

Werner Goldschmidt y Robert Alexy: “corsi e ricorsi” del integrativismo jurídico*

Por María I. Dabove, Erika Nawojczyk y Dariel O. Barbero

1. Introducción

La teoría trialista elaborada por el profesor Werner Goldschmidt en el año 1960 constituye, sin lugar a dudas, una perspectiva del derecho vanguardista¹. Pero lamentablemente –y quizás, a causa de esa misma originalidad–, en su momento, esta teoría tuvo eco relativo en el concierto iusfilosófico mundial². Así, pues, fue necesario esperar casi veinte años para que surgiera otra teoría general, que recoja las cuestiones planteadas por el maestro germano argentino³. En este sentido, resulta notable observar que es la obra de otro alemán, Robert Alexy, la que a nuestro juicio, ofrece interesantes coincidencias con los postulados del trialismo, dentro de las corrientes jurídicas de actualidad⁴.

Nuestro trabajo tiene el propósito de mostrar, precisamente, cuáles son los puntos de contacto que observamos entre la teoría trialista de Goldschmidt y la teoría no positivista del derecho de Alexy. Así como también procura identificar los rasgos especiales de cada una de ellas, que justifican su diferenciación epistemológica y conceptual. En suma, a la manera habermasiana, este artículo intenta plantear un diálogo ideal entre ambas posiciones, a fin de motivar en el lector canales para su integración. Esperamos que, con ello, puedan abrirse vías reflexivas que enriquezcan el discurso y la práctica jurídica de este tiempo.

* Extraído del artículo publicado en Ciuro Caldani, Miguel Á. (dir.), *Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 49 a 61. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Para la primera versión de la teoría trialista puede verse: Goldschmidt, Werner, *Introducción al derecho (estructura del mundo jurídico)*, Bs. As., Aguilar, 1960. La última versión, en cambio, corresponde al libro: *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987.

² Ciuro Caldani, Miguel Á., *Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, en “Investigación y Docencia”, n° 6, Rosario, FIJ, 1988, p. 65 a 68; Ciuro Caldani, Miguel Á. (coord.), *La filosofía del derecho en el Mercosur*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.

³ Al respecto es necesario recordar también, que la teoría egológica del derecho formulada por el profesor argentino Carlos Cossio, sufrió una suerte similar a la de su colega, Werner Goldschmidt. Ver Ciuro Caldani, *Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, p. 65.

⁴ Los trabajos más importantes de Alexy comenzaron a publicarse en los inicios de la década del ochenta. Así, la teoría de la argumentación jurídica data de 1981 y sus traducciones inglesa y española, corresponden a 1989. No obstante, señala Vigo, Rodolfo, en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2006, p. 293, que: “La obra de Alexy se halla desperdigada en una gran variedad de artículos, incluso publicados en diferentes lenguas, la que termina exhibiendo un panorama reticular en tanto las tesis centrales se reiteran, pero encontrando permanentemente nuevos matices, ajustes, interrelaciones y hasta denominaciones”. Ver también: Vigo, Rodolfo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2006, p. 25 y ss.; *Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy*, “Doxa”, n° 26, Alicante, 2003, p. 203 y 224.

2. Goldschmidt y Alexy: una lectura de sus vidas

Werner Goldschmidt nació en Berlín, el 9 de febrero de 1910, en el seno de una familia judía signada por la tragedia del nazismo. Era el segundo de cuatro hermanos y todos se formaron en el marco de una educación humanista y abierta⁵. Su preparación jurídica de grado transcurrió sobre carriles muy dinámicos. Tal como el mismo Werner relata en *Justicia y verdad*, estudió el primero, segundo, quinto y último semestre, en la Universidad de Berlín. Cursó el tercero y cuarto, en Kiel.

