

**LA RELACIÓN NECESARIA ENTRE DERECHO Y MORAL. EL ARGUMENTO  
DE LA CORRECCIÓN DE ROBERT ALEXY**

**Investigador:**

**Abg. Ronald Roa Jacobs**

**Director:**

**Dr. Andrés Botero Bernal**



**MAESTRIA EN DERECHO MODALIDAD INVESTIGATIVA**

**BARRANQUILLA, 2014**



*A mis Padres por su infinito esfuerzo y a  
Andrés Botero por su incondicional apoyo.*



## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAP. I. ROBERT ALEXY, OBRA Y RELACIÓN DERECHO-MORAL.	9
1.1. ALGUNOS APUNTES PRELIMINARES	9
1.1.1. Las preguntas fundamentales y el problema de la moral	9
1.1.2. Filosofía del Derecho. Metodología y Concepto del Derecho	13
1.2. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL	19
1.3. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS	27
1.4. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA	31
CAP. II. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN	39
2.1. RELACIÓN DERECHO / PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	41
2.2. RELACIÓN PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN / MORAL	51
CAP. III. CRITICAS A LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	57
3.1. ARGUMENTOS CONTRA LA CONEXIÓN DERECHO / PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	58
3.1.1. Criticas formales contra la formulación del argumento de la corrección	59
3.1.1.1. Aspectos terminológicos	60

3.1.1.2. Aspectos lógicos	64
3.1.2. Criticas sustantivas contra la formulación del argumento de la corrección	65
3.2. ARGUMENTOS CONTRA LA CONEXIÓN PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN / MORAL	75
3.2.1. Moral	77
3.2.2. Discurso práctico general	84
CAP. IV. CONSIDERACIONES PERSONALES ACERCA DEL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN EN LA OBRA DE ALEXY	93
4.1. DERECHO Y PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	93
4.2. PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN Y MORAL	102
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	111

## INTRODUCCIÓN

La pregunta acerca del concepto y naturaleza del derecho es uno de los temas principales de la teoría del derecho (Raz, 2005). Encontrar esa nota distintiva que explica la diferencia del derecho respecto de otros órdenes sociales es una labor que ha consumido en demasía la tinta de iusteoricos e iusfilósofos. El resultado de esto es que los caminos trazados son tan diversos como las corrientes filosóficas emergentes. El punto de quiebre de estas cosmovisiones lo constituye, en la mayoría de casos, el problema de la relación entre derecho y moral; la tesis de la conexión, la tesis de la separabilidad y la tesis de la separación, marcan regularmente la frontera entre positivistas y críticos, entre realistas e iusnaturalistas, entre inclusivos y exclusivos, etc. No es de extrañar entonces, que ante tales perplejidades se hayan propuesto distintos tipos de teorías que busquen caminos intermedios procurando, por lo menos nominalmente, revelarse contra posiciones paradigmáticas. Este es el caso de la filosofía del derecho no-positivista del profesor alemán Robert Alexy.

Los problemas de la naturaleza y la moral son resueltos en el universo alexiano con ayuda de un mismo concepto: la pretensión de corrección (Alexy, 1983: 208; Alexy, 1989: 49). El valor de este elemento en su teoría es esencial. Para Alexy la pretensión de corrección diferencia al sistema jurídico de otros sistemas normativos y en este sentido tiene una función definitoria, fungiendo como criterio para determinar que es derecho de lo que no lo es. Así mismo, abre el derecho a una dimensión ideal a partir de la cual se conecta necesariamente a la moral. La importancia entonces salta a la vista: entender dicho

concepto es vital para desenmascarar otros tópicos problemáticos para la teoría del derecho, tales como el sistema jurídico, los derechos fundamentales, la normatividad del derecho, etc.

En la presente investigación se someterá a revisión el argumento de la corrección a partir de los postulados erigidos por Alexy. Posteriormente, se revisaran las principales críticas dirigidas por distintos autores contra los fundamentos, implicaciones y consecuencias del argumento de la corrección tratando de descubrir puntos fuertes y discontinuidades en su formulación. Finalmente, el autor de estas páginas buscará realizar algún aporte a la discusión, proponiendo objeciones y, de alguna manera, tomando partido acerca del problema.

Para mayor claridad, en la última parte del presente trabajo, al exponer sus consideraciones personales, el autor ha echado mano del recurso narrativo en primera persona, confinando la narración en tercera persona únicamente a los tres primeros capítulos del texto.



## CAPITULO I

### ROBERT ALEXY, OBRA Y RELACIÓN DERECHO-MORAL.

#### 1.1.ALGUNOS APUNTES PREELIMINARES

##### 1.1.1. *Las preguntas Fundamentales y el problema de la Moral.*

El núcleo problema en torno al cual gira el estudio alexiano es, como él mismo indica, la relación entre derecho y razón (2001: 33). La racionalidad del derecho es, entonces, la preocupación fundamental en la teoría de Robert Alexy. Ésta se puede entender de dos maneras. La primera de un tipo descriptivo, la segunda de un tipo normativo<sup>1</sup>. Con el modo descriptivo se hace referencia a un tipo de cuestionamiento que se puede sintetizar en una pregunta de la forma: ¿es el derecho razonable?<sup>2</sup> Esta pregunta solo podría ser contestada

---

<sup>1</sup> Dentro de la escuela crítica, Cárcova habla de “normativista” y “descriptivista”, y dice, que la razón de la distinción es de naturaleza epistemológica, y se extiende a la polémica acerca de la función de la teoría del derecho (Cárcova, 2008: 72-73). Igualmente, uno de los discípulos de Alexy, Jan-R. Sieckmann, dice referente al tema, que existe tanto un concepto de derecho descriptivo, como otro normativo, que se diferencian en el punto de partida; mientras que el concepto descriptivo se forma de acuerdo al criterio de validez jurídica, el concepto normativo parte de la implicación de una obligación de aplicación y cumplimiento. “Ambos no se excluyen por razones conceptuales, sino que pueden ser combinados” (Sieckmann, 2001: 300).

<sup>2</sup> Acertadamente Andrés Botero ha observado que esta pregunta no puede entenderse como de un tipo meramente descriptivo. Lo anterior, porque “habría que definir qué es razonable y luego juzgar con ese parámetro político-filosófico el derecho”, lo que llevaría a que la pregunta fuera normativa. Sin embargo, la formulación de esta pregunta como descriptiva se realiza teniendo en cuenta que, para el autor de estas páginas, el término “razonable” es una *palabra ética densa*. Hilary Putnam (2001: 55-56) siguiendo su Teoría de los Dos Componentes expresa: “el significado de una palabra ética densa como “cruel” no es más que la conjunción de una propiedad descriptiva (esto es, de una propiedad que puede definirse usando una forma de

de tres maneras posibles. Una respuesta afirmativa plena, una respuesta negativa plena, o una respuesta no plena o intermedia. Siendo la racionalidad un ideal del conocimiento y descartando una respuesta afirmativa plena, solo podría preguntarse ¿cómo hacer el derecho más razonable? A esta segunda cuestión se refiere el tipo normativo.

