
ROBERT ALEXY Y LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO

LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

Robert Alexy**

Universidad Christian Albrecht de Kiel

La pregunta sobre la naturaleza de la filosofía del derecho está vinculada a dos problemas. El primero es el concerniente a la naturaleza general de la filosofía; el segundo, el del carácter especial de aquella parte de esta disciplina que llamamos “filosofía del derecho”.

I. La naturaleza de la filosofía

Existen tantas escuelas, métodos, estilos, objetos e ideales referentes a la filosofía, que es difícil explicar su naturaleza. Una explicación general presupondría que todas o por lo menos muchas de las muy distintas concepciones que han aparecido en la historia de la filosofía, tuvieran algo en común que pudiera concebirse como su significado esencial o su concepto.

Tal vez la propiedad más general del concepto de filosofía sea la reflexividad. La filosofía es reflexiva, porque es razonamiento acerca del razonamiento. La filosofía es razonamiento acerca del razonamiento, porque su objeto, la práctica humana de concebir el mundo, por uno mismo y por los demás, de un lado, y la acción humana, del otro, está determinado esencialmente por razones.

Tener una concepción del mundo por uno mismo y por los demás, es tener una concepción acerca de lo que existe. La acción, por su parte, presupone una concepción acerca de lo que debe hacerse o de lo bueno. A este respecto, cabe decir que el razonamiento acerca de la pregunta general sobre lo que existe, es lo que conforma a la metafísica en cuanto ontología; y el

* Publicado en *Associations* 7 (1), 2003, p. 63-75.

** Profesor de derecho público y filosofía del derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel.

Traducción de Carlos Bernal Pulido, profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia.

razonamiento acerca de la pregunta sobre lo que debe hacerse y sobre lo bueno, constituye a la ética. La práctica humana no sólo está basada – casi siempre, implícitamente – en respuestas a ambas preguntas. Ella asimismo incluye – también implícitamente casi siempre – numerosas respuestas a una tercera pregunta: la pregunta de cómo justificar nuestras creencias sobre lo que existe y sobre lo que debe hacerse o es bueno. Esta pregunta define a la epistemología. La filosofía intenta hacer explícitas las suposiciones ontológicas, éticas y epistemológicas implícitas en la práctica humana.

La reflexividad explícita es un elemento necesario pero no suficiente para explicar la naturaleza de la filosofía. Un profesor que detesta que los estudiantes mastiquen chicle durante sus clases puede llegar a ser reflexivo, si se pregunta a sí mismo cuáles son las razones para actuar de esa manera, pero ello no basta para que se convierta en un filósofo. La reflexividad debe estar asociada con otras dos propiedades, si quiere capturar la naturaleza de algo genuinamente filosófico. La reflexión debe ser reflexión sobre preguntas generales o fundamentales, y debe ser de índole sistemática. Como consecuencia, la definición más corta y abstracta, pero verdaderamente comprensiva de la filosofía puede ser la siguiente: 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.

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. Nuestra explicación, por lo tanto, sólo puede intentar proveer un punto de partida para responder la pregunta sobre la naturaleza de la filosofía del derecho. Puede asumirse que esta pregunta tiene – como la propia filosofía del derecho – una cierta autonomía, de tal modo que en realidad sólo necesitamos una concepción de la naturaleza general de la filosofía como un primer paso y no como una base final y completa, para que sobre ella descansen nuestra concepción de la filosofía del derecho, así como lo hace una casa sobre sus cimientos.