Curiosamente, la misma casa en la que años después, trabajaría Robert Alexy. Mientras que el último seminario lo realizó en Hamburgo, durante el semestre de invierno de 1929/30⁶. Fueron sus maestros, entre otros, Hermann Kantorowicz, Gerhard Husserl, Emil Lask, Arturo Nussbaum, Martín Wolff, Heinrich Trieppl, Martín Havenstein y James Goldschmidt, su padre, profesor de derecho penal y derecho procesal; decano, incluso, durante dos períodos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín⁷. En 1931, obtuvo el título de Doctor en Derecho, gracias al desarrollo de una tesis sobre “La conciencia de antijuricidad en el delito de allanamiento de morada”, que se publicó en Berlín. A partir de entonces, inició su carrera académica y judicial en Kiel⁸.

El nacionalsocialismo frustró el examen de habilitación del joven doctor, judío alemán, y su actividad en la magistratura de Kiel⁹. Así como también le impuso una expatriación forzada, de por vida. Como recuerda Alicia Perugini, se fue solo a Suiza y no volvió a vivir nunca más con su familia. A partir de entonces, con 22 años, comenzó a vivir su nueva nacionalidad: la de inmigrante¹⁰. España será el segundo destino y Argentina, su último refugio. Allí, en 1949, la Universidad Nacional de Tucumán le permitirá retomar su vida académica, siendo contratado como profesor. A partir de entonces, y atravesando innumerables peripecias, dio clases en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Nacional de Rosario, entre otras¹¹. De este modo, su labor llega a nuestra ciudad –Rosario–; dando paso al desarrollo de la Escuela Trialista del Derecho.

Goldschmidt murió el 21 de julio de 1987 en la ciudad de Buenos Aires. Tan sólo un año antes, la Fundación Konex le otorgaba el Diploma al Mérito en Humani-

⁵ Perugini, Alicia M., *Homenaje a Werner Goldschmidt*, en Ciuro Caldani, Miguel Á. (coord.), “La filosofía del derecho en el Mercosur. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997, p. 158.

⁶ Goldschmidt, Werner, *Enseñanza de la verdad y de la justicia*, en “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, p. 525 y siguientes.

⁷ Perugini, *Homenaje a Werner Goldschmidt*, p. 158 y ss.; Ciuro Caldani, *Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, p. 65; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Werner Goldschmidt, diez años después*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 22, Rosario, FIJ, 1997, p. 11 a 14.

⁸ Perugini, *Homenaje a Werner Goldschmidt*, p. 159.

⁹ Estaba a punto de rendir el examen de habilitación y presentar a ese efecto su trabajo sobre la “Culpabilidad en el derecho penal y en el derecho civil”, cuando llegó el nacionalsocialismo al poder. Estaba estudiando en la biblioteca del juzgado cuando llegó un guardia con un telegrama que daba cuenta de la decisión de un juez que le ordenaba retirarse y le prohibía de ahí en más el acceso. Fue, asimismo, invitado por carta a presentar la renuncia, lo que rechazó por el mismo medio.

¹⁰ Perugini, *Homenaje a Werner Goldschmidt*, p. 160.

¹¹ Ciuro Caldani, *Werner Goldschmidt, diez años después*, p. 12; Perugini, *Homenaje a Werner Goldschmidt*, p. 160.

dades, por su contribución a la teoría general y a la filosofía del derecho, en Argentina. Pero su teoría había sido ya sembrada en tierra fértil. Veinte años después, será esta misma Fundación quien reconozca también a su fructífero discípulo: Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Robert Alexy nació en Oldenburgo, en el marco de una típica familia alemana, el 9 de septiembre de 1945, a una semana de concluida la Segunda Guerra Mundial¹². Vivió la división y la reconstrucción de su país, pero también fue testigo de la caída del Muro de Berlín y la democratización de toda Alemania. Entre 1968 y 1973, estudió Derecho y Filosofía en la Universidad de Göttingen. Quizás por ello, como señala el propio Alexy, arribó pronto al campo de la Filosofía del Derecho; haciendo de este espacio, su profesión¹³. Seguramente, Goldschmidt hubiese visto con simpatía a este joven estudiante, quien, con su formación, hacía realidad aquella Universidad pensada en tierras tucumanas¹⁴.