La teoría del derecho de Robert Alexy transcurre invariablemente en problemas de ambos resortes. Se preocupa Alexy tanto de conocer la naturaleza del derecho, como en términos de su perfectibilidad. El derecho es algo dado, una práctica social; pero a la vez es algo que se encuentra en permanente construcción. A este carácter bifronte del derecho, Alexy ha denominado “tesis de la naturaleza dual” (Alexy, 2010). Esta tesis implica que el derecho tiene tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica<sup>3</sup>. Se volverá más adelante sobre esta tesis, por lo pronto, importa tener presente la forma en que Alexy enfoca el problema eje de su construcción: la relación derecho y razón.

De este gran punto de estudio, Alexy se ha formulado preguntas más específicas, las cuales se pueden considerar como las preguntas fundamentales de su obra, y que pueden ser resumidas en tres: (i) cómo son posibles decisiones razonables en el derecho; (ii) cuál es el concepto y naturaleza del derecho y (iii) cuál es la naturaleza y forma de aplicar los

---

expresión supuestamente neutra en cuanto al valor, como por ejemplo “causa mucho dolor”) y de un indicador de actitud”. En este sentido, aunque el término “razonable” implica un juicio evaluativo, esto solo sería en parte, porque, igualmente, definiría un juicio descriptivo.

<sup>3</sup> Buscando mediar en la disputa entre el enfoque iuspositivista e iusnaturalista, Brian Bix dice: “Puede ocurrir que la doble naturaleza del derecho –como institución social y como práctica que suministra razones- haga imposible capturar la naturaleza del derecho mediante un único enfoque, y que se necesite un enfoque más “neutral” (como el del positivismo jurídico) para comprender su lado institucional, y un enfoque más evaluativo (como el de las teorías del derecho natural) para dar cuenta de su lado de práctica que confiere razones” (Bix, 2003: 627).

derechos de la ley fundamental o constitución. Estas preguntas se corresponden igualmente con su trípode bibliográfico conformado por su *Teoría de la Argumentación Jurídica* (1983), *El concepto y la validez del Derecho* (1992a) y, por último, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), respectivamente. Sin embargo, no debe entenderse dicha correspondencia como perfecta; las obras, como los problemas, no pierden relación entre ellos, más bien se alimentan recíprocamente. Estos tres problemas desmembrados revelan, precisamente, ese carácter dual que Alexy atribuye al derecho.

El problema (i) hace entrar a su teoría al plano normativo o prescriptivo<sup>4</sup>. Sin embargo, antes de hacerlo debe dar cuenta de cuál es la racionalidad actual en las decisiones en que se fundamenta el derecho. Contrario a Hart, piensa que la decisión judicial en los casos difíciles no puede quedar a discrecionalidad del operador jurídico. Y siguiendo a Dworkin, Alexy estima que no debe abandonarse la tesis de la única respuesta correcta (Alexy, 1988: 148), aunque ésta sólo deba tenerse como “idea reguladora”<sup>5</sup> (Alexy, 1988: 151). Así mismo, contrario a Dworkin estima que su error fue presentar el proceso interpretativo, que lleva a la consecución de la respuesta correcta, como un trabajo en manos de un

---

<sup>4</sup> Alexy se refiere a su teoría de la argumentación como analítico-normativa (Alexy, 1983: 35). A diferencia de algunos autores que opinan que Alexy mezcla tanto visiones normativas como descriptivas (Atienza, 2005: 200-201) y para otros, quienes opinan que su visión es más que todo descriptiva (García, 1999), para el autor de estas páginas es ostensible el carácter esencialmente normativo de la teoría de la argumentación de Alexy, sobre todo porque la utilización de reglas discursivas es necesaria para determinar la corrección de los enunciados jurídicos. Es así como el carácter de lo que se pretende describir es marginal, si bien Alexy piensa que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, lo que podría considerarse como una tesis descriptiva, su teoría de cómo arribar a enunciados correctos es el objeto principal de su teoría de la argumentación.

<sup>5</sup> Al respecto de las dos formas de las decisiones correctas (como realidad ontológica o como idea reguladora) ver (Neumann, 2006: 52-ss).

superhombre: el Juez Hércules. El esfuerzo no puede ser monológico, debe ser dialógico o pragmático, en otras palabras, intersubjetivo. Es entonces, la teoría del discurso, la elección de análisis escogida por Alexy, el punto desde donde se construye la respuesta a cómo hacer más razonables las decisiones en el derecho.

Por otra parte, para resolver (ii), la Teoría del Derecho debe identificar cuáles son los argumentos que se utilizan en el discurso en torno a la naturaleza del derecho, para de esta manera, elaborar un concepto que describa de la mejor manera la naturaleza del mismo. Se puede observar que aunque este problema se aborda también desde la Teoría del Discurso, a diferencia de la anterior, se refiere a un plano descriptivo de la relación.

Durante la década de los años setenta del siglo XX, la Teoría del Derecho se encontraba incipiente frente al problema de las constituciones de la posguerra. Estas positivaron un nuevo catálogo de derechos a los que les da el carácter de “fundamentales”, que se caracterizan por ser abiertamente plurales. La *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy, que es su tesis de habilitación, se dirige a exponer su consistencia y estructura (en el plano descriptivo) y su forma de aplicación, previa ponderación, en caso de colisión entre principios (plano prescriptivo). De esta manera, Robert Alexy propone la resolución de (iii).

A partir de estas preguntas fundamentales Robert Alexy ha encarado de maneras diferentes el tema de la relación derecho y moral. En este orden de ideas, cuando se refiere a (i), Alexy ha propuesto la construcción de una forma de discurso racional jurídico como caso especial de un discurso práctico racional general, esto es, su conocida “tesis del caso especial”; cuando lo hace acerca de (ii) ha propuesto básicamente el *argumento de la*

*corrección y el argumento de la injusticia.* Y por último, con relación a (iii) ha desarrollado el denominado *argumento de principios.*

El presente capítulo tratará tanto la tesis del caso especial, como el argumento de la injusticia y el argumento de principios. El argumento de la corrección, el cual se plantea analizar a mayor profundidad en esta investigación, se estudiará de forma separada en el capítulo II.

### 1.1.2. *Filosofía del Derecho, Metodología y Concepto del Derecho.*

Antes de continuar, es conveniente hablar un poco acerca de conceptos fundamentales en la obra alexiana y que servirán para entender algunos apuntes metodológicos. Esto es acerca de los apuntes generales del pensamiento de Robert Alexy.