A pesar de su carácter extremadamente abstracto y altamente provisorio, mi definición de la filosofía como reflexión general y sistemática acerca lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas, conduce a tres corolarios importantes para nuestros propósitos. Primero, que la reflexión necesariamente tiene una dimensión crítica. Reflexionar sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre qué podemos conocer, es preguntar por y argumentar acerca

de lo que existe objetivamente, acerca de qué es verdadero o correcto, y qué está justificado. Si se define la normatividad como la habilidad para distinguir lo correcto de lo incorrecto, estas preguntas son normativas. La filosofía, como empresa necesariamente reflexiva, tiene por tanto necesariamente una dimensión normativa. Ahora bien, el carácter general y sistemático de la reflexión filosófica lleva, en segundo lugar, a una dimensión analítica, y en tercer lugar, a una dimensión sintética u holística de la filosofía. La dimensión analítica se define por el intento de identificar y hacer explícitas las estructuras fundamentales del mundo natural y social en que vivimos y los conceptos y principios fundamentales mediante los cuales comprendemos estos dos mundos. Sin este complemento analítico, la filosofía no puede ser ni general ni sistemática en un sentido sustancial.

En la filosofía del derecho, la dimensión analítica se refiere a conceptos como los de norma, “deber ser”, persona, acción, sanción e institución. La dimensión sintética se define por el intento de unir esto en un todo coherente. Un panorama coherente y fundado en profundidad acerca de lo que existe, lo que debe hacerse y lo bueno, y lo que podemos saber, es la idea regulativa de la filosofía, o en términos más simples, su finalidad última. Esto implica que la filosofía es necesariamente holística. Como consecuencia, nuestra definición de la filosofía debe complementarse con lo siguiente: la filosofía es normativa (o crítica), analítica, y holística (o sintética). Los tres conceptos de la definición: reflexiva, general y sistemática, y los tres conceptos del corolario: normativa, analítica y holística, son descripciones de las mismas cosas, vistas desde diferentes perspectivas.

II. Precompresión y argumentos

La filosofía del derecho, en cuanto filosofía, es una reflexión de índole general y sistemática, y tiene, exactamente como la filosofía en general, una dimensión normativa, otra analítica y otra holística. Su *differentia specifica* consiste en su objeto: el derecho. La filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho. Plantear estas preguntas en relación con el derecho es preguntar por la naturaleza del derecho. Esto parece llevar, desde luego, a definir a la filosofía del derecho como razonamiento acerca de la naturaleza del derecho.

No obstante, esto último parece ocasionar un problema. Se trata de un problema de circularidad que resulta del hecho de que, por una parte, la filosofía del derecho no puede definirse sin usar el concepto de derecho, mientras que, por otra parte, en cuanto razonamiento acerca de la naturaleza del derecho, tiene la tarea de explicar qué es el derecho. ¿Cómo puede la filosofía del derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es

imposible decir qué es la filosofía del derecho sin saber de antemano qué es el derecho? Con todo, esta circularidad no es viciosa sino virtuosa en su carácter. No es nada distinto a una versión del círculo hermenéutico, y debe resolverse como todas las variantes de este círculo: se comienza con una precomprensión sugerida por la práctica establecida y luego se elabora esta última mediante una reflexión crítica y sistemática.

La precomprensión del derecho no es sólo la precomprensión de una entidad que en sí misma es altamente compleja. A esta primera complejidad se suma – como una segunda complejidad – el hecho de que la precomprensión como tal puede conocer variantes extremas. La escala se extiende desde el “hombre malo” de Holmes¹, que define un punto de vista externo más bien independiente, hasta el “Juez Hércules” de Dworkin², que representa un punto de vista más bien interno e idealista. La filosofía del derecho como una empresa que al mismo tiempo es sistemática y crítica, no puede partir sólo de una precomprensión. Por el contrario, debe tener en cuenta todas las existentes y, más aún, tiene que analizar la relación que tienen todas ellas con todas las propiedades del derecho.