Durante su carrera conoció a Günther Patzig y trabajó junto a Ralf Dreier en su tesis doctoral. Obtuvo el título de Doctor en 1976, con una tesis sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica y en 1984, logró la habilitación en la Universidad de Göttingen, con la obra que luego se publicara como *Teoría de los derechos fundamentales*. Su inserción en la Universidad de Kiel, en la que aún hoy se desempeña, se inició en el año 1986. Desde entonces, ha dado clases en numerosas universidades, logrando asimismo, un amplio reconocimiento internacional. En este sentido, a modo de ejemplo, basta recordar que la *Teoría de la argumentación jurídica* se publicó por primera vez en Alemania, en 1981. Mientras que en 1989, esta obra se tradujo al español y al inglés¹⁵. Fue presidente de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Filosofía Social –IVR– entre 1994 y 1998 y, desde el año 2002, es miembro de la Academia de Ciencias de Göttingen.

Ahora bien, a pesar de sus diversas experiencias vitales, ambos juristas abrevan en una fuente teórica común para el desarrollo de cada una de sus posiciones: la razón práctica o ética kantiana. En el caso de la teoría formulada por Goldschmidt, esta influencia se manifiesta de manera especial, en el planteo de la dimensión dialéctica del derecho. En tanto que, en la teoría de Alexy, las ideas de Kant se recep-

¹² Al respecto, recordemos que como conflicto mundial, comenzó el 1 de septiembre de 1939 (si bien algunos historiadores argumentan que en su frente asiático se declaró el 7 de julio de 1937) para acabar oficialmente el 2 de septiembre de 1945; http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda_Guerra_Mundial.

¹³ Como dice Alexy: “Quien estudia a un tiempo ciencia jurídica y filosofía llega pronto por sí mismo a la filosofía del derecho”, en Atienza, Manuel, *Entrevista a Robert Alexy*, “Doxa”, n° 24, Alicante, p. 671 a 687; www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17210; Alexy, Robert, *La naturaleza de la filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 26, Alicante, 2003, p. 5 a 32.

¹⁴ ¿Cuál será el papel de las universidades y de la filosofía universitaria en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial? –se preguntaba Goldschmidt, en *Enseñanza de la verdad y de la justicia*, p. 555–, y al respecto recordaba que Müller decía: “desde los días de Hegel la filosofía nunca fue estimada tanto como ahora, después de la guerra. Todos anhelan filosofía. En los años de post-guerra ningún libro se ha vendido tanto como los de este tema. Los estudiantes de las universidades se atropellan en los cursos de filosofía... Pero también se planteaba: ...¿cuál ha de ser la tendencia de la actual universidad alemana en la que de nuevo tan formidables energías intelectuales se congregan?... formulemos votos de que Alemania organice sus universidades como instituciones nacionales dentro de lo universal, que rechace al nacionalismo universal y que ices la bandera del universalismo nacional”.

¹⁵ Al respecto ver www.uni-kiel.de/alexey.

tan a partir de la aplicación de la doctrina neokantiana, particularmente de Gustav Radbruch y su famosa fórmula según la cual, la injusticia extrema no es derecho. Esta tesis, según veremos en el próximo apartado, ocupa un lugar importante en la pretensión jurídica de corrección¹⁶.

Sin embargo al propio tiempo, es relevante destacar que cada autor, a su vez, se ha visto beneficiado por el auxilio de perspectivas filosóficas específicas que merecen destacarse. Así, la obra goldschmidtiana se vio enriquecida por los aportes de Aristóteles, Santo Tomás, Savigny, Gényn, por las Escuelas Neokantianas y Max Weber, entre otros¹⁷. Al tiempo que la teoría de Alexy ha sido marcada por el aporte del pactismo hobbesiano, la filosofía analítica de Hare y Baier y la teoría crítica de Habermas¹⁸. Enfoque éste mediante el cual, Alexy logra canalizar las posibilidades que ofrece la racionalidad práctica discursiva hacia el derecho¹⁹.