Para Alexy, 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 éstas dos cosas” (2003a: 36). En términos generales filosofía es ontología, ética y epistemología. Estos tres objetos de la filosofía como reflexión acompañaran su estudio acerca del derecho. Lo anterior, toda vez que estima que el objeto de la filosofía del derecho es hacerse estas mismas preguntas pero con relación al derecho (Alexy, 2003a: 38).

Vislumbra Alexy un problema en cuanto a la anterior definición. Si la filosofía del derecho sólo es tal, en cuanto puede diferenciar su objeto (el derecho) de otros objetos, pero, al mismo tiempo, la finalidad de la filosofía del derecho es la reflexión acerca del *ser* del derecho, parece que se ha entrado a un problema de circularidad. La forma de romper ésta circularidad lo lleva al campo de la metodología de la filosofía del derecho. Propone,

entonces, la irrupción en el ciclo con una “pre-comprensión sugerida por la práctica establecida” para luego elaborar una “reflexión crítica y sistemática” (2003a: 38). La pre-comprensión de la práctica establecida se desenvuelve en entender el derecho como una actividad o una práctica. En sus palabras: “El objeto de la filosofía del derecho, es decir, el derecho, es una actividad. Además de ello, también la filosofía del derecho es ella misma una actividad” (Alexy, 2003b: 52).

Al concebir al derecho como actividad, saca su reflexión del plano del subjetivismo puro; el derecho es entonces una actividad intersubjetiva. En este punto la elección metodológica se direcciona hacia la teoría social discursiva. La teoría del discurso, será el insumo más importante para el análisis del derecho como actividad en la obra de Alexy. Esta teoría es concebida como “una teoría procedimental de la corrección práctica” (Alexy, 1996: 19). Es procedimental en tanto, que los enunciados sólo se entenderán correctos, sí son producto de una determinada forma discursiva (Alexy, 1992b); práctica en tanto que se refiere a lo que hay que hacer u omitir, o lo que puede ser hecho u omitido (1983: 207) y de corrección en tanto que en los discursos, al contrario de las acciones, se cuestiona la validez de las proposiciones (Alexy, 1983: 114). La elección de teoría del discurso como modelo utilizado, según Alexy, excluye otras posibles como las de las teorías contractualistas hobbesianas, que siendo también procedimentales, se refieren a un proceso de negociación. “El procedimiento del discurso es un procedimiento de argumentación” (Alexy, 1996: 19). Así, “en el discurso no se produce nada salvo argumentos” (Habermas citado por Alexy, 1983: 115).

La filosofía del derecho como “un debate sobre cuáles son las verdades necesarias acerca del derecho” (Alexy, 2006a: 78), o como actividad reflexiva acerca del concepto y la naturaleza del derecho<sup>6</sup>, se desarrolla en un discurso: el discurso de la filosofía del derecho. Ahora, de acuerdo a lo anterior, los discursos se llevan a cabo mediante argumentos, en cuyo caso existen argumentos sobre los cuales se construye, de manera particular, el discurso de la filosofía del derecho. Así, siendo la filosofía del derecho una actividad reflexiva, entonces ésta “es argumentación acerca del derecho” (Alexy, 2003b: 53). En este sentido, correspondería a la filosofía del derecho delimitar cuáles son esos argumentos, y a partir de allí, iniciar su construcción acerca de la naturaleza del derecho. Se ve claro, entonces, la propuesta metodológica de Alexy, que no es otra que partir del “análisis

---

<sup>6</sup> La diferencia entre concepto y naturaleza es tratada por Alexy en (2006a: 86-ss y 2006b: 88-ss). Allí, básicamente, defiende la idea que la naturaleza del derecho correspondería al *ser* del derecho, i.e. a la esencia, o sus propiedades necesarias. Mientras el concepto, sería una entidad compleja que, por un lado, es producto de la cultura y he allí su carácter convencional, pero, por otro lado, pretende ser adecuado a la naturaleza del objeto al que se refiere (Alexy, 2006b: 90). Por otra parte, también cabe hacer un poco más de precisión en la manera en que Alexy utiliza el término “necesidad”, el cual resulta ser particularmente complejo en su obra. El iusfilósofo alemán, de acuerdo a Paula Gaido, distingue entre cuatro tipos de necesidad: absoluta, relativa, conceptual y normativa (Gaido, 2011: 56). Así, para Alexy “La contrapartida de la necesidad relativa es la necesidad absoluta. La necesidad absoluta implica la inmunidad de un esquema conceptual frente a la revisión. La necesidad relativa no es una necesidad *del* esquema conceptual, sino una necesidad *dentro* del esquema conceptual” (2003b: 58, Nota 4). En cuanto a la diferencia entre necesidad conceptual y necesidad normativa, Paula Gaido, haciendo lectura de la obra alexiana, propone entender la primera como dependiente “de las convenciones lingüísticas de una determinada práctica, dentro de las cuales están incluidas, en el presente contexto, las reglas constitutivas de los respectivos actos lingüísticos”, y las segundas como aquella necesidad en la cual “lo necesario está vinculado con los valores subyacentes en la práctica jurídica” (Gaido, 2011: 56-57). Esta última definición resulta un tanto extraña con aquella de Alexy que identifica lo normativamente necesario con lo obligatorio (Alexy, 1989: 46, Nota 4), sin embargo, no profundizaremos en este momento en esta diferencia.

sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho” (2003a: 39).

Alexy descubre que los argumentos acerca de la naturaleza del derecho giran en torno a tres problemas (2003a: 39-40; 2003b: 54). El primero es el determinar “¿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?”. Esto abarca el problema de las normas y sistema jurídico. El segundo problema se refiere a la realidad social del derecho y en este sentido a su relación con la coerción, con la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas, y con la aceptación acerca del mismo. El tercer problema se refiere a la corrección o legitimidad del derecho; siendo la pregunta acerca de la relación derecho y moral el punto más importante. Para cada uno de estos problemas han surgido históricamente distintas visiones acerca de la naturaleza del derecho: normativista, realista e iusnaturalista.

Retrocediendo un poco al problema de la filosofía del derecho, Alexy propone cuatro tesis acerca de éste (2003a: 41). La primera es la “tesis de la naturaleza general” que implica que la filosofía del derecho participa de los problemas de la filosofía en general. La segunda, la “tesis del carácter específico” de acuerdo a la cual la filosofía del derecho tiene problemas que le son particulares. En tercer lugar se encuentra la “tesis de la relación especial” que indica que existe una relación de este tipo entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica como la filosofía moral o la filosofía política. Y por último, la tesis del “ideal comprensivo” que abarca las tres primeras y que indica que la filosofía del derecho solo podrá tener éxito “si alcanza el nivel no sólo de una o dos de estas tesis, sino el de



tres”. Es interesante observar como para Alexy el ideal comprensivo solo tendría éxito si resuelven las tres tesis incluyendo la primera de la naturaleza general. Es decir, solo cumpliría a plenitud su cometido si los problemas de la filosofía general son resueltos.

