

PAULA GAIDO

LAS PRETENSIONES
NORMATIVAS
DEL DERECHO

UN ANÁLISIS DE LAS CONCEPCIONES
DE ROBERT ALEXY Y JOSEPH RAZ

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. APROXIMACIONES METODOLÓGICAS	17
CAPÍTULO II. APROXIMACIONES METODOLÓGICAS EN LA TEORÍA DE RAZ	29
1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO.....	29
2. LA NOCIÓN DE «CONCEPTO» EN JUEGO.....	34
2.1. Palabras, significados y conceptos.....	34
2.2. Concepto, objeto y propiedades esenciales.....	36
2.3. Posesión mínima y manejo acabado de un concepto	41
2.4. El concepto de derecho como concepto normativo.....	44
3. ROL Y ALCANCE DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA TAREA FILOSÓFICA.....	47
CAPÍTULO III. APROXIMACIONES METODOLÓGICAS EN LA TEORÍA DE ALEXY	55
1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO.....	55
2. LA NOCIÓN DE «CONCEPTO» EN JUEGO.....	60
2.1. Palabras, significados y conceptos.....	61
2.2. Concepto, objeto y propiedades esenciales.....	63
2.3. Posesión mínima y manejo acabado de un concepto	72
2.4. El concepto de derecho como concepto normativo.....	74
3. ROL Y ALCANCE DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA TAREA FILOSÓFICA.....	76

	<u>Pág.</u>
4. PRIMERAS CONCLUSIONES	80
CAPÍTULO IV. ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN ENTRE RAZ Y ALEXY SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO	83
1. EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN HART	83
1.1. El punto de vista interno y la existencia de reglas sociales...	85
1.2. La normatividad jurídica y el derecho como fuente de razones para la acción	92
2. EL PUNTO DE VISTA INTERNO DESDE LAS PERSPECTIVAS DE ALEXY Y RAZ: EL GIRO METODOLÓGICO	98
3. SEGUNDAS CONCLUSIONES	104
CAPÍTULO V. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO SEGÚN RAZ	107
1. LA REFORMULACIÓN DEL PUNTO DE VISTA INTERNO.....	113
1.1. ¿Cuál es el alcance de la prioridad conceptual del punto de vista de los participantes?	113
1.2. Impacto del punto de vista de los participantes en la noción de normatividad.....	116
1.3. ¿Implica la aceptación la existencia efectiva de una creencia moral?	122
2. NOCIÓN Y ALCANCE PRÁCTICO DE LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD	124
2.1. Análisis de la noción de pretensión de autoridad	126
2.1.1. Carácter sincero o insincero de la pretensión	126
2.1.2. Capacidad requerida para pretender autoridad	127
2.2. Alcance práctico de la pretensión de autoridad	129
2.2.1. ¿Qué tipo de razones impone la autoridad jurídica?..	129
2.2.2. ¿Cuál es la fuerza de las razones que impone la autoridad jurídica?	135
CAPÍTULO VI. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO SEGÚN ALEXY	147
1. LA REFORMULACIÓN DEL PUNTO DE VISTA INTERNO.....	147
2. NOCIÓN Y ALCANCE PRÁCTICO DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	149
2.1. Análisis de la noción de pretensión de corrección en el marco de un contexto práctico general	149

	Pág.
2.2. Análisis de la noción de pretensión de corrección en el ámbito jurídico	158
2.2.1. El carácter contextual de la pretensión de corrección.....	166
2.2.2. ¿Quiénes son los titulares de la pretensión de corrección?	168
2.2.3. Carácter sincero o insincero de la pretensión de corrección.....	168
2.3. Alcance práctico de la pretensión de corrección	171
2.3.1. ¿Cuáles son las disposiciones normativas que integran el derecho?.....	171
2.3.2. ¿Cuál es el tipo y fuerza de las disposiciones normativas integrantes del derecho?.....	177
CAPÍTULO VII. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES	183
1. LA «GRAMÁTICA» DE LA DISCUSIÓN.....	184
2. POSITIVISMO Y ANTIPOSITIVISMO: LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.....	190
3. UN BALANCE CRÍTICO	192
BIBLIOGRAFÍA.....	197

