

ROBERT ALEXY

EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO

Traducción y estudio introductorio de
Carlos Bernal Pulido

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO INTRODUCTORIO: EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO SEGÚN ROBERT ALEXY, por Carlos Bernal Pulido	9
1. UNA NOTA BIOGRÁFICA DE ROBERT ALEXY	10
2. LAS PRINCIPALES TESIS DE ROBERT ALEXY SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO	12
2.1. Tesis relativas a la filosofía del derecho.....	14
2.2. Tesis relativas a la metateoría del derecho	17
2.3. Tesis relativas al concepto y la naturaleza del derecho	19
3. UNA MIRADA CRÍTICA DE LAS TESIS DE ROBERT ALEXY ..	22
4. ADENDA BIBLIOGRÁFICA SOBRE LA TEORÍA DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY.....	29
4.1. Escritos de Robert Alexy.....	29
4.2. Literatura secundaria sobre la teoría del derecho de Robert Alexy	31
4.3. Bibliografía del Estudio Introductorio	33
I. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	35
1. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA.....	35
2. PRECOMPRESIÓN Y ARGUMENTOS.....	38
3. TRES PROBLEMAS.....	39
4. CUATRO TESIS.....	41
5. ENTIDADES Y CONCEPTOS	42
6. PROPIEDADES NECESARIAS.....	44
7. DERECHO Y MORAL.....	47
BIBLIOGRAFÍA	49

	<u>Pág.</u>
II. LA NATURALEZA DE LOS ARGUMENTOS SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO.....	51
1. TRES DIMENSIONES Y DOS NIVELES DE REFLEXIVIDAD...	51
2. LOS TRES PRINCIPALES PROBLEMAS CONCERNIENTES A LA NATURALEZA DEL DERECHO.....	53
3. LA NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO	54
4. DERECHO Y COERCIÓN.....	56
5. DERECHO Y MORAL.....	61
5.1. El argumento de la corrección.....	62
5.2. El argumento de injusticia extrema.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71
III. EN TORNO AL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO.....	73
SÍNTESIS	73
1. EL SIGNIFICADO PRÁCTICO Y TEÓRICO DEL DEBATE.....	74
1.1. Injusticia legislativa y la fórmula de Radbruch.....	74
1.2. La textura abierta del derecho y la autocomprensión de los juristas	76
1.3. El concepto de derecho como un concepto de tipo no-natural...	77
2. POSITIVISMO Y NO-POSITIVISMO	78
2.1. La tesis de la separación y la tesis de la conexión	78
2.2. El positivismo excluyente e incluyente.....	79
2.3. El no-positivismo excluyente, incluyente y súper-incluyente....	81
3. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	86
3.1. La naturaleza	86
3.2. El concepto.....	87
4. LA NATURALEZA DUAL DEL DERECHO.....	89
4.1. Coerción.....	89
4.2. La corrección.....	92
5. LO QUE EL DERECHO ES Y LO QUE EL DERECHO DEBE SER ...	94
BIBLIOGRAFÍA	97

ESTUDIO INTRODUCTORIO

EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO SEGÚN ROBERT ALEXY

Carlos BERNAL PULIDO¹

La explicación de la naturaleza del derecho y la consecuente configuración de su concepto ha sido desde la antigüedad un problema central de la filosofía del derecho. Al responder a este problema, la filosofía del derecho se ocupa, en su ámbito de estudio, del interrogante fundamental de la ontología, es decir, de qué es aquello que existe y cuáles son sus propiedades. El volumen que el lector tiene en sus manos contiene la traducción al castellano de tres ensayos de Robert ALEXY que representan su pensamiento más reciente sobre la respuesta apropiada para esta pregunta ontológica fundamental en el ámbito de lo jurídico, es decir, la pregunta: ¿Qué es el derecho? En estos ensayos, ALEXY clarifica y desarrolla con mayor detalle las tesis más emblemáticas de su teoría del derecho, algunas de las cuales ya habían sido plasmadas en su conocida obra: *El concepto y la validez del derecho* (ALEXY, 1994)². Asimismo, ALEXY sitúa su teoría en el marco

¹ Profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Dirección de correo electrónico: carlos.bernal@uexternado.edu.co.

