los filósofos analíticos (con la excepción de Arthur Danto, dedicado a la filosofía estética) suelen mirar con desdén y sospecha a Hegel (a Fichte) y al idealismo. Alexy es un pensador analítico, que entiende que Hegel o Rousseau no hacen “buena filosofía”.

16. NANCY, *La representación prohibida. Seguido de La Shoah, un soplo*, p. 32.

expone el tipo de formación que los nuevos estudiantes de Derecho reciben: una formación técnica, deshumanizada, formal, sin fundamento. Una formación que deja en un segundo plano el conocimiento de historia o de filosofía, esto es, los fundamentos conceptuales y prácticos de las instituciones que les toca conocer y defender.

**Guido L. Croxatto:** —*¿Qué influencia tiene el realismo jurídico en su filosofía?*

**Robert Alexy:** —El realismo jurídico es un elemento esencial, rescata una parte importante, esencial, que es la dimensión fáctica del Derecho. Se dirige a la realidad social. En su forma originaria, fue formulado por Karl Olivecrona, discípulo de Hägerström, en su gran libro *Law as Fact*. Esta visión juega un rol en mi propia visión del Derecho, ya que la dimensión fáctica es preponderante en mis teorías. Sin embargo, no soy un realista jurídico. Es solo un elemento de mi teoría. Es un aspecto de mi visión, presente también en el positivismo no realista (Kelsen, Hart, de un lado) y del otro, incluyo la visión normativa, ideal o moral del Derecho, central en mis trabajos, que se debe compatibilizar con la primera.

**Guido L. Croxatto:** —*Radbruch dijo que el positivismo había dejado a los juristas alemanes "del todo indefensos ante leyes ostensiblemente injustas y crueles", ¿estás de acuerdo con esa afirmación de Radbruch? ¿Se puede endilgar la responsabilidad moral al positivismo jurídico por decisiones de las personas? ¿Tu "no positivismo" tiene que ver con esa impresión crítica de Radbruch en la posguerra? ¿Puede ser leído como una forma enfática de decirle "no" al positivismo, siguiendo la línea de Radbruch?*

**Robert Alexy:** —La tesis de Radbruch, que es sin dudas una tesis sobre causalidad o sobre razones, es demasiado general. A menudo se considera que no fue el positivismo el que dejó a los juristas alemanes tan indefensos, sino alguna forma de "no positivismo", como el nacionalsocialismo, que llevó adelante un no positivismo, que representaba y defendía una moral nacionalista. El asunto es complejo. Según mi visión, el mejor instrumento para el Derecho es una teoría "no positivista", que descansa o se base en una teoría racional de la Moral y de la Justicia.

**Guido L. Croxatto:** —*¿Qué relación hay —o pensás que puede o debe haber— entre la Política y el Derecho, en un país con el pasado que*

*tiene Alemania?*

**Robert Alexy:** —La política tiene en una democracia un rol central y sobresaliente, un rol que el Derecho no puede reemplazar. Es un peligro para un Estado, cuando existe una “sobreconstitucionalización”, pero es también un riesgo o peligro cuando existe una “infraconstitucionalización”. Es decir: cuando la política puede hacer todo lo que quiere. Por eso, la más grande y eterna tarea de la teoría de la democracia constitucional es encontrar el balance o relación adecuada entre la constitucionalización de un lado, y la democracia (libres decisiones democráticas) en procesos políticos, del otro. Es difícil encontrar tal equilibrio, pero no imposible. Se puede alcanzar.

**Guido L. Croxatto:** —*¿Cuál es la naturaleza de los derechos humanos? ¿Cuáles son sus características?*

**Robert Alexy:** —Los derechos humanos tienen cinco caracteres centrales. Son abstractos, formales, universales, morales y racionales. Recordemos que además de la universalidad y la autonomía, los derechos humanos se definen en términos de reflexividad, algo que Kant no definió, pero sin dudas debe orientar nuestro pensamiento y nuestra antropología, sobre todo cuando separamos estos derechos de los derechos de los androides o de los animales.<sup>17</sup>

**Guido L. Croxatto:** —*Me gustaría preguntarte sobre las objeciones de Habermas y Klaus Günther, discípulo del primero y director de la Facultad de Derecho de Frankfurt, a tus teorías. ¿No puede decirse que el énfasis de Habermas y Günther en la “coherencia” sin la ponderación termina descuidando el Derecho en la práctica? ¿La coherencia sin ponderación no conduce en rigor al idealismo, al derecho academicista cerrado sobre sí? ¿No puede decirse que la ponderación es el precio que pagamos a la hora de hacer realismo jurídico, Derecho en la práctica? ¿No puede concluirse que detrás de la objeción de Habermas a tu pensamiento se esconde el presupuesto de que los derechos de hecho no colisionan o la fantasía de que no debieran colisionar? De hecho, considero que las dos objeciones de Habermas a tu teoría, presentes en su libro *Faktizität und Geltung*,<sup>18</sup> (a la irracionalidad o ries-*