La exigencia de tener en cuenta todas las precomprensiones que se encuentran en el derecho y en la filosofía del derecho, de un lado, y todas las propiedades del derecho, del otro, sugiere la idea de algo así como un catálogo de todas las perspectivas y todas las propiedades. Pero, ¿cómo puede elaborarse una lista semejante? El mero hecho de recoger y compilar cada perspectiva y cada propiedad que aparece en la historia o en el presente ante nuestro ojos, como señala Kant, “no sería un *sistema racional* sino solamente una agregación compilada por azar”³. No es necesario argumentar para afirmar que esto sería incompatible con el carácter sistemático y crítico de la filosofía. La reflexión filosófica exige un sistema. Sin embargo, es más fácil decir que no basta una mera agregación o, como a veces señala Kant, una “rapsodia”⁴, que decir cómo puede construirse un sistema o marco conceptual adecuado. La mejor respuesta parece ser: no por medio de una teoría abstracta de la filosofía del derecho, sino mediante un análisis sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho.

¹ Oliver Wendell Holmes (1897). *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, 10, p. 456-478, p. 459.

² Ronald Dworkin (1977). *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, p. 105.

³ Immanuel Kant (1996). *The Metaphysics of Morals*, en *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy*, ed. por Paul Guyer y Allen W. Wood, Cambridge, Cambridge University Press, p. 353-603, p. 493.

⁴ Immanuel Kant (1996). *Critique of Pure Reason*, Trad. De Werner S. Pluhar. Indianapolis y Cambridge, Hackett Publishing Company, p. 755 (*Kant's gesammelte Schriften* (n. 3) vol. 3, 538).

Ningún otro procedimiento parece reflejar mejor el carácter general de la filosofía del derecho como razonamiento sobre la naturaleza del derecho.

III. Tres problemas

Los argumentos sobre la naturaleza del derecho giran en torno a tres problemas. El primero apunta a la pregunta de ¿en que clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos “derecho”? Este problema es el concerniente al concepto de norma y de sistema normativo. El segundo y el tercer problema apuntan a la validez del derecho. El segundo es el relativo a su dimensión real o fáctica. Esta es el área del positivismo jurídico. Aquí debe distinguirse entre dos polos. El primero está determinado por el concepto de expedición autoritativa y el segundo por el de eficacia social. El tercer problema de la naturaleza de la filosofía del derecho es el concerniente a la corrección o legitimidad del derecho. Aquí el asunto principal es la relación entre derecho y moral. Ocuparse de este asunto es ocuparse de la dimensión ideal o crítica del derecho. Esta tríada de problemas es la que, tomada conjuntamente, define el núcleo del problema acerca de la naturaleza del derecho.

Esta tripartición pretende ser completa, neutral y sistemática. Es completa, porque está en capacidad de abarcar todos los argumentos que pueden aludirse a favor y en contra de una tesis sobre la naturaleza del derecho. La única prueba posible de ello, consiste en contrastar nuestro modelo triádico con todas las instancias críticas que sea posible. Ahora bien, el modelo es neutral, porque no adiciona preferencias al peso de los argumentos que comprende. La prueba de ello es la misma que se utiliza para probar la plenitud del modelo. Finalmente, el modelo es sistemático, porque conduce a obtener un panorama coherente de la naturaleza del derecho. En este caso, la prueba no puede consistir en nada más que en la elaboración de una contribución coherente.

Este último punto puede generalizarse. Sólo si se elabora la mejor teoría que logre conectar las respuestas correspondientes a cada una de estas tres preguntas sobre la naturaleza del derecho, la filosofía del derecho puede alcanzar su mayor grado de claridad. Sin embargo, no sólo es imposible desarrollar aquí una teoría de este tipo, con un grado sumo de perfección, sino que también se puede ser escéptico acerca de si acaso es posible alcanzar un ideal semejante de perfección. Afortunadamente, no es necesario saberlo todo para saber suficiente. A fin de obtener lo necesario para nuestros propósitos, basta utilizar el modelo triádico como marco conceptual para la discusión de varios problemas paradigmáticos.