² Además de los escritos que aparecen en este volumen, también debe mencionarse el texto «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho” de Joseph Raz» (cfr. ALEXY, 2005), como otro de los trabajos recientes en los cuales ALEXY desarrolla sus ideas acerca del concepto y la naturaleza del derecho.

de la discusión actual sobre el concepto de derecho. De esta manera, dialoga con las conocidas tesis del positivismo excluyente e incluyente, resalta las diferencias existentes entre estas concepciones y su visión del no-positivismo e intenta demostrar por qué esta última visión del derecho ofrece mayores posibilidades de corrección teórica y práctica. Junto a ello, ALEXY también ofrece una caracterización de la filosofía del derecho y explica cuáles son las propiedades que mejor la definen como rama de la filosofía que reflexiona sobre el fenómeno jurídico. Finalmente, lleva a cabo un escrutinio acerca de la naturaleza de los más prominentes argumentos que se utilizan en la filosofía del derecho. En este sentido, desarrolla las bases no sólo de una teoría del derecho sino también de una metateoría del derecho, es decir, de una teoría acerca de la teoría del derecho.

Este estudio introductorio tiene cuatro objetivos que se desarrollarán, respectivamente, en las cuatro secciones que lo componen. En la primera sección se hará una muy breve reseña biográfica de Robert ALEXY, que ayudará al lector a disponer de una comprensión mayor del contexto de la obra de este filósofo del derecho. En la segunda sección, en un intento de síntesis, se presentarán brevemente las principales tesis de Robert ALEXY que aparecen en los escritos que integran este volumen. La tercera sección intenta observar de manera crítica las más prominentes de estas tesis. Por último, la cuarta sección ofrece una selecta lista bibliográfica de los mejores escritos en los que Robert ALEXY desarrolla su teoría del derecho y de algunos de los mejores textos que se han publicado acerca de la obra de este autor en las lenguas en que el pensamiento de este autor ha sido más influyente, es decir, alemán, inglés, castellano e italiano. Esta lista bibliográfica pretende ofrecerse como una ayuda para aquellos lectores que quieran extender sus horizontes de conocimiento en relación con la teoría del derecho de Robert ALEXY.

1. UNA NOTA BIOGRÁFICA DE ROBERT ALEXY

Robert ALEXY nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg (Alemania). Después de culminar la educación secundaria, sirvió durante tres años en el Ejército Federal Alemán, en el que durante el último año alcanzó el rango de teniente. En el verano de 1968 co-

menzó los estudios de derecho y filosofía en la Universidad Georg-August de Göttingen. En el ámbito de la filosofía, estudió sobre todo con Günther PATZIG.

Después de superar el primer examen del Estado para culminar la licenciatura de derecho en 1973, trabajó hasta 1976 en su disertación *Teoría de la argumentación jurídica*. Durante aquel tiempo, así como antes del mencionado primer examen, su actividad de investigación recibió financiación de la fundación Studienstiftung des deutschen Volkes. En 1982 recibió el premio de la Academia de la Ciencia de Göttingen, en la categoría de filología e historia, por la investigación conducente a la *Teoría de la argumentación jurídica*, que fuera publicada por primera vez en el año 1978. En 1976 inició su práctica jurídica que culminó en 1978, después de superar el segundo examen del Estado. Desde aquel entonces y hasta 1984 se desempeñó como profesor asistente de Ralf DREIER en el departamento de Teoría General del Derecho en Göttingen. En 1984 culminó su habilitación en derecho público y filosofía del derecho en la facultad de derecho de la Universidad de Göttingen con su obra *Teoría de los derechos fundamentales*.

A partir de ese momento, Robert ALEXANDER ha sido profesor, primero de la Universidad de Regensburg, y luego de Kiel. Después de rechazar una propuesta de la Universidad de Regensburg, en 1986 aceptó la propuesta de la Universidad Christian-Albrecht de Kiel. Desde ese entonces, es catedrático de filosofía del derecho y derecho público de dicha universidad. En marzo de 1991 rechazó la propuesta de la Universidad Karl-Franzens de Graz (para ser el sucesor de Ota WEINBERGER). Entre 1994 y 1998 fue presidente de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR). En 1992 publicó la versión alemana de su libro *El concepto y la validez del derecho*, que representa la obra comprensiva de su teoría del derecho, aquella en la cual plasmó por primera vez algunas de las tesis que se desarrollan en los ensayos contenidos en este volumen. En 1997 recibió la oferta de la Universidad Georg-August de Göttingen para ser el sucesor de Ralf DREIER. En febrero de 1998 rechazó esta oferta. Desde el año 2002 es miembro de número de la Academia de la Ciencia de Göttingen, en la categoría de filología e historia.