17. Alexy entiende que la construcción de la dignidad en Kant es insuficiente, que debe ser complementada.

18. HABERMAS, *Facticidad y validez*.

*gos de la ponderación y el peligro de concebir los derechos humanos como principios, lo que les restaría prioridad ontológica)<sup>19</sup> esconden una suerte de idealismo académico. Por eso te consulté en la primera pregunta sobre el realismo jurídico: porque en el centro de tus teorías está la aplicación del Derecho. Porque considero que lo importante es cómo los derechos humanos son defendidos en la práctica, y no solo cómo los defendemos en las teorías. Por eso te pregunto otra vez si la crítica de Habermas no parte de la base de que los derechos humanos sencillamente no colisionan... aunque solo en el mundo académico se podría sostener una tesis tan idealista... pero no en la praxis. ¿Estás de acuerdo?*

**Robert Alexy:** —Sí, claro que estoy de acuerdo. Por otro lado, cuando uno solo se atiene al criterio de la coherencia, se atiene a un criterio que sencillamente no es ningún criterio. Porque el criterio de la coherencia que defiende Günther no encierra ningún criterio sustancial. Quien lanza una sola mirada a la realidad social, puede rápidamente advertir que los derechos humanos colisionan entre sí continuamente. Por ejemplo: el derecho al respeto de la personalidad en internet, en Facebook (*Persönlichkeitsschutz*), y el derecho a expresar libremente una opinión (*Meinungsfreiheit*). Tenemos aquí un conflicto permanente. Y quien dice que los derechos humanos y fundamentales no colisionan,

19. Habermas advierte que con el principalismo de autores como Alexy se termina barriendo un "muro cortafuegos", porque se entra en un terreno peligroso: la "ponderación" judicial de derechos cuya estricta prioridad se vería, en la lectura de Habermas, amenazada. El principalismo minaría, cree Habermas, la naturaleza misma de los derechos fundamentales, su "estricta prioridad". Habermas no comparte la distinción entre reglas y principios, corazón del principalismo. El juicio de proporcionalidad sería incompatible a la hora de ponderar valores como la dignidad humana, que no admitiría, cree Habermas, "ponderación" alguna, es (debiera ser) universal siempre. El Estado no debería nunca tener que "ponderar" entre respetar la dignidad de una persona y respetar la dignidad de otra. Y en última instancia, cree Habermas, a diferencia de Alexy, todos o casi todos los derechos reconocidos tienen un suelo en la dignidad, con lo cual, por extensión, los razonamientos aplicados y críticas en el primer caso, se extenderían al cuerpo de la teoría principalista misma, que abriría una puerta incompatible con los derechos fundamentales, imponderables, según Habermas. Alexy concede en cierto punto esta crítica de Habermas, cuando afirma que él también defiende una suerte de "ética precaria". Esto es: de "precario" límite a la ponderación, cuestionada por Habermas. Véase ATIENZA RODRIGUEZ, Entrevista a Robert Alexy. Esta aclaración de Alexy (compatible con su "no positivismo") expone sin embargo su teoría discursiva a una contradicción a la honra de pensar los alcances de la ponderación.

sencillamente pierde de vista lo social. Por eso nuestra tarea consiste en identificar las colisiones y conflictos, y con métodos racionales, desarrollar soluciones. Eso es la ponderación (*Abwägung*). Pero contra la ponderación se pronuncian tanto Habermas como Günther. Günther prefiere el criterio de la adecuación (*Angemessenheit*), que a su vez tampoco es un criterio práctico, apenas ideal. Y Habermas cuestiona la ponderación por irracional, algo que hoy puede demostrarse falso, ya que ponderamos racionalmente.<sup>20</sup>

**Guido L. Croxatto:** —*Marc Galanter sostiene que la aspiración de justicia se ha ido perdiendo en las facultades de derecho, que el Derecho se ha tornado un sistema muy burocrático y formal, que habla un lenguaje cada vez más alejado e incomprensible para el hombre común e incluso para el estudiante. ¿Compartís esta crítica? ¿Se puede volver a entusiasmar a los estudiantes de abogacía? ¿Compartís la idea de que el Derecho o las facultades de abogacía se han alejado demasiado de la aspiración de justicia?*

**Robert Alexy:** —Ahora voy a hablar sobre Alemania. Aquí, no es el caso. No es el caso porque entre nosotros tiene un gran efecto la jurisprudencia y la Constitución, así como la jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y cada sistema particular tiene un basamento en derechos humanos. Claro que hay muchas complicaciones burocráticas en el derecho alemán, por ejemplo, en derecho tributario. Pero incluso allí juegan un rol preponderante los criterios de justicia, que hoy en día tienen un gran peso y son definidos a partir de los derechos humanos.