Posteriormente, la tesis del ideal comprensivo es llevada del ámbito de la filosofía del derecho al de la teoría del derecho. Para Alexy es exitosa la teoría del derecho en cuanto logre conectar, de la mejor forma, las repuestas a los tres problemas<sup>7</sup>.

En su entender un concepto que expresa resumidamente la naturaleza del derecho y cumple con dichos ideales sería:

“El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección” (Alexy, 1992a: 123).

De acuerdo a Alexy (2006a: 77-78) el concepto de derecho es un concepto de tipo no-natural, es decir, opuesto a la clase natural de conceptos como el de aquellos que corresponden a objetos como: agua, agujeros negros o matar. Sin embargo, el concepto de

---

<sup>7</sup> “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” (Alexy, 2003a: 40).

derecho tiene un carácter especial. A pesar, de ser de tipo no-natural, el concepto del derecho está intrínsecamente ligado con conceptos de tipo natural. En la definición anterior se aprecian dichos conceptos, como: sistema de normas, eficacia social, etc.

La definición de derecho expresada, la caracteriza como propia de un punto de vista interno o del participante<sup>8</sup>. De ella, sin embargo, es importante extraer algunas consideraciones. Aunque trata de ser una respuesta a (ii), es decir, un concepto que refleje de la mejor manera la naturaleza del derecho, este incluye elementos fundamentales que Alexy propone como respuesta a (i) [¿cuál es el concepto y naturaleza del derecho?] y (iii) [¿cuál es la naturaleza y forma de aplicar los derechos de la ley fundamental o constitución?]. El incluir en el concepto “principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho”, revela su concepción discursiva del derecho. Mientras que el concepto de “normas” es central para comprender el argumento de los principios.

En este orden de ideas, veremos la tesis del caso especial como una de las principales teorizaciones alexianas, y que realiza a partir de la teoría del discurso. Posteriormente, se verá el argumento de la injusticia como parte del concepto de derecho, pues indica los límites y contornos de este. En última instancia, en el presente capítulo se tratará el argumento de los principios. Los tres puntos anteriores se expondrán en tanto, como se

---

<sup>8</sup> Para Alexy la perspectiva del *participante* la adopta quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado, mientras que la perspectiva del *observador* la adopta quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino que se pregunta cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico (Alexy, 1989: 50; Alexy, 1992a: 31). Ver Nota 15.

señaló, son conclusiones que indican una conexión necesaria entre el derecho y la moral, a partir, de preguntas disímiles [(i), (ii) y (iii)].

## 1.2. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

Ronald Dworkin piensa que el que positivismo jurídico falla al no incluir en el sistema jurídico el derecho por principios (Dworkin, 1984: 99). El derecho entonces, para éste autor, se erige sobre dos niveles: el de las reglas y el de los principios. Cuando una respuesta no puede ser encontrada en el derecho de las reglas, se debe acudir al nivel de los principios. En este punto el Juez debe construir un esquema de principios que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes, estipulaciones constitucionales y legislativas (Dworkin, 1984: 190). Se puede observar como entonces para este autor queda todo el peso decisivo en el derecho, librado a la voluntad del juez. Si bien es cierto que se le exige “coherencia”, no parece haber manera de negar la posibilidad de un puro decisionismo que, en última instancia, también sea “discrecional”.

Robert Alexy procura solventar el problema del solipsismo del juez dworkiniano, a partir de la teoría del discurso. El discurso es una forma de comunicación donde se han puesto en duda informaciones o aseveraciones y se investiga su justificación (Habermas citado por Alexy, 1983: 114-ss). Como comunicación, el discurso es intersubjetivo y se desarrolla mediante argumentos propuestos por los participantes.

Parte entonces Alexy de la existencia de un discurso práctico general, donde se discute la fundamentación de lo que debe estar prohibido o permitido. En este sentido, Alexy propone

la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (1983: 34, 206-ss; 1992b: 72; 1999b). Las principales razones que lo llevan a defender la tesis del caso especial son tres (Alexy, 1983: 206-207): (a) el discurso jurídico se refiere a cuestiones prácticas, es decir, “a cuestiones sobre lo que se puede hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, por lo cual, requiere de la utilización de la razón práctica<sup>9</sup>; (b) los participantes tanto del discurso jurídico como del discurso práctico general elevan una pretensión de corrección y, por último, (c) es especial porque tiene limitaciones dadas por la legislación, la jurisprudencia, la dogmática jurídica, etc.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Para una defensa de este punto distinta de la realizada por Alexy, ver (Pavlakos, 1998: 128-129). Este autor resume su defensa del carácter práctico de la siguiente manera: Si las cuestiones jurídicas no son cuestiones prácticas entonces deben ser cuestiones teóricas. Sin embargo, no son cuestiones teóricas por tres razones. La primera es que las cuestiones prácticas son cuestiones acerca de razones para la acción mientras que las teóricas se refieren a la validez de teorías empíricas o hipótesis. La segunda se refiere a las consecuencias; las cuestiones teóricas no implican alguna responsabilidad para sus agentes, las cuestiones prácticas están conectadas con sanciones e implican responsabilidad en la decisión. La tercera y última razón es que las cuestiones jurídicas son percibidas bajo las categorías de correcto e incorrecto, y no bajo las formas verdadero/falso. Por otro lado, para el Profesor Alfonso García Figuerola, desde una visión positivista, opina que los “razonamientos jurídicos no siempre presentan un carácter normativo, dada la existencia en los sistemas jurídicos de, por ejemplo, definiciones” (García, 1999: 211 Nota 55). El profesor español realiza una interesante conceptualización de las diferentes connotaciones que puede presentar la tesis del caso especial y muestra como algunas versiones de esta tesis pueden ser consecuentes con los postulados del positivismo jurídico; en todo caso la tesis alexiana no entraría en este grupo (ver García, 1999).