2. LAS PRINCIPALES TESIS DE ROBERT ALEXY SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO

En los tres ensayos que componen este volumen, Robert ALEXY reitera algunas de las ideas capitales que integran su teoría del derecho, las defiende en contra de las objeciones más sobresalientes y las desarrolla en ciertos aspectos que sólo habían sido mencionados en *El concepto y la validez del derecho*. Asimismo, expone por primera vez algunas de sus reflexiones sobre el objeto y el método de la filosofía del derecho.

Es posible entender los dos primeros escritos contenidos en este volumen, es decir, «La naturaleza de la filosofía del derecho» y «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho», como contribuciones relativas a la definición del objeto y el método de la filosofía del derecho. La filosofía del derecho es una disciplina filosófica similar a la metaética, pero con un objeto distinto. Su objeto de estudio no es la moral, sino el derecho. En este mismo sentido, la diferencia entre la dogmática jurídica y la filosofía del derecho parece ser análoga a la diferencia que existe entre la teoría moral normativa y la metaética. La teoría moral normativa se ocupa de problemas morales clásicos como aquellos a los que se refieren las preguntas: ¿Qué es lo debido desde el punto de vista moral? ¿Qué tipo de acciones son correctas o incorrectas? ¿Qué clase de persona debemos ser? ¿Cuáles son las virtudes morales? ¿Qué es aquello que exige la justicia? o, a grandes rasgos, ¿qué tiene un valor moral? o ¿cómo debemos vivir nuestra vida? Como sostiene COPP (2006: 4), responder alguna de estas preguntas implica llevar a cabo afirmaciones de tipo moral, o, en otros términos, afirmaciones acerca de lo que es válido desde el punto de vista moral.

A diferencia de ello, la metaética se ocupa de preguntas relativas a las afirmaciones de tipo moral que se hacen en el ámbito de la teoría moral normativa. La metaética se pregunta, por ejemplo, si existen verdades morales o si lo que existe sólo es una amalgama de sentimientos y actitudes humanas acerca de los problemas morales, pero no existe ninguna propiedad que pueda indicar si dichos sentimientos o dichas actitudes son correctas o incorrectas. La metaética se ocupa del problema de si existen propiedades morales que permi-

tan decidir acerca de la corrección o falta de corrección de las afirmaciones que se hacen en el ámbito de la teoría moral normativa y de si es posible el conocimiento moral o, en otros términos, de si es posible justificar las afirmaciones de contenido moral. De esta forma, mientras que la teoría moral normativa implica emitir juicios de primer orden, la metaética implica emitir juicios de segundo orden, es decir, juicios acerca de los juicios de primer orden.

Una relación análoga es la que existe entre la dogmática jurídica y la filosofía del derecho. La dogmática jurídica —en sus diferentes áreas: derecho constitucional, civil, penal, mercantil, etc.— se ocupa, esencialmente, del interrogante relativo a qué es lo válido desde el punto de vista jurídico y de preguntas relativas a ello, tales como cuál es la solución que el derecho otorga a cada caso concreto, o cuáles son las acciones jurídicamente permitidas, prohibidas u ordenadas. Por su parte, la filosofía del derecho se ocupa de preguntas cuya respuesta es a veces necesaria para responder los interrogantes que se proponen en el ámbito de la dogmática jurídica. La filosofía del derecho se pregunta, por ejemplo: ¿En qué tipo de entidades consiste el derecho? ¿Qué es aquello que las conecta para hacerlas formar el todo llamado derecho? ¿Cuáles son las propiedades que caracterizan a cada una de estas entidades y al todo que denominamos derecho? Las respuestas a estas preguntas se expresan mediante juicios de segundo orden, es decir, juicios acerca de los juicios que se expresan en la dogmática jurídica. A manera de ejemplo, puede decirse que, para responder, mediante un juicio de primer orden, la pregunta acerca de qué es lo que el derecho ordena para cierto caso concreto, es necesario responder, mediante un juicio de segundo orden, el interrogante relativo a si ciertas entidades que regulan dicho caso concreto pertenecen o no al derecho y, por tanto, deben considerarse como las que expresan el deber ser jurídico atinente a dicho caso.