20. Solo en apariencia se trata de una falacia de afirmación del consecuente. Alexy explicita en sus trabajos lo que entiende por racionalidad en la ponderación: parámetros discutibles y jerarquizables que se pueden comparar entre sí, otorgando prioridades públicas en cada caso concreto (la metáfora de la balanza). Habermas entiende que esta forma de ponderar no es ajena a costumbres culturales, posiciones morales o recursos económicos, todos factores que en principio debieran no hacer mella en la validez ontológica (como afirma Habermas) de un derecho. Alexy, en cambio, entiende que, en un contexto de escasez y colisiones constantes de derechos, los jueces están obligados a brindar alguna respuesta y la ponderación tiene la ventaja de aportar un método comprensible y claro de hacer valer derechos que colisionan, trayendo un orden posible y justificable. Sería mejor que no colisionaran, pero la realidad jurídica demuestra que las colisiones existen y son muy habituales. Por eso la jurisprudencia desarrolla métodos para afrontarlas. La ponderación es uno.

Estos derechos están siempre detrás de cada decisión y pueden en todo momento convertirse en criterios decisivos para alcanzar una decisión. Y eso lo aprenden los estudiantes en Alemania.

**Guido L. Croxatto:** —*¿No hay contradicciones muy graves en nuestras democracias, como por ejemplo defender el derecho de salida en abstracto como piso de tolerancia entre culturas y Estados, y luego cerrar las puertas a la migración en un mundo supuestamente "globalizado"? ¿Importan más las mercancías que las personas? ¿Cómo deberían comportarse las democracias de Europa frente a la migración masiva y las miles de muertes de familias enteras que se ahogan en el mar Mediterráneo? ¿Tiene sentido seguir hablando, incluso dentro de la Unión Europea, de libertad de circulación? ¿Tiene sentido seguir hablando de los derechos humanos como derechos universales, formales y abstractos, como vos mismo decías hace un momento, y luego denegar el derecho a las personas que migran hacia Europa, por no ser ciudadanos? Sobre todo, cuando hablamos de multiculturalismo. ¡Incluso Merkel dijo "Der Ansatz für Multikulti ist gescheitert, absolut gescheitert"! (El multiculturalismo ha fracasado absolutamente). Pero la tolerancia entre culturas depende en parte precisamente de ese derecho de salida que tendrían las personas para poder migrar hacia otros países. Pero luego esos países, esas democracias avanzadas, (Alemania no sería el caso en este momento), cierran sus puertas, y devuelven —deportan— a las personas a sus países, en vez de tratarlas como personas con derechos humanos "universales" y "abstractos". ¿No es una contradicción?*

**Robert Alexy:** —Existe, sin dudas, un conflicto entre derechos de ambos lados. Y probablemente también un conflicto vinculado a bienes colectivos, de parte de los Estados europeos. Como en muchos otros conflictos, existen tres alternativas. Dos radicales y una racional. La primera solución radical es construir un muro, como quiere Trump. Prohibir toda inmigración. Esto no funciona. Es falso.<sup>21</sup> Allí estaríamos abordando el problema tratando los derechos en juego no como principios, sino como reglas duras. La otra alternativa radical sería que, en todo momento, cualquiera, desde cualquier parte del mundo, pudiera venir. Esto también va muy le-

21. En este pasaje de la entrevista Alexy dice "*es ist falsch*", reproduzco literal su expresión, por compleja que parezca, porque ayuda a entender mucho de su visión epistemológica del Derecho y la Moral, de su visión de la Razón en el Derecho.

jos. Lo que puede hacerse es determinar la cantidad concreta de personas que potencialmente podrían migrar a un país. Y ponderar los indicadores de miseria<sup>22</sup> de cada país. Sin embargo, esto tampoco puede funcionar, no puede ser correcto. Así que llegamos a mi solución preferida, que en todos estos años que me he dedicado a reflexionar el Derecho me ha aportado soluciones reales, la idea de la "*Verhältnismäßigkeitsprüfung Prüfung*" (principio de proporcionalidad), que encierra y depende de una ponderación práctica. Estos conceptos sirven en situaciones concretas, que se analizan en detalle. Se analiza cada caso concreto. En términos abstractos, no puedo decir nada más.