3. Teoría trialista y teoría no positivista: “corsi e ricorsi” del integrativismo jurídico

a) *Carácter complejo y tridimensional del derecho.* La primera tesis compartida por la teoría trialista de Goldschmidt y la teoría no positivista de Alexy es la referida al carácter complejo y tridimensional del derecho. Por ello, no resulta desacertado afirmar que ambas perspectivas constituyen ejemplos claros de teorías jurídicas integrativistas²⁰. En este sentido, observamos que las dos admiten que el mundo jurídico se compone de conducta, norma y justicia, en su estructura básica. Aunque difieren, en la forma de referirse a estos componentes y en las categorías de análisis que emplean para su comprensión.

Así, para el maestro rosarino, el derecho es un fenómeno organizado, en cuyo centro se halla el orden de repartos –conductas–, descrito e integrado por el orde-

¹⁶ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*; Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*; García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

¹⁷ Resulta pues interesante, pues que estos aspectos de la teoría aristotélica fueron resaltados por Alexy en la entrevista que le hiciera Manuel Atienza, al considerar a Aristóteles uno de los tres filósofos más grandes de la historia de la filosofía.

¹⁸ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy*, p. 671.

¹⁹ Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, p. 27.

²⁰ Acerca del integrativismo puede verse, entre otros: Zucchi, Héctor A., *El derecho como objeto tridimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., tr. M. Gascón, Madrid, Trotta, 1999; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, tr. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Peczenik, Alexander, *Derecho y razón*, tr. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 2000; Bayón, Juan C., *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, en www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/positivismo_ferrajoli/23092012/ndppos-minimo_positivismo.pdf; Vega Gómez, Juan, *El positivismo excluyente de Raz*, en <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/110/art/art9.pdf>; Serna, Pedro, *El positivismo incluyente en la encrucijada*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1650/37.pdf>; Ródenas, Ángela, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, “Doxa”, n° 26, Alicante, 2003, p. 417 a 448, en www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm; Atienza, M. - Ruiz Manero, Juan, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, “Doxa”, n° 26, Alicante, 2003, p. 417 a 448, www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm.

namiento normativo, y por encima, advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro²¹. Cada uno de estos elementos dan origen a una dimensión jurídica particular, a las que Goldschmidt denomina: jurística sociológica, normológica y dikelógica, respectivamente²². De igual modo, para el profesor de Kiel el concepto del derecho adecuado “tiene que relacionar tres elementos: la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material”²³. De manera que, respecto de cada uno de ellos, le corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el jurídico y el ético, respectivamente²⁴.

b) *Crítica a las teorías jurídicas no integrativistas*. Una segunda coincidencia importante de las teorías abordadas, se infiere del análisis de las perspectivas jurídicas “no integrativistas” y del panorama que cada una elabora para su clasificación. Goldschmidt denomina a estas teorías como infradimensionalistas; siendo uni o bidimensionales, en función de los componentes que la teoría esté dispuesta a reconocer como constitutivos del derecho²⁵. Existen, por ello, al menos seis posturas infradimensionalistas. El unidimensionalismo sociológico, representados por las Escuelas del Realismo Nórdico (Olivecrona), Danés (Ross) y Norteamericano (Holmes). El unidimensionalismo normológico, de la exégesis, Kelsen y el positivismo jurídico analítico. El unidimensionalismo dikelógico del iusnaturalismo protestante (Nettelbladt). Los bidimensionalismos pueden adquirir diversas formas, según que se combinen una dimensión con otra. Hay un bidimensionalismo dikelógico (iusnaturalista) –normológico– que es el que se mantiene actualmente en muchos círculos en España. Hay un bidimensionalismo dikelógico (iusnaturalista) –sociológico– que tiene por representante a Hauriou. Hay, por último, un bidimensionalismo normológico-sociológico, hostil al aspecto dikelógico, que tiene por defensor a Duguit²⁶.