Ahora bien, es posible incluso pensar en un tercer nivel de reflexión, en el que, dicho sea de paso, en ocasiones se sitúan las reflexiones de ALEXY. Se trata del ámbito de la metateoría del derecho. Las reflexiones en el ámbito de la metateoría del derecho se expresan por medio de juicios de tercer orden, es decir, juicios acerca de los juicios que se emiten en el ámbito de la filosofía del derecho. De este

modo, la metateoría del derecho se ocupa de preguntas tales como: ¿Qué tipo de problemas son aquellos que debe afrontar la filosofía del derecho? ¿Qué tipo de argumentos se utilizan para definir en qué tipo de entidades consiste el derecho y qué es aquello que las vincula para formar el todo llamado derecho? o ¿cómo es posible evaluar la corrección de las conclusiones que derivan de estos argumentos y de las justificaciones que estos argumentos representan? Si la filosofía del derecho es una reflexión acerca de la naturaleza del derecho, la metateoría del derecho es una reflexión acerca de la reflexión acerca de la naturaleza del derecho.

Con base en este marco conceptual es posible entender cuáles son las principales ideas que Robert ALEXY expone en estos escritos acerca de la filosofía del derecho, de la metateoría del derecho y del concepto y la naturaleza del derecho. En un intento de síntesis, las enunciaré aquí de forma breve y puntual en forma de tesis.

2.1. Tesis relativas a la filosofía del derecho

Las principales tesis que ALEXY defiende en relación con la filosofía del derecho son las siguientes:

i) La filosofía del derecho es una rama de la filosofía

De acuerdo con ALEXY, la filosofía del derecho es una rama de la filosofía. ALEXY sostiene que la filosofía es la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas. Esta definición no agota pero sí enuncia las principales ramas de la filosofía, es decir, la metafísica u ontología, la ética y la epistemología. Según ALEXY, la filosofía del derecho se plantea estas mismas preguntas pero en relación con su objeto específico, es decir, el derecho. Plantearse estas preguntas en relación con el derecho es lo que define a la filosofía del derecho como razonamiento sobre la naturaleza del derecho.

ii) *El método de la filosofía del derecho es el análisis sistemático de los argumentos acerca de la naturaleza del derecho*

ALEXY sostiene que a fin de responder las preguntas acerca de lo que existe jurídicamente, lo que debe hacerse jurídicamente y cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas, la filosofía del derecho parte de un estudio de las diferentes precomprensiones del derecho y de sus relaciones con las propiedades del fenómeno jurídico. Esto lo lleva a cabo mediante un análisis sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho. Tales argumentos se refieren a tres problemas. El primero es: ¿En qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos «derecho»? El segundo es: ¿Cómo deben entenderse las propiedades que caracterizan la dimensión real o fáctica del derecho, en particular, la expedición autoritativa y la eficacia social? El tercero es: ¿Cómo deben entenderse las propiedades que caracterizan la dimensión ideal o crítica del derecho, en particular, la corrección o legitimidad del derecho y la relación entre el derecho y la moral?

En relación con estos problemas, ALEXY defiende cuatro tesis: la tesis de la naturaleza general, la tesis del carácter específico, la tesis de la relación especial y la tesis del ideal comprensivo.

iii) *Tesis de la naturaleza general*

La tesis de la naturaleza general señala que todos los problemas de la filosofía del derecho pueden presentarse en la filosofía del derecho.

iv) *Tesis del carácter específico*

La tesis del carácter específico sostiene que existen problemas específicos de la filosofía del derecho. Éstos se deben al carácter específico del derecho, que, para ALEXY, está determinado por la doble naturaleza del derecho, es decir, que el derecho tiene dos di-

mensiones, una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica.

v) *Tesis de la relación especial*

La tesis de la relación especial señala que existe una relación especial entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica, especialmente la moral y la filosofía política.

No es difícil descubrir que el fundamento de esta tesis estriba en la bien conocida tesis del caso especial que ALEXY defendiera en la *Teoría de la argumentación jurídica* (ALEXY, 2007a: 311). La tesis del caso especial señala que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Si esto es así, resulta lógico que la disciplina que estudia el discurso jurídico, es decir, la filosofía del derecho, esté también en una relación especial con la filosofía práctica, es decir, con la disciplina que estudia el discurso práctico general.

vi) *La tesis del ideal comprensivo*

La tesis del ideal comprensivo sostiene que la filosofía del derecho puede tener éxito únicamente si se aceptan las tres tesis relativas de la naturaleza general, el carácter especial y la relación especial. ALEXY explica que lo contrario al ideal comprensivo es un máximo restrictivo, cuya versión radical aconsejaría que la filosofía del derecho no se implicara en problemas genuinamente filosóficos, delegara a la filosofía práctica la solución de todos los problemas normativos y se concentrara exclusivamente en el estudio de la dimensión real o fáctica del derecho, que se expresa en su carácter institucional o autoritativo.