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es una versión con algunas modificaciones de mi tesis doctoral. Fueron muchas las personas que intelectual, afectiva y económicamente hicieron posible concretarlo. Quiero comenzar por mi director de tesis, Ricardo Caracciolo. Fueron innumerables las discusiones que mantuvimos todos estos años, donde siempre intentó sacar lo mejor de mí, con la dedicación de un maestro de otra época. Quiero continuar con Cristina Redondo, quien discutió este trabajo de principio a fin con profunda generosidad intelectual y afectiva. Estoy también agradecida a las personas con las que estuve vinculada en estos años a través de diferentes proyectos académicos. Principalmente con Pablo Navarro, Carlos Rosenkrantz, Eugenio Bulygin, Laura Clérico y los integrantes del seminario de la cátedra B de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. En particular, quiero nombrar a Hernán Bouvier, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Seleme; no tengo dudas de que las discusiones que mantuve con ellos beneficiaron este escrito. En los orígenes de la trama fueron especialmente importantes para mí los días junto a Ernesto Garzón Valdés en la Rolandstrasse, y a Robert Alexy en Kiel. También me beneficié de mis pasos por el Instituto Giovanni Tarello de Génova, por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, y por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Martín Farrell, Carlos Rosenkrantz y Ernesto Abril, fueron integrantes del tribunal de defensa de mi tesis, y a ellos quiero agradecer su valiosa lectura y comentarios. Agradez-

co también las críticas de quien evaluó de manera anónima este ensayo por encargo de la editorial, de las que me he valido para intentar expresar mis ideas con mayor claridad. Debo asimismo expresar mi gratitud al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina, cuya beca me permitió realizar este trabajo; y al Hauser Global Program de la New York University School of Law, y a la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, cuyas becas posdoctorales me brindaron la posibilidad de revisar este escrito para su publicación.

Mis amigas y amigos Negra, Pao, Capde, Nucci, China, Blázquez, Federico y Karol, fueron imprescindibles. Mis hermanos y sobrinos fueron vitales. Con todos ellos siento un hondo agradecimiento. Finalmente quiero agradecer a mis padres, de quienes siempre he recibido apoyo para cada proyecto, e inspiración.

INTRODUCCIÓN

La pretensión normativa del derecho ha sido parte de una discusión filosófica particularmente intensa y sofisticada en las últimas décadas. La relación entre derecho y moral, por otra parte, es un tópico que ha ocupado a la labor filosófica desde los inicios del pensamiento preocupado por desentrañar en qué sentido los seres humanos somos sujetos con deberes jurídicos. Resulta imprescindible para introducirse de manera fructífera en el intercambio de argumentos esgrimidos identificar cuál es la relación que está en disputa. Es un lugar común relacionar a aquellos que abogan por la tesis de la separación entre derecho y moral al positivismo jurídico, y a aquellos que defienden la tesis de la vinculación entre derecho y moral al antipositivismo. Hay argumentos que, sin embargo, intentan poner a prueba el acierto de tal demarcación. En todo caso, tales argumentos imponen delinear de manera más ajustada las tesis en consideración. Robert ALEXY y Joseph RAZ, son considerados exponentes contemporáneos principales de las tradiciones filosóficas mencionadas, antipositivismo y positivismo, respectivamente. Son también los autores que en este trabajo he elegido como brújula para incorporarme a la discusión. No es posible comprender las conclusiones a las que ambos autores arriban si, de manera previa, no se desentraña la base teórica de los argumentos que sustentan. Será imprescindible, en este sentido, desglosar las tesis principales sostenidas por los autores hasta llegar a las raíces filosóficas desde las que parten, y a cuyo análisis destinaré los tres primeros capítulos de este trabajo.

RAZ y ALEXY concluyen que el punto central en la discusión sobre la relación entre derecho y moral es de índole conceptual. La comprensión de la naturaleza del derecho para ninguno de los autores es posible si no se comprende el valor moral que el derecho aspira realizar. Fijar este punto es importante porque sólo después de haberlo hecho se repara que la discusión genuina entre ellos se traba con la articulación de aquello en lo que tal valor moral consiste. Acuerdan que en la comprensión de la naturaleza del derecho está implícita la comprensión de un valor moral, pero otorgan a dicho valor diferente contenido. Y ello tiene impacto, no menor, en sus tesis sobre la identificación del derecho, y la naturaleza de las normas jurídicas, o, de acuerdo con la terminología con la cual actualmente se analiza la cuestión, en la especificación de qué tipo de razones para la acción es fuente el derecho. Destinaré los capítulos V y VI a un análisis pormenorizado de los argumentos que sustentan las tesis de RAZ y ALEXY sobre esta cuestión. Dedicaré el capítulo IV a una breve exploración del antecedente teórico inmediato sobre el que considero los autores estructuran sus propias teorías: la respuesta ofrecida por Herbert HART.

La tesis, en la que ambos autores coinciden, y que dice que la comprensión de la naturaleza normativa del derecho resulta imposible sin la comprensión de un valor moral, no puede ser entendida si no se advierte que para su afirmación RAZ y ALEXY otorgan al punto de vista interno o perspectiva del participante un privilegio conceptual. Dar cuenta de la existencia de individuos que en las prácticas jurídicas adoptan el punto de vista interno ya no es suficiente para explicar la naturaleza del derecho. Lo que ahora pasa a ser considerado revelador es la articulación de los compromisos conceptuales implicados desde su punto de vista. Si tales compromisos conceptuales son ignorados, la naturaleza normativa del derecho queda sin explicación. Es por esta vía que sus nociones de pretensión de autoridad (en el caso de RAZ) y pretensión de corrección (en el caso de ALEXY) adquieren en sus teorías un papel central.