Para Alexy, las teorías generales del derecho se pueden agrupar en dos tipologías: las posiciones positivistas y las no positivistas. El positivismo entiende que el derecho, o bien es legalidad conforme al ordenamiento; o bien, es legalidad dotada de autoridad y de eficacia social. En cambio, las posturas no positivistas sostienen que el derecho es legalidad conforme al ordenamiento, socialmente eficaz y dotada de justificación moral²⁷. Concretamente escribe: “Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material, obtiene un concepto de derecho puramente iusnaturalista o iusracionalista. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias”²⁸.

²¹ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 18.

²² Ciuro Caldani, *Werner Goldschmidt, diez años después*; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempos*, “Boletín del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 19 y 20.

²³ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., tr. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 21.

²⁴ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 87.

²⁵ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 33 a 36.

²⁶ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 34.

²⁷ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 13 y siguientes.

²⁸ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 21.

El jurista de Kiel, a su vez, clasifica a las teorías positivistas en dos grupos: a) conceptos de derecho primariamente orientados a la eficacia –en clave trialista: infradimensionalismos socio-normológicos–, y b) conceptos de derecho primariamente orientados a la instauración normativa –en clave trialista: infradimensionalismos normo-sociológicos–. Pero además los subdivide, en atención al punto de vista del observador, o al del participante. Ejemplos de teorías jurídicas orientadas a la eficacia desde el punto de vista externo, o del observador, son las teorías sociológicas de Max Weber, o de Theodor Geiger, y el instrumentalismo pragmático de Holmes.

Mientras que, las teorías realistas de Rudolf Bierling o Niklas Luhmann o la teoría de Alf Ross, consideran a la eficacia desde el aspecto interno de una norma o sistema normativo, apelando a la problemática de la motivación. Por último, dentro del positivismo normativista centrada en la perspectiva del participante –o encargado del funcionamiento de la norma–, Alexy incluye a las teorías analíticas del derecho de John Austin, Kelsen y Hart²⁹.

Las teorías no positivas, en cambio, definen al derecho a la luz de las tesis que sostienen su vinculación a la moral. Pero Alexy admite también, que estas posturas se clasifican en atención a cinco distinciones. Al respecto, reconoce la existencia de conceptos de derecho libres y no libres de validez. Conceptos de derecho como sistemas de normas o de procedimientos. Teorías que apelan a la perspectiva del observador o del participante. Hay otras, acordes con los dos tipos de conexiones conceptuales que pueden establecerse entre derecho y moral: teorías clasificantes o cualificantes. En tanto que, por último, cabe inferir otras tantas posturas iusfilosóficas como combinaciones lógicas posibles que se deriven del cuadro anterior³⁰.

Alexy ubica a su teoría entre aquellas posiciones no positivistas, que aceptan la validez del derecho, su carácter normativo y procedimental, el punto de vista del participante y las relaciones conceptuales necesarias entre el derecho y la moral. Al tiempo que Goldschmidt califica su postura, como propia de una teoría de la complejidad pura. Por ello, de lo expuesto se desprende con claridad tanto el carácter no positivista de ambas iusfilosofías; como también su perfil integrador, respecto de las posiciones infradimensionalistas de referencia.

c) *Composición y funcionamiento del derecho.* La tercera similitud relevante que presentan las teorías integrativistas de referencia, consiste en señalar la necesidad de una comprensión estática y dinámica del fenómeno jurídico. Veamos un poco más de cerca estos puntos de conexión, a través del análisis de los componentes de las dimensiones del derecho y de su funcionamiento.

Para la teoría trialista de Goldschmidt, la dimensión sociológica del derecho está constituida, principalmente, por repartos. Es decir, por conductas intersubjetivas adjudicatarias de potencia e impotencia³¹. Alexy, por su parte, alude a este despliegue cuando desarrolla la problemática de la eficacia, en tanto indicador de la validez social del fenómeno jurídico. En este sentido el profesor alemán, señala también que para su comprensión, bastan tres conocimientos: que la validez social es un asunto de grado; que ella es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia. Y, por último, basta con

²⁹ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 24 y siguientes.