ALEXY, por el contrario, aduce que la filosofía del derecho debe plantearse preguntas genuinamente filosóficas en relación con el derecho, así como preguntas normativas, y que, junto al esclarecimiento de la dimensión real o fáctica del derecho, debe explicar también la dimensión ideal o crítica del mismo, que se refiere a la corrección o a la legitimidad del derecho.

- vii) *La filosofía del derecho tiene tres dimensiones: una dimensión filosófica, una dimensión técnica y una dimensión crítica*

La filosofía del derecho tiene tres dimensiones: una dimensión filosófica, una dimensión técnica y una dimensión crítica. La dimensión filosófica se refiere a la reflexividad cognitiva que es propia de la filosofía del derecho; la dimensión técnica tiene que ver con la clarificación de los conceptos jurídicos, la arquitectura del sistema jurídico y la estructura de la argumentación jurídica; finalmente, la dimensión crítica se relaciona con el perfeccionamiento del derecho positivo mediante la crítica filosófica.

2.2. Tesis relativas a la metateoría del derecho

- i) *La naturaleza genuinamente filosófica de algunos de los argumentos acerca de la naturaleza del derecho*

Algunos de los argumentos que se utilizan en el debate acerca de la naturaleza del derecho tienen una naturaleza genuinamente filosófica. Este tipo de argumentos tiene que ver con el interrogante de si es posible reducir el derecho a fenómenos pertenecientes al reino físico o pertenecientes al reino psíquico, o si, por el contrario, tal como sugiere Hans Kelsen, las normas jurídicas, en cuanto proposiciones (prescriptivas) son entidades que no pertenecen a ninguno de estos reinos sino a un tercer reino en el sentido de Gottlob Frege.

Como es sabido, Frege sostiene que los sentidos de las palabras tienen una existencia objetiva. Son, de este modo, como los objetos físicos, como los árboles y los animales. Su existencia no depende de la mente humana. Ellos existen en un tercer reino que compone el mundo, junto a los reinos de lo mental y de lo físico. Los sentidos de las palabras obviamente no son entidades físicas, pero tampoco dependen de la mente de las personas. Por ejemplo, la proposición expresada por una oración (tal como «el cielo está nublado») tiene un valor de verdad, y por tanto, es verdadera o falsa, con prescindencia de lo que alguien piense de ella. Pues bien, lo que Alexy sostiene es que para

determinar si el derecho puede reducirse a fenómenos físicos o mentales, o es una entidad irreducible, perteneciente a este tercer reino, es necesario afrontar el problema genuinamente filosófico de si en realidad existe un tercer reino como aquel del que habla FREGE.

ii) *La naturaleza conceptual de algunos de los argumentos acerca de la naturaleza del derecho*

De acuerdo con ALEXY, otros argumentos relativos a la naturaleza del derecho tienen un carácter conceptual. En lo concerniente a estos argumentos, ALEXY está de acuerdo con AUSTIN (cfr. AUSTIN, 1970: 185), cuando éste sostiene que los argumentos conceptuales no pueden constituir la última sino la primera palabra de un análisis acerca de la naturaleza de una cosa. Como ejemplo de un argumento conceptual, ALEXY invoca el argumento a favor de considerar a la coerción como una propiedad esencial del derecho. Según este argumento, el concepto de derecho, tal como se usa en el presente, exige por lo menos que algunas normas del sistema jurídico sean exigibles coactivamente y que la coerción, por lo menos algunas veces y para algunas personas, pueda ser una motivación para obedecer el derecho.

Otro argumento conceptual que ALEXY invoca en su teoría del derecho es el argumento de la corrección. El argumento de la corrección se desarrolla en dos pasos. En un primer paso, se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección. El segundo paso consiste en explicar que esta pretensión implica una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Este argumento es conceptual, en el entendido de que el término «conceptual» se entiende en un sentido amplio que «contiene la estructura necesaria de los actos de habla». De acuerdo con ALEXY, uno de los presupuestos necesarios de los actos de habla mediante los cuales se desenvuelve la práctica jurídica es que dichos actos pretenden ser correctos y pretenden ser aceptados como correctos por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general. Ésta es la llamada pretensión de corrección. Ahora bien, ALEXY sostiene que esta pretensión implica una conexión necesaria entre derecho y moral porque, cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concre-

tos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya. Sin embargo, esta misma pretensión otorga prioridad a las razones de justicia —que son razones morales— sobre todas las otras razones que no están basadas en el derecho positivo —como, por ejemplo, razones de utilidad— para resolver tales casos concretos. La conclusión de ALEXY es perentoria: «Esto ya es suficiente para establecer que la pretensión de corrección necesariamente se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo», o, expresado en términos más concretos: «La pretensión de corrección no sólo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible».