Es posible pensar que la tesis que vincula conceptualmente el derecho con la moral es una estrategia seguida por los autores para la legitimación del derecho. Antes de concluir que tal es el caso, es importante distinguir que la tesis de los autores no es que con cada ejemplo concreto de derecho se realice un valor moral, sino que su

comprensión depende de que se entienda el valor moral al cual aspira. El derecho, en cuanto práctica humana normativa, sostienen los autores, está estructurado por un valor al que dicha práctica aspira, y que puede fracasar en realizar. Sin la comprensión de esta aspiración no se advertiría que nuestras prácticas jurídicas son algo distinto a las estructuras de poder diseñadas meramente o exclusivamente para el dominio de unos sobre otros. Su aproximación es conceptual, no empírica. En el trabajo, ello no obstante, planteo dudas respecto de si a partir de sus compromisos metodológicos es posible negar en los ejemplos concretos de derecho la realización de un valor moral. A su vez, me pregunto si en tal aproximación conceptual los autores no están involucrados en una tarea normativa.

Aceptar que es un valor moral el que hay que aprehender en la comprensión del derecho es un punto importante, ya que a partir de allí se despeja una línea de discusión filosófica en la cual gran parte de la literatura actual está involucrada. No niego con ello que otras líneas de discusión filosófica sean también posibles de ser trazadas. No son las que me ocuparán en este trabajo. En todo caso, en el capítulo final de este ensayo destinaré una breve reflexión sobre su plausibilidad.

CAPÍTULO I

APROXIMACIONES METODOLÓGICAS

Robert ALEXY y Joseph RAZ coinciden en intentar dar respuesta a una misma y persistente pregunta: ¿qué es el derecho? Pero sólo mostrando los compromisos metodológicos que cada autor asume será posible saber si el propósito de su empresa es común o no, y, en su caso, en qué difieren. Para ello será necesario dar cuenta de la particular manera en que cada autor entiende la tarea filosófica y su objeto de estudio. Ambos autores sostienen que explicar lo que es el derecho es explicar su naturaleza¹, esto es, las propiedades necesarias que lo constituyen, y que si desaparecieran harían que el derecho dejara de ser lo que es². No obstante, a pesar de la inicial coinciden-

¹ ALEXY, 2004: 156; ALEXY, 2003: 4; RAZ, 2007b: 112; RAZ, 2005: 324; RAZ, 1998a: 255; RAZ, 1996: 2. Hay que señalar junto a BIX que: «Las referencias a teorías acerca de la naturaleza del derecho implícitamente asumen que tiene sentido hablar de una teoría *general* del derecho (por contraposición a una teoría de un sistema jurídico particular o un grupo de sistemas jurídicos, o investigaciones históricas o sociológicas ligadas a un sistema particular o grupo de sistemas). Este presupuesto no es obvio o indisputable», BIX, 2003a: 612. Sin embargo, este presupuesto no se pondrá en cuestión en este trabajo.

² En esta línea, ALEXY sostiene: «existe un conjunto de características que todos los sistemas jurídicos y todo derecho deben poseer para ser un sistema jurídico o derecho, con independencia de todo tiempo y espacio, [...] hay ciertas propiedades que son necesarias para ser un sistema jurídico o derecho, esto es, ciertas *universalia iuris*» (*P. G.*) (de aquí en adelante cuando las siglas *P. G.* aparezcan en el escrito debe entenderse que la traducción es de la autora), ALEXY, 1995a: 101-102. Por su parte, RAZ afirma: «Hablamos de “la naturaleza del derecho”, o de la naturaleza de cualquier otra cosa, para referirnos a aquellas características del derecho que hacen a la esencia del derecho, que hacen que

cia, los autores difieren en sus compromisos filosóficos frente a la idea de lo necesario. En ello tienen incidencia principal tanto la manera específica de entender los conceptos —en particular el concepto de derecho— y su relación con los objetos a los que se refieren, como el rol que desempeña en la tarea filosófica el análisis conceptual. Aclarar este punto es un paso ineludible si lo que se busca es mostrar el lugar que ocupa en su comprensión del derecho un rasgo que ambos autores considera necesario: su pretensión normativa, directamente vinculada a las ideas de pretensión de corrección, en el caso de ALEXY, y pretensión de autoridad legítima, en el caso de RAZ³. Capturar el peso específico de estas nociones, como así también las convergencias y divergencias entre ellas existentes, constituye la preocupación central de este ensayo. Articular los compromisos metodológicos que los autores asumen como respaldo de sus afirmaciones deviene, entonces, prioritario.