<sup>10</sup> Existen distintas críticas en cuanto a las limitaciones del discurso jurídico. De acuerdo a Ulfried Neumann (citado por Habermas, 1992: 303) las restricciones específicas a que se hayan sujetas las partes ante un tribunal no permiten que se pueda medir el curso del proceso bajo los criterios de un discurso racional. Aun si se toma en cuenta únicamente la perspectiva del juez como señala Habermas y Alexy (Habermas, 1992: 303; Alexy, 1999b: 25-26) para determinar la búsqueda de corrección, esto se entendería como monológico y excluiría a las partes como participantes discursivos (Neumann citado por Alexy, 1999b: 26). De acuerdo a George Pavlakos la crítica de Neumann se dirige más contra (a) pues considera que busca señalar las deficiencias del carácter práctico de las cuestiones jurídicas (ver Pavlakos, 1998: 127-128). Emmanuel

Al hablar de la necesidad de la utilización de la razón práctica en el pensamiento jurídico, Alexy modifica la concepción de sistema jurídico. A diferencia de Dworkin, piensa que no se puede llegar únicamente a partir de los principios a la respuesta correcta, así sea sólo de manera aproximada, sino que se debe complementar con una teoría de la argumentación jurídica (Alexy, 1988: 149). Ya no se habla únicamente de un sistema formado por reglas y principios (Dworkin, 1984), sino de un sistema jurídico formado por tres niveles: reglas, principios y razón práctica (Alexy, 1988: 148-149). Entiende Alexy por razón práctica la “capacidad de alcanzar juicios conforme a las reglas del discurso práctico general” (1995b: 48). También se puede decir que son producto de la razón práctica las decisiones que resultan de un discurso práctico racional general. Este último es un discurso ideal y que, por tanto, sólo puede ser realizado de manera aproximativa<sup>11</sup>. Sin embargo es esta misma

---

Melissaris, por su parte, estima que la tesis del caso especial falla en (c) cuando considera que las limitaciones del discurso jurídico están dadas por la dogmática, la legislación, la jurisprudencia, etc., pues, estas lo que toman en cuenta es el *comportamiento* de las partes y no las *condiciones* del dialogo jurídico institucionalizado (2005: 467). Una consecuencia importante de lo anterior es que, de acuerdo a la tesis del caso especial, el discurso jurídico no puede ser diferenciado de otros discursos prácticos. El error alexiano se encuentra de acuerdo a Melissaris, en que se presupone la idea de “discurso jurídico institucionalizado”. Por tanto, la propuesta de este autor se concentra en cuatro condiciones que se asientan en la idea de que el discurso jurídico tienen lugar en un “marco comunicativo pre-configurado” que está más allá de toda problematización (Melissaris, 2005: 469). Básicamente, estas condiciones se refieren al espacio (topos), tiempo (chronos), capacidad de transformar hechos en palabras (aletheia) y capacidad de transformar palabras en hechos (logos).

<sup>11</sup>A pesar que para la teoría del discurso, el discurso, como tal, es un hecho social, Alexy se refiere a una forma de discurso “racional” que no es un hecho, sino que es un ideal. Este discurso ideal solo puede realizarse de manera aproximativa. Es importante seguir, como a pesar que se habló, anteriormente, que el análisis del derecho a partir de teoría del discurso hace entrar a Alexy en el plano prescriptivo, para él, el discurso jurídico es un hecho social. Lo que ocurre es que el problema fundamental de resolver, la difícil relación derecho–razón, lleva a Alexy a realizar propuestas ideales de discursos racionales. Sin embargo, queda abierta la pregunta de hasta qué punto el discurso no es en sí mismo racional, pues como se verá

idealidad del discurso práctico racional general, lo que hará, de acuerdo a Alexy, que los participantes se decanten por “la introducción de reglas jurídico-positivas, su aplicación en forma judicial, así como su imposición coactiva”, lo que tiene como última finalidad “asegurar la posibilidad de discursos prácticos generales” (Alexy, 1983: 38).

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Alexy crea un “bosquejo” de una teoría del discurso práctico racional general<sup>12</sup>. Se propone crear “algo así como un código de la razón práctica” (Alexy: 1988: 150). Este código está conformado por un conjunto de reglas que definirán la racionalidad del discurso, que no es otra cosa que un “procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos” (Alexy, 1991a: 39).

Estima Alexy que su teoría del discurso es normativa, pues en ella se “establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso” (1983. 178). Entonces al ser normativa, requiere de reglas, que en el discurso práctico general, servirán para fundamentar otras normas. Las reglas del discurso racional se fundamentan de cuatro formas posibles: técnica, empírica, definitoria, pragmático-universal (Alexy, 1983: 178-ss). La forma técnica implica considerar las reglas del discurso como reglas que prescriben

---

posteriormente, es de la práctica discursiva de donde se fundamentan las reglas que llevan al discurso a la racionalidad.

<sup>12</sup> Una crítica también muy recurrente contra la tesis del caso especial es que ésta no diferencia entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación del derecho (Klaus Günther citado por Habermas, 1992: 304-ss). Velasco (1999: 62) resume bastante bien la posición de Günther diciendo que lo que entiende Alexy por discurso jurídico no sería más que un caso especial del discurso práctico de fundamentación. La razón básicamente estriba en que en que mientras en los discursos de fundamentación “el problema se centra en la *corrección de las normas jurídicas...* en los discursos de aplicación el tema se ciñe a la aclaración y justificación de la *corrección de una decisión jurídica*” (Velasco, 1999: 62).

medios para determinados fines. La forma empírica parte de considerar que existen reglas que rigen de hecho. La forma definatoria propone la aceptación de un sistema de reglas elaborado para definir un juego de lenguaje. Y, por último, la forma pragmático-universal proviene de un término acuñado por Habermas, e implica que determinadas reglas son condiciones para la posibilidad de la comunicación lingüística. A pesar de que estas reglas fundamentan la creación de nuevas reglas, estima Alexy que no es necesario fundamentar estas con reglas de tercer nivel. Considera que esto no es irrazonable, pues estima que su fundamentación “no es posible” y dado que la discusión hay que comenzarla de alguna manera, es razonable hacerlo “sobre la base de reglas no justificadas” (Alexy, 1983. 184). Las reglas que propone Alexy como parte de su discurso práctico racional general se encuentran fundamentadas de maneras distintas y de acuerdo a una mezcla de las formas antes dichas. Sin embargo, no deja de considerar a la fundamentación pragmático-universal como la mejor base para ello.