iii) *La naturaleza práctica o normativa de algunos de los argumentos acerca de la naturaleza del derecho*

Según ALEXY, otros argumentos acerca de la naturaleza del derecho tienen un carácter práctico o normativo. Los argumentos prácticos o normativos son relevantes, por ejemplo, cuando se aduce que el derecho como tal o algunas propiedades del mismo son necesarias para llevar a cabo ciertas funciones o para satisfacer las exigencias de ciertos valores. Un argumento de esta naturaleza es aquel que señala que la coerción es una propiedad esencial del derecho porque es necesaria para que el derecho pueda cumplir con los valores de la certeza y la eficiencia que le son inherentes. Otro argumento práctico o normativo que ALEXY utiliza en su teoría del derecho es el argumento de la injusticia extrema.

2.3. Tesis relativas al concepto y la naturaleza del derecho

i) *Tesis de la naturaleza dual*

Esta tesis expresa que el derecho necesariamente implica dos dimensiones: una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica.

ii) *La tesis de la naturaleza dual es incompatible con el positivismo —excluyente e incluyente— y con algunas versiones radicales del no-positivismo*

ALEXY sostiene que la tesis de la naturaleza dual es incompatible tanto con el positivismo jurídico excluyente como con el positivismo jurídico incluyente. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demérito moral (no-positivismo jurídico excluyente) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico incluyente).

De acuerdo con ALEXY, el positivismo jurídico excluyente, según el cual está excluida toda posibilidad de incorporar argumentos morales al derecho, porque los argumentos morales son razones no-autoritativas y el derecho sólo comprende razones autoritativas, soslaya la existencia de una dimensión ideal o crítica en el derecho y, por ello, es incompatible con la tesis de la naturaleza dual del derecho. También el positivismo jurídico incluyente resulta incompatible con esta tesis. Según el positivismo jurídico incluyente, la incorporación de tales argumentos no es necesaria sino sólo posible. El positivismo jurídico incluyente resulta incompatible con la tesis de la naturaleza dual, porque implicaría que no sería necesario sino solamente posible que el derecho tuviese una dimensión ideal o crítica vinculada con la corrección.

Por su parte, de acuerdo con el no-positivismo, los argumentos morales que son indispensables para dar una respuesta bien fundada a interrogantes jurídicos se incorporan necesariamente al derecho. En principio el no-positivismo resulta compatible con la tesis de la naturaleza dual. Sin embargo, no son compatibles con esta tesis algunas variantes del no-positivismo que soslayan la existencia de la dimensión fáctica o real del derecho. Esto ocurre con la visión defendida por el no-positivismo excluyente. El no-positivismo excluyente sostiene que los defectos morales siempre tienen como efecto la pérdida de validez jurídica. Esta versión del no-positivismo es incompatible con la tesis de la naturaleza dual porque somete por

completo la dimensión fáctica o real del derecho a la dimensión ideal o crítica, de tal manera que permite que ésta desplace por completo a aquélla. Por su parte, el no-positivismo súper-incluyente, que ALEXY ejemplifica al aludir a la teoría del derecho de KANT, sostiene que a pesar de existir una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, los defectos morales nunca repercuten en una pérdida de validez jurídica. A diferencia del no-positivismo excluyente, esta versión del no-positivismo expresa un sesgo injustificado a favor de la dimensión fáctica o real del derecho y en contra de la dimensión crítica o ideal.

ALEXY sostiene que su concepción del no-positivismo incluyente, que acepta la fórmula de RADBRUCH, de acuerdo con la cual sólo cuando el derecho es extremadamente injusto pierde su validez, sí resulta compatible con la tesis de la naturaleza dual del derecho.

iii) *La coerción y la corrección como propiedades esenciales del derecho*

ALEXY sostiene que la pregunta filosófica acerca de cuál es la naturaleza de una cosa indaga acerca de las propiedades esenciales de esta cosa. Desde su punto de vista, si se quiere responder a esta pregunta en lo que se refiere al derecho, es decir, cuáles son las propiedades esenciales del derecho, debe explorarse cuáles son las propiedades que integran las dimensiones real o fáctica, por una parte, e ideal o crítica, por otra, del derecho. Estas propiedades son inherentes a la naturaleza del derecho dondequiera que éste exista. Por esta razón, también repercuten en el concepto del derecho.