IV. Cuatro tesis

La consideración de varios problemas paradigmáticos frente a nuestro modelo triádico debe confirmar cuatro tesis. A su vez, esta confirmación implica una corroboración del modelo. La primera tesis señala que la filosofía del derecho no está confinada a ciertos problemas especiales relativos al derecho; todos los problemas de la filosofía pueden presentarse en la filosofía del derecho. En este sentido, la filosofía del derecho incluye sustancialmente los problemas de la filosofía en general. Esto puede llamarse la “tesis de la naturaleza general”. La segunda tesis sostiene que existen problemas específicos de la filosofía del derecho. Estos se deben al carácter específico del derecho, que resulta del hecho de que el derecho es necesariamente autoritativo o institucional, así como crítico o ideal. Esta es la “tesis del carácter específico”. La tercera tesis señala que existe una relación especial entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica, especialmente las de la moral y la filosofía política. Esto puede denominarse como la “tesis de la relación especial”. Existe una cuarta tesis que engloba las primeras tres tesis. En concreto, no sólo las reúne a modo de una cuarta tesis, sino que expresa una idea que se sitúa en su trasfondo. Se trata de la idea de que la filosofía del derecho puede tener éxito, únicamente si alcanza el nivel no sólo de una o dos de estas tesis, sino el de todas tres. Este es el “ideal comprensivo” que tiene la filosofía del derecho.

Mientras que el modelo triádico de los problemas de la filosofía del derecho pretende ser neutral, las cuatro tesis no. Estas implican decisiones con respecto a la solución de los problemas a los que se refieren. Esta circunstancia se hace evidente, cuando se contrasta el ideal comprensivo con algo así como un “máximo restrictivo”. Una versión radical de algo como el máximo restrictivo establece, primero, que la filosofía del derecho no debería implicarse nunca en problemas genuinamente filosóficos; segundo, que la filosofía del derecho debería concentrar sus esfuerzos en el carácter institucional o autoritativo del derecho; y, tercero, que la filosofía del derecho debería delegar las preguntas normativas críticas a la filosofía moral y política, que, por su parte, deberían permanecer, por así decirlo, más allá de su alcance. El máximo restrictivo refleja un panorama de la filosofía del derecho, que es fundamentalmente distinto del panorama del campo que esboza el ideal comprensivo. La filosofía del derecho se convierte en una teoría judicial del derecho, que está separada de la filosofía general, así como de la filosofía moral y política.

La elección entre el ideal comprensivo y el máximo restrictivo es una decisión fundamental. El carácter de la filosofía del derecho está determinado por esta decisión de una forma más radical que por la decisión que se plantea entre el positivismo jurídico y el no positivismo. La elección

entre positivismo y no positivismo es una decisión que tiene lugar dentro del ámbito de la filosofía del derecho. En cambio, la decisión entre el ideal comprensivo y el máximo restrictivo se sitúa en el nivel de la elección entre filosofía y no filosofía. Este es el trasfondo con el cual deben contrastarse nuestros problemas paradigmáticos.

V. Entidades y conceptos

Las respuestas que Kelsen y Olivecrona dieron en los años treinta a la clásica pregunta de en qué entidades consiste el derecho son nuestro primer ejemplo. Kelsen define “el derecho como norma”⁵, y las normas como significado⁶ y el “único sentido” de este significado como “deber ser”, y el “deber ser” como una “categoría”⁷. Este es el lenguaje en que se describen las entidades abstractas. Kelsen insiste que las normas – y, por tanto, el derecho – no pueden reducirse ni a eventos físicos ni a procesos psíquicos. Estas no pertenecen a una realidad natural sino a una “realidad ideal”⁸. Una realidad ideal como ésta, que existe además de los mundos físicos y psíquicos, sería un “tercer reino” en el sentido de Frege⁹. La posición opuesta se encuentra en Karl Olivecrona, quien, con un ojo puesto en Kelsen, sostiene que “las reglas del derecho son una causa natural – entre otras – de las acciones de los jueces cuando se presentan litigios, así como del comportamiento en general de las personas en relación con los demás”¹⁰. Esta pregunta – como pregunta ontológica – no es sólo una pregunta de interés filosófico general, sino también una pregunta que debe responderse a fin de determinar la naturaleza del derecho, y es por tanto una genuina pregunta de la filosofía del derecho.