³⁰ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 29 y siguientes.

³¹ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49 y siguientes.

saber que la aplicación de sanción en caso de desobediencia, incluye el ejercicio de la coacción estatalmente organizada, en los sistemas jurídicos desarrollados³².

Ahora bien, no obstante esta coincidencia, es interesante observar que la jurídica sociológica goldschmidtiana resulta más abarcativa. Así por ejemplo, el trialismo trata en igualdad de condiciones los repartos autoritarios y los autónomos; e incluye a las distribuciones³³. En cambio, Alexy identifica el problema de la eficacia sólo con los repartos autoritarios. De igual modo, mientras el jurista rosarino sostiene que en el derecho cabe el orden y el desorden de repartos; el maestro de Kiel se refiere únicamente al primero³⁴.

La dimensión normológica –o el campo de la validez jurídica– por su parte, incluye el estudio de las normas aisladas y del sistema en su conjunto. En el pensamiento de Goldschmidt, la norma es comprendida como la captación lógica y neutral de un reparto proyectado³⁵. De manera que, desde este enfoque, es posible diferenciar a las normas –proposiciones descriptivas construidas por los operadores jurídicos–; de los preceptos legales –proposiciones normativas provenientes del legislador–³⁶.

La teoría de Alexy, en sentido semejante al trialismo, distingue entre norma y enunciado normativo, siendo la primera el significado del segundo. Con ello, bien puede entenderse que los enunciados normativos vienen a cumplir la función de los preceptos legales antes mencionados³⁷. A su vez, según Alexy, las normas pueden adquirir o bien la forma de reglas; o bien, la de principios. Serán reglas, las normas que sólo pueden ser cumplidas o no. De manera que, si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible³⁸. En cambio, las normas son principios cuando ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado³⁹.

Para Goldschmidt, esta distinción entre reglas y principios adquiere importancia cuando desarrolla la problemática del funcionamiento de las normas. Allí, el profesor rosarino reconoce que en todo sistema, es posible identificar normas incompletas, imprecisas, indicativas de esbozos de repartos y de simples criterios de repartos.

³² Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 88.

³³ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 58 a 70.

³⁴ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 83 a 114.

³⁵ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 194 a 214.

³⁶ Los preceptos son proposiciones jurídicas –formales o materiales– a partir de las cuales las normas se estructuran y constituyen. Al respecto ver: Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 206.

³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 49 a 55.

³⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

³⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86. Y también: Aarnio, Aulis, *Las reglas en serio*, en Garzón Valdés, Ernesto y Malem, Jorge (dirs.), "La normatividad del derecho", Barcelona, Gedisa, 1997, p. 17 a 36; Klami, Hannu Tapan, *Res ad ethicam venit. Algunos comentarios acerca de reglas, principios y hechos*, en "La normatividad del derecho", p. 37 a 50; Tolonen, Hannu, *Reglas, principios y fines. La interrelación entre derecho y política*, en "La normatividad del derecho", p. 65 a 85.

Las dos primeras constituyen ejemplos de reglas, aunque indeterminadas. Pero, las últimas ilustran casos de principios. Las normas incompletas e imprecisas requieren de su determinación a través de las tareas de precisión y reglamentación. Los principios, en cambio, exigen desarrollo normativo posterior para su aplicación⁴⁰.

Como se advierte, las teorías analizadas coinciden parcialmente en la conceptualización de las dos especies de normas referidas. Así, mientras Alexy acepta una distinción cualitativa –o fuerte–, entre reglas y principios; Goldschmidt parece admitir una diferenciación de grado en esta materia. En la actualidad, esta discusión se continúa al hilo del planteo de tres posiciones principales: la tesis fuerte de la separación, la tesis de la conformidad –o negadora de la distinción– y la tesis débil.