Según ALEXY, en la dimensión real o fáctica se hallan tres elementos centrales. El primero es la relación entre el derecho y la coerción o la fuerza; el segundo, la relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas; y el tercero, la relación entre el derecho y el asentimiento o aceptación real acerca del mismo. De estos elementos, en los escritos contenidos en este volumen, ALEXY sólo hace un escrutinio de la coerción como propiedad esencial del derecho. Junto a ello, ALEXY

sostiene que la propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica es la corrección. Esta propiedad tiene que ver con la relación entre el derecho y la moral.

iv) *La coerción como propiedad esencial del derecho*

Según ALEXY, varios argumentos justifican que se catalogue a la coerción como una propiedad esencial del derecho. Uno de tales es el argumento conceptual que ya se ha mencionado. Sin embargo, el argumento de mayor peso es el argumento práctico normativo que sostiene que la coerción es un medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir las funciones que le imponen dos valores con los cuales el derecho tiene una conexión necesaria, a saber, los valores de la certeza y la eficacia jurídica.

v) *La corrección como propiedad esencial del derecho*

Desde el punto de vista de ALEXY, dos propiedades esenciales del derecho, que caracterizan a la corrección como una propiedad esencial del mismo en su dimensión ideal o crítica, son que el derecho eleva una pretensión de corrección y que, de acuerdo con la conocida fórmula de RADBRUCH, la injusticia extrema no es derecho.

3. UNA MIRADA CRÍTICA DE LAS TESIS DE ROBERT ALEXY

Algunas de las tesis aquí defendidas por Robert ALEXY han sido objeto de crítica por parte de connotados autores. Quizás las tesis más criticadas hayan sido aquellas atinentes a la existencia de una dimensión ideal o crítica del derecho, y a los elementos que, según ALEXY, componen esta dimensión, es decir, la pretensión de corrección y la aceptación de la idea contenida en la fórmula de RADBRUCH, de acuerdo con la cual la injusticia extrema no es derecho. En este sentido, por ejemplo, son ya clásicas las objeciones formuladas por

Eugenio BULYGIN y que, con las réplicas de ALEXY, aparecieron en el volumen *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral* (cfr. ALEXY y BULYGIN, 2001).

Asimismo, son conocidas algunas de las críticas que han aparecido en el mundo anglosajón a la tesis contenida en la fórmula de RADBRUCH según la cual, la injusticia extrema no es derecho. En este sentido, por ejemplo, puede mencionarse la crítica de Brian BIX, de acuerdo con la cual, la fórmula de RADBRUCH se entiende sin problema alguno como una orientación jurídica y moral dirigida al juez, por la que éste debe abstenerse de aplicar las normas extremadamente injustas que componen un sistema jurídico perverso. Sin embargo, BIX refuta que de esta fórmula pueda derivarse consecuencia alguna para las teorías acerca de la naturaleza del derecho. En este sentido, la fórmula de RADBRUCH sería una directriz que establece que el juez no puede aplicar un derecho que sea extremadamente injusto, pero nunca la prueba de que exista una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral (cfr. BIX, 2008).

Junto a lo anterior, cabe señalar que quizás la crítica más prominente que se haya dirigido en contra de las tesis de ALEXY acerca del concepto y la naturaleza del derecho en los últimos años proviene de Joseph RAZ y aparece publicada, junto con las réplicas de ALEXY, bajo el título *The Argument From Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism* (*El argumento de la injusticia, o cómo no objetar al positivismo jurídico*) en el volumen editado por George PAVLAKOS: *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (RAZ, 2007: 17 ss.). Entre las muchas cosas que discute Joseph RAZ, aparecen que ALEXY no identifica el positivismo jurídico correctamente —por cuanto, mientras que ALEXY sostiene que lo que identifica al positivismo jurídico es la tesis según la cual no existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, los positivistas (por lo menos RAZ y MARMOR) señalan que la idea que los identifica es que determinar lo que es el derecho no depende necesariamente, o conceptualmente, de consideraciones de tipo moral acerca de lo que el derecho deba ser (RAZ, 2007: 22)—; que el derecho sí eleva una pretensión de corrección pero que ésta no es una pretensión de corrección moral, sino un obvio presupuesto lingüístico de todo acto

de habla —y por lo tanto no puede ser una propiedad particular de los actos de habla jurídicos (ni, entonces, del derecho como tal)—, y que la fórmula de RADBRUCH no es inconsistente de ninguna manera con el positivismo jurídico, pues esta doctrina entiende que las propias fuentes del derecho prohíben al juez aplicar normas jurídicas que sean extremadamente injustas.