La racionalidad del discurso práctico general está garantizada por las reglas del discurso racional. Forma Alexy un catálogo de reglas y las divide en fundamentales, de razón, de la carga de la argumentación, la forma del argumento, de fundamentación y, por último reglas de transición (1983. 185-ss). No se entrará a ver cada una de las reglas que conforman la teoría del discurso práctico racional general, baste la mención de las categorías en que se construyen para entender, a grandes rasgos, de que se trata el asunto. Las reglas fundamentales son reglas acerca de la no contradicción, y de veracidad de lo afirmado (veracidad en el sentido de que el participante debe creer en lo que afirma). Las reglas de razón imponen la obligación de fundamentar lo que se afirma. Las reglas de la carga de la argumentación señalan a quien le corresponde argumentar en ciertos asuntos, como en el

porqué de un trato desigual entre participantes, o cuando se ataca una proposición no objeto de la discusión, etc. Con la exposición de la forma del argumento del discurso práctico, Alexy busca dejar en claro cómo es la estructura de los mismos. Las reglas de fundamentación se refieren algunas al principio de generalizabilidad y otras que se refieren a la fundamentación de las aserciones que se aducen en el discurso como la que se dirige a la prueba de la moralidad de su génesis frente a un prisma histórico crítico, etc. Y por último, las reglas de transición se refieren a la forma en que puede pasarse del discurso práctico a otro tipo de discurso como el teórico.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el cumplimiento de las reglas del discurso racional sirve para caracterizar el resultado como racional y no lo enviste de certeza absoluta (Alexy, 1983: 177). Pero permite descartar los resultados discursivamente imposibles y por ello impone los opuestos a estos como discursivamente necesarios (Alexy, 1983: 37). Lo último frente a la profunda crítica elevada contra la teoría del discurso, por presuntamente no proporcionar verdadera corrección, sino simplemente un consenso al que es factible llegar incluso en casos de histeria colectiva. Alexy contesta lo anterior diciendo que sería desproporcionado y excesivo pedir corrección absoluta frente a cuestiones prácticas y, que, solo cuando se suprime esta exigencia, el procedimiento discursivo se muestra con claridad más adecuado que cualquier otro para “desarrollar al mismo tiempo la capacidad de imaginación y de juicio, y de ejercer un control racional y, de esta manera, aproximarse a la corrección” (Alexy, 1991b: 294).

En lo que se refiere a la pretensión de corrección que comparten tanto el discurso práctico general como el discurso jurídico, será tratado en el capítulo dos de esta investigación. Por



otra parte, las limitaciones propias del discurso jurídico que hacen que éste sea un caso especial son la legislación, la dogmática jurídica y el precedente. Las limitaciones del discurso jurídico, llevan a Alexy a proponer que la justificación del razonamiento jurídico deba ser tanto interna como externa (1983: 213-ss). La justificación interna se refiere a si “la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen”. La obligación de justificar internamente las decisiones en un discurso jurídico es condición de la racionalidad de este; además, promueve la seguridad y universalidad tanto de las premisas como de las conclusiones y, de esta manera, lo dirige hacia la consecución de justicia formal (Alexy, 1983: 220). La exigencia del deber de aducir por lo menos una norma universal para toda decisión jurídica es de gran importancia, toda vez que si dicha norma no puede extraerse del derecho positivo, entonces debe ser construida (Alexy, 1983: 215). Lo anterior, lleva a poner sobre la mesa la parte creativa del derecho, y éste constituye el aspecto más importante de la justificación interna (Alexy, 1983: 220). La justificación de estas premisas “creadas”, no extraídas del derecho positivo, corresponde hacerla en la justificación externa. En el discurso jurídico la corrección de las premisas, en otras palabras su justificación externa, está dada, entre otras cosas, por la correcta articulación del uso del precedente, la legislación y la dogmática jurídica. Esto se logra racionalmente, siguiendo las reglas del discurso jurídico.

La relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico es integradora (Alexy, 1983: 39). Es decir, “el uso de los argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales” (Alexy, 1983: 39). La conexión entre los dos discursos la considera Alexy necesaria. La argumentación jurídica depende de la

argumentación práctica general (Alexy, 1983: 277) y los discursos jurídicos surgen de las debilidades del discurso práctico general (Alexy, 1983: 273).

Estima Alexy que hasta los positivistas están de acuerdo en que las normas positivas tienen una textura abierta (Hart, 1961: 155-ss). Pero en lugar de seguir que frente a un caso difícil lo único que le queda al operador jurídico es resolver a su discreción (Hart, 1961: 158-159), Alexy piensa que se debe apelar a argumentos prácticos para fundamentar la decisión. De esta manera, el discurso jurídico recurre, de forma más explícita, al discurso práctico general frente 1) a la vaguedad del lenguaje del derecho, 2) la posibilidad de conflictos normativos, 3) el hecho de que son posibles casos en los que exigen una regulación jurídica, pero para cuya regulación no se encuentra ninguna norma ya vigente, y 4) la posibilidad de decidir casos en contra del tenor literal de la norma (Alexy, 1983: 274).

Al apreciar Alexy el derecho desde la perspectiva de la teoría del discurso, lo entiende como un fenómeno social: el discurso jurídico. La conexión del derecho (o discurso jurídico) en la tesis del caso especial se explica a partir de los vacíos que se encuentran en el discurso jurídico y los límites que se encuentran en el discurso práctico general. El derecho necesariamente presenta vaguedad, conflictos, etc., y en la medida, en que no puede resolver estos problemas a partir de sus propias directivas, el derecho debe recurrir a elementos extrajurídicos morales. Se constata entonces la conexión derecho y moral a partir de la teoría de discurso.

### 1.3. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS.

Según Alexy, los derechos humanos se definen por cinco notas características que son: universalidad, fundamentalidad, abstracción, moralidad y prioridad (Alexy, 2004: 12-13). La existencia de los derechos humanos depende de su fundamentalidad (Alexy, 2004: 13). De esta manera, “*human rights exist if they are justifiable*” (Alexy, 2010: 178). Estima Alexy que en definitiva los derechos humanos son justificables a partir de fundamentaciones explicativas y existenciales (2004: 20), por tanto, ellos efectivamente existen.

Los derechos constitucionales son derechos humanos positivizados; son derechos que han sido reconocidos en una constitución con el objeto de transformarlos en derecho positivo (Alexy, 2010: 178). Así mismo, los derechos constitucionales fundamentales sería producto del discurso racional e incluiría una preferencia de los bienes individuales sobre los colectivos (Alexy, 1991a: 40).

A partir, de la base anteriormente descrita, Alexy entiende por derechos fundamentales, los pertenecientes a la Norma Fundamental (Constitución). Una de las conclusiones más importante de su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, es que las normas de derecho, fundamentalmente, son de dos tipos: reglas y principios (Alexy, 1986: 63-ss); mientras los primeros son mandatos definitivos, los segundos son mandatos de optimización<sup>13</sup>. El conflicto entre reglas se soluciona mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o con la declaración de invalidez de una de

---

<sup>13</sup> Alexy también se ha referido a esta distinción diciendo que “los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos”, mientras que “los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*” (Alexy, 1991a: 30).

ellas. Los principios en cambio “colisionan”, y para resolver dichas colisiones se requiere de ponderación, que concluirá que, frente a determinadas circunstancias, un principio precede a otro.