Un partidario del máximo restrictivo puede objetar que la pregunta sobre el estatus ontológico de las normas es tan poco importante para los juristas, como es para dos geógrafos el interrogante de si una montaña en el África que ellos mismos han identificado y observado, tiene una existencia real o únicamente imaginaria¹¹. La réplica a esta objeción es que el problema del

⁵ Hans Kelsen (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. De B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (1934). Oxford, Clarendon Press, p. 13.

⁶ *Ibid.*, p. 11, 14.

⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁹ Gottlob Frege (1967). *The Thought: A Logical Inquiry*, trad. de A. M. Quinton y M. Quinton, en *Philosophical Logia*, ed. P. F. Strawson. Oxford, Oxford UP, p. 17-38, p. 29.

¹⁰ Karl Olivecrona (1939). *Law as Fact*. Copenhagen, Einar Munksgaard, y Londres, Humphrey Milford, p. 16.

¹¹ Cfr. Rudolf Carnap (1928). *Scheinprobleme in der Philosophie*. Berlin-Schlachtensee, Weltkreis-Verlag, p. 35-6; reimpressa junto con Carnap (1961). *Der logische Aufbau der Welt*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, p. 325-6.

realismo tiene un diferente significado para los geógrafos que el problema del significado para los juristas. La respuesta a la pregunta sobre si las normas son contenidos de significado o causas naturales determina la respuesta a otro interrogante subsiguiente, a saber, si es posible concebir las normas como elementos de un sistema inferencial y, por consiguiente, como puntos de partida de argumentos, o si únicamente son elementos de una red causal. En el primer caso, sería posible el razonamiento jurídico orientado hacia la corrección; en el segundo, éste sería una ilusión. Esto muestra cómo la autocomprensión del razonamiento jurídico, y, mediante ella, la autocomprensión del derecho, depende de presuposiciones ontológicas. Desde luego, existen muchas maneras de reconstruir estas presuposiciones. Con todo, el mero hecho de que existe la necesidad de reconstruirlas es suficiente para confirmar la tesis de que la filosofía del derecho no puede operar sin argumentos que son genuinamente filosóficos en su carácter.

En todo caso, el concepto de norma o de “deber ser” es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho. Si se descende un paso de este nivel de abstracción, el impacto inferencial de los conceptos fundamentales del derecho llega a ser mucho más que obvio. La distinción entre reglas y principios es un asunto altamente abstracto de la teoría general de las normas. Al mismo tiempo, tiene consecuencias de largo alcance para la teoría del razonamiento jurídico. Si el derecho contiene los dos tipos de normas, entonces el razonamiento jurídico inevitablemente combinará la subsunción con la ponderación¹². Como consecuencia, el razonamiento jurídico estará determinado por estructuras que son las mismas del razonamiento práctico general. Esta es una importante razón para no concebir al razonamiento jurídico como un ámbito con derecho propio, separado y distinto de otros ámbitos de la razón.

Todo esto muestra que las preguntas filosóficas fundamentales deben responderse a fin de comprender la naturaleza del derecho. La reflexión sobre la naturaleza del derecho no puede tener éxito si se separa de la filosofía general.

VI. Propiedades necesarias

Preguntar por la naturaleza de algo es más que preguntar por las propiedades interesantes e importantes. Las preguntas sobre la naturaleza del derecho son preguntas sobre sus propiedades necesarias. El concepto de necesidad conduce al corazón de la filosofía. Lo mismo ocurre con los conceptos afines, es decir, los conceptos de lo analítico y de lo a priori. Sin

¹² Cfr. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, núm. 16, p. 433-449.

estos conceptos es imposible comprender el significado de preguntas del tipo “¿cuál es la naturaleza de ϕ ?”. Sin entender la estructura de preguntas de este tipo, no puede entenderse la pregunta principal de la filosofía del derecho: “¿cuál es la naturaleza del derecho?”; y fracasar en el entendimiento de esta pregunta es fracasar en saber lo que es la filosofía del derecho.