No es mi objetivo aquí traer a colación de nuevo los argumentos de la polémica entre ALEXY y BULYGIN, ni terciar en la discusión entre los positivistas anglosajones y ALEXY. Antes bien, quisiera permitirme expresar algunas reflexiones críticas que me suscitan las ideas que ALEXY expone en este volumen, y que me he permitido sintetizar en las tesis anteriormente expuestas.

Quisiera sobre todo resaltar que ALEXY no presenta aquí (así como tampoco lo hace en *El concepto y la validez del derecho*) una teoría del derecho acabada, que cumpla con las exigencias del propio listón, bien alto, que su idea de filosofía del derecho traza, sino que meramente expone un proyecto a desarrollar y sobre el cual hace falta decir mucho aún. Permítaseme explicarme.

De las tesis defendidas por ALEXY en los escritos que componen este volumen, aquellas del ideal comprensivo y de la naturaleza dual parecen ser las más importantes para construir una teoría del derecho a la ALEXY. Para poder satisfacer las exigencias del ideal comprensivo, esta teoría tiene que explicar en qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de modo tal que conforman la entidad global que llamamos «derecho». En este sentido —y aquí entra en juego la tesis de la naturaleza dual—, dicha teoría del derecho tiene que esclarecer cómo deben entenderse las propiedades que caracterizan la dimensión real o fáctica del derecho, en particular, la expedición autoritativa y la eficacia social cómo deben entenderse las propiedades que caracterizan la dimensión ideal o crítica del derecho, en particular, la corrección o legitimidad del derecho y la relación entre el derecho y la moral, y cómo se relacionan la dimensión real o fáctica del derecho con la dimensión ideal o crítica. Todo esto debe hacerlo con la mirada puesta en la idea de que la filosofía del derecho, en tanto especie de la filosofía, tiene que utilizar los métodos filosóficos de análisis, debe adecuarse a su ob-

jeto y debe dejar clara cuál es su relación con la filosofía práctica general.

Pues bien, la formulación de una teoría de este talante va mucho más allá de los aspectos que ALEXY desarrolla en los escritos que aparecen en este volumen, señaladamente, que la coerción y la corrección son dos propiedades esenciales del derecho y que la corrección se manifiesta en la pretensión de corrección y el argumento de la injusticia que deriva de la fórmula de RADBRUCH. La coerción y la corrección, como tales, no son «entidades» que puedan conformar el derecho. Es bien cierto que sobre todo en su *Teoría de los derechos fundamentales* (cfr. ALEXY, 2007b: 63 ss.), ALEXY explica que las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios. Pero ¿son entonces acaso las reglas y los principios las «entidades» que conforman el derecho? Y si es así, ¿qué clase de entidades son estas?

He de confesar que, a primera vista, la tesis de la naturaleza dual del derecho me despierta todas las simpatías. Sin embargo, la comprobación científica de la corrección de esta tesis exigiría una exposición clara de las entidades y propiedades que conforman el derecho en cada una de estas dimensiones y de su conexión. Por ejemplo, en la dimensión fáctica o institucional, es bien claro que el derecho es una práctica social. Pero, ¿qué clase de práctica social es el derecho? Y, más allá de ello, ¿cuál es el sustrato ontológico de esta práctica social? Desde luego, el sustrato ontológico de una práctica social no puede consistir sino en los individuos que, mediante sus acciones y los estados mentales que les son relativos (intenciones, creencias, etc.), desarrollan tal práctica. Si esto es así, entonces, una teoría del derecho que quiera explicar la dimensión fáctica o institucional del derecho tiene que esclarecer cuáles son los estados mentales y las acciones de los individuos participantes en la práctica jurídica, que son necesarios para que el derecho exista. En otras palabras, es imprescindible aclarar cómo es posible que en un mundo en el que sólo existen individuos, éstos se comuniquen mediante el lenguaje articulado y actúen juntos para crear la práctica del derecho. Éste es el contexto propio para explicar qué naturaleza tienen las normas jurídicas, qué funciones cumplen, qué naturaleza tienen las autoridades, las instituciones, el Estado y la coerción.