Los principios y los valores tienen una estructura similar, así como los enunciados sobre valores “pueden reformularse en enunciados sobre los principios, y los enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores, sin pérdida alguna de contenido” (Alexy, 1986: 117-118). Sin embargo de lo anterior no se desprende que sean idénticos. La diferencia fundamental es que los principios se encuentran en un nivel deontológico, mientras que los valores se encuentran en un nivel axiológico. Sin embargo, no se equivoca, bajo lo anterior, quien piense que los principios son valores pero a nivel deontológico, así por lo menos en su materia. Entonces, hablar de principios, implica hablar de moral en el derecho<sup>14</sup>. Tomando en cuenta la forma de colisión, Alexy indica que “la única diferencia es que la colisión se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor” (1988: 145). De esta manera, “ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales” (Alexy, 1988: 149).

Además la existencia de principios responde a una necesidad pragmática del derecho. En palabras de Alexy

---

<sup>14</sup> En consonancia con Alexy, Habermas defiende que “los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales” (Habermas, 1986: 545).

“...en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico” (Alexy, 1992a: 78).

Y de esta manera,

“... el argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito del derecho positivo, es decir del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación entre el derecho y la moral” (Alexy, 1992a: 74).

Se habla de “juez”, toda vez que, en la construcción que realiza Alexy prepondera el punto de vista del participante<sup>15</sup>. Sin embargo, se puede válidamente generalizar el punto diciendo que, de acuerdo al argumento de principios, existe una vinculación entre derecho y moral toda vez que el derecho, por lo menos el de los Estados Democráticos Constitucionales, ha positivado imperativos morales (derechos humanos). Imperativos que gozan de “prioridad” y que irradian validez sobre el resto del ordenamiento jurídico<sup>16</sup>. Pero que el

---

<sup>15</sup> Frente a la distinción entre punto de vista del observador y punto de vista del participante, Alexy toma partido del segundo como punto de inicio para un estudio del derecho y de las tesis de la conexión y de la separación. Estima Alexy, que desde la perspectiva del observador, la tesis de la separación del positivismo es esencialmente correcta (1992a: 41), cosa contraria a lo que ocurre con la perspectiva del participante.

<sup>16</sup> “Los derechos humanos en cuanto son derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado” (Alexy, 2004: 13).

juez en todo caso, frente a casos difíciles también recurre a principios, aunque estos no se encuentren positivizados, lo que afirma el carácter necesario de dichos entes.

Como se observa este argumento no tiene las intrincadas complejidades en su formulación como ocurrió, en el apartado anterior, con la tesis del caso especial, realizada a partir de la teoría del discurso. Igualmente, contrario al argumento anterior, éste no tiene una relación estrecha con el argumento de la corrección. Lo que sucede es que la tesis del caso especial implica una construcción a nivel de teoría del discurso, y el discurso necesariamente eleva una pretensión de corrección. Mientras que el argumento de los principios, parte de un análisis general de la estructura de la constitución.

Contra el argumento de los principios se ha alegado que, del hecho que un juez en ciertos casos recurra a *standars* por fuera del sistema jurídico, no quiere decir que dichos *standars* hagan parte del sistema jurídico (Raz, 2007: 34-35). Por ejemplo, si el sistema jurídico británico pide recurrir al derecho extranjero en ciertos aspectos, de allí no se desprende que el derecho extranjero haga parte del sistema jurídico británico.

En fin, no es el objeto de la presente investigación ahondar en las objeciones realizadas a este argumento, sin embargo, el punto de ataque de Raz demuestra que se puede tratar de un asunto de semántica alrededor de lo que se entiende por “sistema jurídico”. Esto es compartido, por Alexy, quien reconoce que el punto de Raz sería correcto si se entendiera por sistema jurídico el sistema jurídico positivo (Alexy, 2007: 55).

#### 1.4. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA

En el seno de la discusión acerca de la naturaleza y concepto del derecho, es decir, como se vio anteriormente, en el discurso de la filosofía del derecho, así como entorno a los argumentos aducidos frente a la pregunta de la relación derecho y moral, se han elevado posiciones ya paradigmáticas. Se trata de aquellas defendidas por la “tesis de la separación” y la “tesis de la vinculación”, y que identifican la postura positivista y no-positivista respectivamente (Alexy, 2006a: 78-ss). La primera de las tesis, indica que “no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral”<sup>17</sup>. El punto de vista del positivismo puede ser dividido en positivismo excluyente y positivismo incluyente. El positivismo excluyente, del cual Alexy coloca de ejemplo a Raz, parte de que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho. El positivismo incluyente, del cual Alexy coloca de ejemplo a Coleman, parte de que la moral no está ni necesariamente incluida ni necesariamente excluida, sino que dicha inclusión es contingente. La segunda tesis, la de la vinculación, defendida por el no-positivismo, indica que “existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral”. Al igual que el positivismo, la visión no positivista se puede dividir en otras varias, a saber: el no-positivismo excluyente, el no-positivismo incluyente y el no-positivismo súper-incluyente. El no-positivismo excluyente expresa la idea de que todo defecto moral se considera apto para excluir a los hechos sociales de las fuentes de la

---

<sup>17</sup> Esta caracterización del positivismo, así como la del no-positivismo varían de la que había realizado en otra oportunidad en los siguientes términos: “todas las teorías positivistas defienden la tesis de la separación. Según ella el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral” (1992a: 13). “En cambio, todas las teorías no positivistas defienden la tesis de la vinculación. Según ella, el concepto derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales” (1992a: 14).

validez jurídica; como ejemplo, de dicha visión, toma a Beyleveld y Brownsword<sup>18</sup>. El no-positivismo incluyente indica que los defectos morales sólo socavan la validez del derecho en ciertos casos. Como ejemplo de un no-positivismo súper-incluyente toma Alexy a Kant; esta versión del no-positivismo mantiene que la validez jurídica no se afecta de ningún modo a causa de la existencia de defectos morales.

Estima Alexy que estas posturas o tesis se pueden defender a partir de argumentos de diferente tipo. Estos tipos de argumentos pueden ser normativos, empíricos y analíticos (Alexy, 1989: 44-ss). Los argumentos normativos son aquellos “basados en la idea de desarrollar lo mejor de una práctica social a la luz de sus funciones o tareas” (Alexy, 2003b: 56-57) o dicho de una mejor manera, son aquellos que “se aplican cuando se aduce que el derecho en sí mismo o algunas propiedades del derecho son necesarias para satisfacer ciertas funciones o tareas o para cumplir con ciertas normas o valores” (2003b: 58). “Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse normativamente necesarias” (Alexy, 1989: 46)<sup>19</sup>. Esta necesidad normativa no debe confundirse con la necesidad conceptual, pues la primera solo significa decir que algo es obligatorio (Alexy, 1989: 46). El argumento normativo defiende una tesis diciendo que existen mejores razones para sostenerla que para no sostenerla. Aquellos argumentos que se basan en la descripción de cierto uso del lenguaje o práctica como aquellos que se refieren a necesidades fácticas, son argumentos empíricos. Por último, los argumentos analíticos o conceptuales son aquellos utilizados “cuando se esgrime que la inclusión de elementos

---

<sup>18</sup> Para una análisis más detallado del libro “*Law as Moral Judgment*” de Beyleveld y Brownsword, realizado por el propio Alexy, ver (Alexy, 2006c).