Entre los primeros cabe mencionar a: Dworkin⁴¹, Alexy, Atienza y Ruiz Manero. Exponentes de la segunda tesis son: Hernández Marín y Pérez Luño. En tanto, entre los últimos se destaca el propio Goldschmidt, junto a Hart, Prieto Sanchís, Bobbio, Comanducci, Gianformaggio, Guastini y Moreso.

Por último, la teoría trialista considera que el sistema jurídico se configura en atención al conjunto de normas que captan de manera lógica, neutral y coherente, todo el orden de repartos, efectivamente en marcha⁴². El maestro de Kiel, en concordancia con lo anterior, también admite que “la condición de la validez jurídica de un sistema... es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente”⁴³. Con lo cual, una vez más se pone de resalto el paralelismo existente entre la teoría trialista y la no positivista alexiana, en el esfuerzo de hacer posible la conexión entre normas y realidad social.

La dimensión valorativa es la que completa el cuadro constitutivo del mundo del derecho, para las dos posturas integrativistas estudiadas. Goldschmidt, como se sabe, reconoce a la justicia como valor principal del fenómeno jurídico. Pero también otorga gran relevancia al humanismo, en tanto criterio orientador para la construcción del Estado de derecho, o régimen de justicia. Curiosamente, Alexy llega a la misma conclusión, aunque partiendo de una posición axiológica constructivista⁴⁴. En efecto, de la mano de la tesis de la vinculación del derecho a la moral, de la pretensión de corrección y del argumento de la injusticia extrema, viene a considerar –junto con Habermas⁴⁵– la necesidad de legitimación moral, o validez ética del derecho⁴⁶.

En relación al contenido jurídico de la justicia y del régimen humanista, Goldschmidt y Alexy coinciden en afirmar el papel protagónico de la libertad y la igualdad en su configuración. El respeto de la libertad asegura la consideración del individuo como sujeto único, irrepetible, distinto; en suma, su realización como persona. Mientras que la consagración de la igualdad, garantiza su pertenencia a la

⁴⁰ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 280 a 286.

⁴¹ Barbero, Dariel O., *El derecho de igualdad y la doctrina del precedente judicial. Bases ius-fundamentales del derecho privado actual*, tesina de Maestría en Derecho Privado, inédita, defendida en Rosario, el 24 de noviembre de 2006. Y también, García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, p. 131 y siguientes.

⁴² Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 323.

⁴³ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 90.

⁴⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 149 a 151.

⁴⁵ Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?*, tr. M. Jiménez Redondo, “Doxa”, n° 5, Alicante, 1988, p. 21 a 45.

⁴⁶ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 92 y ss., p. 41 y siguientes.

comunidad y la distribución proporcionada de premios y castigos en su seno⁴⁷. La libertad, la igualdad, junto con la dignidad de la persona son, para ambos, conceptos básicos de la filosofía práctica y representan los principios más importantes del derecho racional moderno. Tanto es así que, su precisión y su ponderación conducen a los problemas de la justicia⁴⁸.

La cercanía entre ambas teorías se corona con las propuestas que realizan en torno a los medios para la construcción del régimen de justicia, o Estado de derecho humanista. Así, mientras el maestro rosarino señala la necesidad de acudir a los derechos fundamentales como herramientas para el fortalecimiento del individuo contra el régimen y los otros individuos; Alexy los incluye como criterios básicos del principio de corrección. Pero este esquema no resultaría operativo, si a ello no se le sumara un último ingrediente de demarcación, que protege “puertas adentro” el coto de derechos humanos positivados. Este no es otro que la tesis reformulada de Radbruch de la injusticia extrema, considerada desde el punto de vista del participante del mundo jurídico. Concretamente escribe Alexy: “el umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física”⁴⁹. Así, la pretensión de corrección, funciona para Alexy, como factor decisivo y característico de toda sociedad democrática y de todo Estado social y constitucional de derecho⁵⁰.