De manera rudimentaria, podría comenzar afirmando que los autores concuerdan en que los conceptos son maneras de pensar y de dividir el mundo, y en que la tarea filosófica está estructurada en torno al análisis conceptual⁴. Pero la discusión filosófica entre ellos se traba cuando difieren en si los conceptos son equiparables a tér-

el derecho sea lo que es [...] Naturalmente, las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho dondequiera y cuando quiera que exista», RAZ, 2005: 328.

³ En esta línea de pensamiento RAZ sostiene: «está en la naturaleza del derecho el que pretenda autoridad sobre sus súbditos, y es tratado como derecho, por lo general, sólo por aquellos que aceptan tal pretensión» (*P. G.*), RAZ, 1996b: 13. En el mismo sentido ALEXY sostiene: «Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos», ALEXY, 1994c: 40.

⁴ Cabe resaltar que, frente a la objeción naturalista que dice que la tarea filosófica sólo tiene sentido si se adapta a la metodología propia de las ciencias empíricas, ambos autores coinciden en que la metodología específica de la tarea filosófica es el análisis conceptual. Esto puede verificarse en ALEXY cuando afirma: «Desde luego, esta explicación no pretende agotar el objeto de la filosofía. Su brevedad lo excluye, e incluso es posible que una explicación mucho más elaborada tampoco sea capaz de abarcar exhaustivamente la naturaleza de la filosofía, porque puede que detrás y en medio de todos los conceptos que se utilicen para explicar su naturaleza, haya algo que no pueda captarse conceptualmente, a pesar de que la filosofía sea una actividad conceptual», ALEXY, 2004: 157. Como se verá, RAZ afirma que explicar la naturaleza del derecho es una empresa que está estrechamente ligada a, pero que no se agota en, una explicación del concepto de derecho. Sin embargo, ello, en principio, no sería contradictorio con afirmar que desde su perspectiva la tarea propia de la filosofía en general, y de la filosofía del derecho en particular, consiste en la elucidación conceptual. Esta reflexión respecto del pensamiento

minos particulares del lenguaje o a los significados de esos términos o no; en si son el reflejo de la cosa a la que se refieren o no; y, en relación con su estudio, en la manera de concebir el análisis conceptual y su alcance. Aquello que subyace a la discusión es la relación entre mente, lenguaje y mundo. Y el campo de trabajo filosófico de los autores depende de cómo conjugan cada uno de estos elementos dentro de su concepción⁵.

De manera poco refinada, se puede afirmar que dos son las tradiciones filosóficas que se enfrentan en sus conclusiones respecto de la vinculación entre mente, lenguaje y mundo: esencialismo y relativismo ontológico, semántico y conceptual⁶. El esencialismo parte del presupuesto de que hay un mundo fuera de la mente, y afirma que los conceptos, y en el plano semántico —específicamente— los significados, reflejan una presunta esencia de las cosas; las palabras, según esta concepción, son vehículos de los significados. De esta manera, se sostiene que los conceptos y significados de las expresiones lingüísticas están vinculados a la realidad por una conexión necesaria⁷. Esto quiere decir que, de acuerdo con el esencialismo, no hay conceptos o significados correctos o incorrectos, según se ajusten o no al mundo, sino sólo conceptos o significados que reflejan la esencia de las cosas, dando posibilidad sólo a un déficit epistémico en su elucidación. Los conceptos o significados, de esta manera, no se pueden cambiar o crear, sino sólo reconocer⁸. Quiero advertir que, en la caracterización de estas concepciones filosóficas no siempre se distingue entre conceptos y significados, y que muchas son las ocasiones en las que se usa uno u otro término de manera indistinta. Es importante tener en cuenta, sin embargo, la posibilidad de trazar una distinción, ya que hay quienes que, como se verá, están interesados en señalar las preguntas sobre el concepto de una «cosa» y el significado de una «palabra» o «término» como cuestiones diferentes.

de RAZ se puede contrastar principalmente en RAZ, 2005: 324-334; RAZ, 1998a: 249-282.

⁵ Un marco general de la evolución histórica del quehacer filosófico en el ámbito jurídico se encuentra en NAVARRO y REDONDO, 2002: 15-31.

⁶ Un análisis exhaustivo de la literatura sobre este tema excede ampliamente el propósito de este trabajo. Para una ilustración de los autores y teorías que suelen agruparse bajo una u otra concepción véase BAGHRAMIAN, 2004: 212-245.

⁷ NINO, 1987: 12.

⁸ *Ibid.*