**Guido L. Croxatto:** —*La migración es un gran desafío para la democracia también en América Latina. La migración y la integración son dos caras de una misma moneda. Incluso Merkel dijo aquella frase en 2010, en medio del "Debate sobre la Integración", antes de que Cameron, primer ministro inglés, dijera lo mismo. Luego Merkel ha virado en su posición.*

**Robert Alexy:** —Cuando hablamos de migración en Alemania, por lo general no encontramos ningún discurso jurídico razonable (Alexy emplea la palabra limpio o "sano", "*kein sauberes juristischen Diskurs*") sino propaganda política de ambos lados. Y eso no es bueno. No puede generar ninguna discusión razonable.

**Guido L. Croxatto:** —*Para terminar, quisiera preguntarte ¿cuál es la situación de la filosofía del Derecho en Alemania? En América Latina al menos, es una disciplina cada vez más marginal, a la que se le dedica cada vez menos espacio en los programas de estudio.*

**Robert Alexy:** —En Alemania sucede exactamente lo mismo. Y es un grave peligro. Los estudiantes tienen pocas horas de filosofía jurídica y pierden poco a poco el interés. Muchos contenidos filosóficos no conforman los exámenes que deben rendir al final de sus estudios (*juristische Staatsprüfung*, para ejercer como abogados), en consecuencia, le dedican poca atención. Es un error.

Un informe de un Comité académico de Hamburgo de 2014 ya resalta el retroceso de la filosofía en las aulas. Esto es particularmente serio para el Derecho, que debe reflexionar sus fundamentos y desarrollar sus metodologías. El Derecho no es estático. No puede prescindir de la reflexión filosófica permanente. Por desgracia, en Europa diría, no solo

22. "Elendsverhältnisse".

en Alemania, la filosofía está ausente de las aulas, está cada vez más arrinconada.

**Guido L. Croxatto:** —*Es sorprendente en un punto, dada la gran tradición que tiene Alemania en filosofía del Derecho y dogmática penal. Muchos venimos a estudiar a Alemania precisamente pensando en la rica tradición de debates filosóficos (Rechtsphilosophie, filosofía del Derecho y Strafrechtsphilosophie, un término que no tenemos en América Latina: filosofía del Derecho Penal) que existieron en Alemania, que nos han servido de guía o modelo, no siempre positivo, pero modelo al fin. La filosofía alemana es un interlocutor inevitable para quienes se dedican a la filosofía del Derecho y al Derecho Penal.*

**Robert Alexy:** —Es un riesgo, sin dudas, para nuestros estudiantes, desconocer las bases de la disciplina que estudian. Y es un riesgo para la democracia no tener estudiantes preparados para argumentar y reflexionar más allá de la repetición de las normas.<sup>23</sup>

**Guido L. Croxatto:** —*Muchas gracias.*

## BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, 2005, Buenos Aires.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, "Entrevista a Robert Alexy", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Eudeba, 1998, Buenos Aires.

23. La crisis del normativismo (en la posguerra) es una de las razones del retraimiento actual de la filosofía del Derecho, que había hecho de la teoría pura su principal estandarte científico. La constitucionalización positiva, por otro lado, de la dignidad como valor con eficacia directa, en el neoconstitucionalismo europeo, es una segunda forma de "arrancar" a la filosofía motivos para proseguir con sus especulaciones "abstractas". La idea del neoconstitucionalismo es arrancar a la filosofía política y a la política misma como actividad institucional de algunos de sus debates. Nuevos desarrollos constitucionales consolidan la dignidad universal como un valor que ya no se "debate" políticamente, ya no es "decidible" que alguien tenga o no tenga derechos (el derecho a la personalidad). Por eso muchos teóricos del mayoritarismo conciben al neoconstitucionalismo de posguerra como una "limitación" a la soberanía política, como un "límite" a la historia y sus desarrollos o cambios. En cierto sentido, el neoconstitucionalismo marcaría un "fin" de la Historia. No casualmente el mismo es paralelo a la caída del Muro de Berlín (1989).

- CONSTANT, Benjamin, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", en *Écrits politiques*, Gallimard, 1997, París.
- GALANTER, Marc, *Lowering the Bar: Lawyer Jokes and Legal Culture*, Wisconsin University Press, 2005, Madison.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, 2010, Madrid.
- HEIDEGGER, Martin, *Nietzsche*, Ariel, 2013, Barcelona.
- NANCY, Jean-Luc, *La representación prohibida. Seguido de La Shoah, un soplo*, Amorrortu, 2006, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, 2º ed., Astrea, 2000, Buenos Aires.
- NUSSBAUM, Marta, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, 2015, Buenos Aires.