Mención especial requiere el tratamiento de la dinámica jurídica, ya que alude, a nuestro juicio, al tratamiento del funcionamiento del derecho en su conjunto⁵¹. En este sentido, el trialismo actual reconoce la necesidad de profundizar en el análisis de las tareas de reconocimiento, interpretación, aplicación y argumentación respecto de las normas, siempre necesarias para el progreso del fenómeno jurídico. Así como también considera apropiado el estudio y la comprensión cabal de las funciones de determinación y elaboración de normas, en caso de resultar alguna de ellas requeridas para el caso⁵².

En la obra alexiana, la dinámica se pone de manifiesto al abordar el problema de la construcción del derecho, como modelo completo. Es decir, como modelo integrado de “reglas/principios/procedimiento”. En efecto, según nuestro autor, las reglas y los principios que conforman el costado pasivo del fenómeno jurídico, no regulan por sí mismos su aplicación. Por ende, debe adosársele un conjunto de procedimientos que constituyan el costado activo del derecho. Esta última dimensión no es otra

⁴⁷ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 438 y 445.

⁴⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525 y 526.

⁴⁹ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 54.

⁵⁰ Alexy, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, en “Derechos y Libertades”, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, año V, ene./jun., 2000, n° 8, p. 21 a 41; *La institucionalización de la justicia*, tr. J. A. Seoane, E. R. Soderó y P. Rodríguez, Granada, Comares, 2005; Peczenik, *Derecho y razón*, p. 11 a 52 y 123 a 144; Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 93 y 88; Cofré Lagos, Juan O., *Recensión*, “Revista de Derecho”, vol. XVIII, n° 2, Valdivia, dic. 2005, p. 247 a 250, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200013&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

⁵¹ En este sentido cabe recordar que, para Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 280; el funcionamiento de las normas es siempre “tridimensional”.

⁵² Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 250 a 302; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 18 a 25 y 88.

cosa que su teoría de la argumentación jurídica, entendida como caso especial de la racionalidad práctica general⁵³. Según Alexy, ella requiere el cumplimiento de cuatro postulados básicos, de los cuales se derivan las 28 reglas procedimentales de la argumentación: 1) un grado sumo de claridad lingüística conceptual; 2) un grado sumo de información empírica; 3) un grado sumo de universalidad, y 4) un grado sumo de desprejuiciamiento⁵⁴.

4. Conclusión

En este trabajo tratamos de mostrar los puntos de contacto entre la teoría trialista del mundo jurídico de Goldschmidt y la teoría no positivista de Alexy. Así, de la exposición reseñada en los párrafos precedentes se desprende que las coincidencias son muchas y ricas para el análisis. En efecto, desde el marco del integrativismo jurídico, la teoría formulada por Alexy puede perfectamente considerarse, a los fines de potenciar el desarrollo de las categorías jurídicas creadas por el trialismo. Más aún, tal integración es deseable, toda vez que ambas producciones ven al derecho como el instrumento de realización de la libertad de la persona, en salvaguarda de su dignidad.

Goldschmidt y Alexy no se conocieron, no compartieron generación, ni el contexto cultural, aún cuando se hallaban unidos por un mismo origen. Sin embargo, no es osado decir que el maestro rosarino suscribiría una por una, las palabras de Alexy cuando dice: “el derecho consiste en tres elementos: 1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento; 2) la eficacia social, y 3) la corrección en cuanto al contenido”. El primer elemento representa la institucionalidad del derecho; el segundo, su facticidad y el tercero, su moralidad. La gracia de este concepto trialista de derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección⁵⁵.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

⁵³ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., tr. W. Orozco, México, Fontamara, 1998, p. 17 y 18; *El concepto y la validez del derecho*, p. 172 a 174; Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 203 y 204; *Derecho y argumentación*, Cartagena, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 31 a 37; Gascón Abellán, Marina - García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra, 2003, p. 340 a 346.

⁵⁴ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 175 y 176; *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 205 y siguientes.

⁵⁵ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy*, p. 34.