La posibilidad de definir el concepto de naturaleza tal y como aparece en oraciones de la forma “¿cuál es la naturaleza de ϕ ?”, es decir, mediante el concepto de necesidad, permite sustituir la pregunta “¿cuál es la naturaleza del derecho?” por la pregunta “¿cuáles son las propiedades necesarias del derecho?”. Mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de lo analítico y lo a priori), esta pregunta conduce al carácter específico del derecho. Cuando se conecta con la pregunta de qué es necesario, la pregunta de qué es específico se convierte en la pregunta de qué es esencial. Esta es el área de la tesis del carácter específico.

Dos propiedades son esenciales para el derecho: la coerción o fuerza, de un lado, y la corrección o rectitud, del otro. La primera se refiere al elemento central de la eficacia social del derecho; la segunda expresa su dimensión ideal o crítica. La pregunta central de la filosofía del derecho es: ¿cómo se relacionan estos dos conceptos con el concepto de derecho y, mediante este último, entre sí mismos? Todas – o por lo menos casi todas – las preguntas de la filosofía del derecho dependen de la respuesta a esta pregunta central.

Un asunto bien discutido es si la coerción y la corrección están vinculadas necesariamente con el derecho. A esta disputa sigue otra meta-disputa sobre el problema de qué clase de argumentos pueden darse a favor y en contra de la necesidad de dichas conexiones. Es imposible elaborar aquí una respuesta para este problema¹³. Por consiguiente, me restringiré a algunas propiedades que parecen ser instructivas para nuestra pregunta concerniente a la naturaleza de la filosofía del derecho.

La coerción es el caso más fácil. Parece ser natural argumentar que un sistema de reglas o normas que en ningún caso autoriza el uso de la coerción o de sanciones – ni siquiera en caso de defensa propia – no es un sistema jurídico, y que esto ocurre debido a razones conceptuales basadas en el uso del lenguaje. ¿Quién aplicaría la expresión “derecho” a un sistema de reglas semejante? Sin embargo, las razones conceptuales de este tipo tienen poca fuerza por sí mismas. Los conceptos basados en el uso actual del lenguaje necesitan ser modificados, cuando se prueba, como dice Kant – quien

¹³ Cfr. Robert Alexy (2003). The Nature of Arguments about the Nature of Law, en *Issues in Jurisprudence and Legal Philosophy: The Nature of Law, Practical Reason, Authority, Sources of Gaps in the Law*, ed. L. Meyer, Oxford, Clarendon Press, 3-16.

menciona, entre otros, los conceptos de oro, agua y derecho – que no son “adecuados a su objeto”¹⁴. Incluir a la coerción en el concepto de derecho es adecuado a su objeto, el derecho, porque refleja una necesidad práctica necesariamente vinculada con el derecho. La coerción es necesaria, si el derecho está llamado a ser una práctica social que cumpla en la mayor medida posible sus funciones formales básicas, tal y como las definen los valores de la certeza y la eficacia jurídica. Esta necesidad práctica, que parece corresponder en cierto grado a la “necesidad natural”¹⁵ expuesta por Hart, se refleja en una necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje. Esto muestra que el lenguaje que usamos para referirnos a los hechos sociales, está inspirado en el principio hermenéutico de que todas las prácticas humanas deben concebirse como un intento de cumplir sus funciones de la mejor manera posible. Desentrañar esta conexión entre la necesidad conceptual y la necesidad práctica esclarece en qué sentido la coerción pertenece, en cuanto propiedad necesaria, a la naturaleza del derecho.

La segunda propiedad central del derecho es su pretensión de corrección. Esta pretensión está en genuina oposición a la coerción o fuerza; uno de los signos esenciales del derecho consiste en que éste comprenda la diferencia entre estos dos conceptos.

Como se ha mostrado, la necesidad de la corrección está basada en una necesidad práctica definida por una relación de medio a fin. En este sentido, tiene un carácter teleológico. La necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos y del razonamiento jurídicos. Tiene un carácter deontológico. Hacer explícita esta estructura deontológica implícita en el derecho es una de las tareas más importantes de la filosofía del derecho.

Todos los métodos para hacer explícito lo implícito pueden aplicarse a este propósito. Uno de ellos es la construcción de contradicciones performativas¹⁶. Un ejemplo de esto es imaginar que una Constitución incorpora un artículo primero ficticio que establece lo siguiente: “X es una república soberana, federal e injusta”. Es difícil negar que este artículo es absurdo en algún modo. La idea subyacente al método de las contradicciones performativas es explicar este absurdo como el resultado de una contradicción entre lo que implícitamente pretende el acto de establecer una Constitución – es decir, que ésta es justa – y lo que se declara explícitamente – o sea, que es

¹⁴ Immanuel Kant (1996). *Critique of Pure Reason*, op. cit., p. 680 (*Kant's gesammelte Schriften* (n. 3) vol. 3, 478: “dem Gegenstände adäquat”).

¹⁵ H.L.A. Hart (1995), *The Concept of Law*. 2a. Edición, Oxford, Clarendon Press, p. 199.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, p. 35-9.

injusta -. Si esta explicación es correcta, y si necesariamente se eleva la pretensión de justicia, que es un caso especial del género de las pretensiones de corrección¹⁷, entonces se hace explícita una conexión necesaria entre derecho y justicia.

No es difícil reconocer cómo puede desafiarse este argumento. Sólo hay que negar que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección. Una vez desaparece esta pretensión, entonces se desvanece toda contracción entre lo explícito y lo implícito. La declaración de injusticia contenida en nuestro artículo primero puede por tanto interpretarse como una expresión de una pretensión de poder.

No puede discutirse aquí la pregunta de si es posible que un sistema de normas sustituya la pretensión de corrección por una pretensión de poder y, a pesar de ello, continúe siendo un sistema jurídico¹⁸. Esta es una pregunta de la filosofía del derecho, no una pregunta sobre su naturaleza. Aquí basta decir que la discusión sobre las estructuras deontológicas necesarias implícitas en el derecho pertenece a lo más profundo de la naturaleza de la filosofía del derecho.

VII. Derecho y moral

Si se probara que la tesis de que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección es incorrecta, sería difícil controvertir la tesis positivista de la posibilidad de separar el derecho de la moral. Lo opuesto, sin embargo, sí sería cierto, en caso de que la tesis sobre la pretensión de corrección fuera verdadera. Esta tesis entonces proveería una base sólida para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho.

La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación. Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y la aplicación del derecho, y en tercer lugar, el problema de los límites del derecho.

Un aspecto del problema de las evaluaciones básicas ya ha aparecido anteriormente, cuando se clasificó la relación entre derecho y corrección como

¹⁷ La justicia es un caso especial de la corrección, si se puede definir a la justicia como la corrección en la distribución y la compensación; Cfr. Robert Alexy (1997), *Giustizia come correttezza*, en *Ragione Pratica*, 9, 103-113, p. 105.

¹⁸ Cfr. Robert Alexy (1998). *Law and Correctness*, in *Current Legal Problems (Legal Theory at the End of the Millennium)*, ed. M. D. A. Freeman) 51, p. 205-21, p. 213-4.

una necesidad práctica. El concepto de necesidad práctica es ambiguo. Una interpretación débil únicamente se refiere a un tipo de relación medio – fin, en la que la elección del fin se trata sólo como un asunto fáctico o únicamente como algo hipotético. Esta es la trascendencia del concepto de Hart de “necesidad natural”, si los fines se entienden sólo como “algunas generalizaciones muy obvias... concernientes a la naturaleza humana y al mundo en que el hombre vive”¹⁹. No obstante, el panorama comienza a cambiar si los fines generales del derecho, como la certeza jurídica y la protección de los derechos fundamentales, son considerados como exigencias de la razón práctica, y cambia completamente, si estas exigencias son consideradas como elementos necesarios del derecho. Una interpretación fuerte como ésta del concepto de necesidad práctica constituiría una base evaluativa o normativa del derecho.

El segundo problema que la inclusión de la moral promete resolver, es la realización de la pretensión de corrección dentro del marco institucional del derecho. Un ejemplo de ello es el razonamiento jurídico que se lleva a cabo en los casos difíciles. Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas. La teoría del razonamiento jurídico intenta explicar este fenómeno, concibiendo a este último como un caso especial del razonamiento práctico general.

El tercer problema que parece resolverse mejor mediante la inclusión de la moral en el derecho, es el de los límites del derecho. Si la injusticia extrema no debe considerarse como derecho – por lo menos desde el punto de vista del participante en el sistema jurídico – ¿cómo podría justificarse esta circunstancia sin recurrir a razones morales?²⁰

Sin embargo, todo esto representa solamente una cara de la moneda. La otra cara es, como ya se mencionó, que la inclusión de la moral en el derecho origina serios problemas. Una de las principales razones para que el derecho tenga una estructura autoritativa e institucionalizada es la incertidumbre general del razonamiento moral. Los debates morales tienden a ser interminables. A menudo en la vida social no puede alcanzarse un consenso mediante el discurso. Por razones de necesidad práctica, entonces, debe tomarse una decisión autoritativa. Con todo, este podría ser sólo un argumento para considerar que el razonamiento moral no pertenece al derecho, si no es posible incorporarlo dentro del razonamiento jurídico sin destruir la índole

¹⁹ Hart (1996). *The Concept of Law*. Op. cit., p. 192-3.

²⁰ Cfr. Robert Alexy (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, p. 40-62.

necesariamente autoritativa de los elementos de este último. Es una tarea principal de la filosofía del derecho investigar si esto es posible o no.

Un segundo problema es mucho más serio. Se trata del problema de si el conocimiento moral o la justificación moral puede existir de alguna manera. Si se probara que las tesis metaéticas del subjetivismo, relativismo, no cognitivismo, o emotivismo fuesen ciertas, la pretensión de corrección tendría que interpretarse en términos de algo como una “teoría errónea”, como Mackie ha sugerido²¹. Esto muestra que, mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra cargado a sí mismo con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Esta no es una carga pequeña.

Al comienzo de nuestras deliberaciones distinguimos tres principales preguntas de la filosofía: la pregunta ontológica de qué existe, la pregunta ética o práctica de qué debe hacerse o es bueno, y la pregunta epistemológica de qué podemos saber. Nuestro transcurso por los campos de la filosofía jurídica ha mostrado que ésta se enfrenta a todas estas clases de preguntas. Esto parece ya ser algo superior a lo que una sola persona puede alcanzar. Pero aún hay más. La naturaleza reflexiva y sistemática de la filosofía del derecho exige que se ensamblen todas estas preguntas en una teoría coherente, que, por su parte, se acerque al derecho en cuanto sea posible, para garantizar que lo que ella hace explícito es en realidad la naturaleza del derecho. En este sentido, nuestras reflexiones sobre la naturaleza de la filosofía del derecho terminan con la exposición de un ideal.

(Trad. de Carlos Bernal Pulido)

²¹ J. L. Mackie (1977). *Ethics. Inventing Right and Wrong*. London, Pelican Books, 35.