<sup>19</sup> Se hizo referencia brevemente a los distintos tipos de necesidad, incluyendo la necesidad normativa, en la Nota 5.



morales en el concepto de Derecho es conceptual o lingüísticamente necesaria, imposible o meramente posible” (Alexy, 1999a: 83-84). Advierte Alexy que en su defensa de la tesis de la conexión solo utilizará argumentos normativos y conceptuales<sup>20</sup>.

Alexy fundamenta el argumento de la injusticia de un escrito de Radbruch<sup>21</sup> y que sintetiza con la siguiente fórmula:

“La extrema injusticia no es derecho” (Alexy, 1999a: 76).

El argumento de la injusticia, que se resume en la forma anterior, es un argumento de tipo normativo<sup>22</sup> cuando se utiliza para argumentar a favor de la tesis de la conexión entre derecho y moral, señalando que ésta fórmula facilita la mejor solución a los problemas de la injusticia (Alexy, 1989: 46). Parte Alexy, de que, “para Radbruch, la fórmula es el

---

<sup>20</sup> Siguiendo a Paula Gaido podemos concluir con ella que los argumentos conceptuales están orientados a la determinación de las propiedades del derecho *conceptualmente necesarias*, mientras que los argumentos normativos o prácticos están dirigidos a la determinación de las propiedades del derecho *normativamente necesarias* (Gaido, 2011: 58).

<sup>21</sup> La famosa cita de Radbruch que produce la conocida fórmula a él atribuida es: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica” (Radbruch citado por Alexy, 1999a: 75-76).

<sup>22</sup> “Decir que algo es normativamente necesario no significa otra cosa que decir que es obligatorio” (Alexy, 1989: 46). Son argumentos normativos a favor de la tesis de la separación: la claridad lingüístico-conceptual, o que garantiza seguridad jurídica, etc. (Alexy, 1992a: 28).

resultado de sopesar los valores de la justicia y de seguridad jurídica” y, por tanto, “esto es el resultado de una consideración normativa” (1989: 55).

Tanto el argumento de los principios, que se vio anteriormente, como el argumento de la corrección que se verá más adelante, junto con el argumento de la injusticia, sirven para defender directamente una conexión necesaria entre derecho y moral. El argumento de la injusticia viene a apoyar al argumento de la corrección a la hora de definir socialmente lo que es derecho. Si el argumento de la corrección a nivel pragmático, solo sirve para determinar si las normas jurídicas aisladas o las decisiones judiciales son defectuosas o no, el argumento de la justicia nos definirá si son derecho o no, dependiendo de su nivel de justicia o injusticia. La norma jurídica defectuosa por no formular adecuadamente su pretensión de corrección, no perdería su carácter de “jurídica” bajo el espectro del argumento de la corrección. En cambio, bajo la mirada crítica del “argumento de la injusticia”, esta norma sí podría perder su carácter de derecho, si lo que ella estipula pasa en demasía un umbral de injusticia. Los dos argumentos vienen a complementarse en su aplicación. Lo anterior, toda vez que el argumento de la corrección es un argumento analítico o conceptual.

Para Alexy el valor de la seguridad jurídica es determinante para entender que no cualquier injusticia elimina el carácter jurídico de una norma aislada<sup>23</sup>. En este sentido, lo mismo vale para los sistemas jurídicos como un todo (Alexy, 1992a: 70). Si cualquier injusticia fuera

---

<sup>23</sup> Frente a la inseguridad que produciría que cualquier tipo de injusticia eliminara el carácter jurídico de los mandatos de la autoridad, ver (Alexy, 2006c). Para un análisis del principio de seguridad jurídica en la obra de Robert Alexy, ver (Bertea, 2007).

tratada de esta manera habría un desplazamiento inaceptable del principio de seguridad jurídica a favor del principio de justicia.

Se muestra partidario Alexy del no-positivismo incluyente (2006a: 83), pues considera que en ciertos casos el nivel de defecto moral puede ser tan intolerable que, simplemente, el enunciado autoritativo no puede ser tomado como derecho. Así para Alexy, acoger la fórmula Radbruch, significa adoptar un punto de vista no-positivista en su forma incluyente.

En su libro *El Concepto y la Validez del Derecho* (1992a), Alexy define cuales son los fallos del positivismo como concepción. Pretende demostrar, igualmente, tomando la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo (Hart, 1961: 110-111), la corrección del argumento de la injusticia, desde un punto de vista del participante. El estudio, empero, lo lleva a concluir que el argumento de la injusticia no tendría cabida desde la óptica de un observador, pues, desde ella, la tesis positivista de la separación es “esencialmente correcta” (Alexy, 1992a: 41). Lo que lo lleva a realizar una defensa de la distinción participante-observador, frente a distintas críticas<sup>24</sup>.

La defensa del argumento de la injusticia, la realiza Alexy, apoyado en un grupo de objeciones elevadas, igualmente, bajo la forma de argumentos normativos. Se trata de los argumentos lingüísticos, de la claridad, de la efectividad, de la seguridad jurídica, del relativismo, de la democracia, de la inutilidad, y de la honestidad (Alexy, 1992a: 46-ss;

---

<sup>24</sup> Entre las cuales se encuentran la crítica de Joseph Raz para quien, contrario a Alexy (Alexy, 1992a: 32), la distinción entre perspectivas del participante y del observador son muy distintas a las de punto de vista interno y externo de Hart; estima Raz que la distinción propuesta por Alexy es confusa y no responde a ninguna perspectiva especial (Raz, 2007: 22-ss).

1999a: 86-ss). No se entrará al contenido de la discusión en torno a dichas objeciones; sin embargo, se resaltarán que ellas se refieren a los efectos prácticos de la fórmula: el problema del relativismo moral para definir qué es lo extremo, el problema de la innecesaridad de la fórmula para un juez sí el legislador en todo caso puede expedir una ley retroactiva para conjurar los efectos de la injusticia extrema y, con esto, el asunto de su efectividad para evitar regímenes políticos despóticos a diferencia de lo que pueda lograr tradiciones positivistas, la complejidad de un concepto de derecho que incluyera elementos morales para definir sus contornos, el conflicto del activismo judicial en estados democráticos, el asunto de la seguridad jurídica cuando es la moral la que define los límites del derecho, el reproche frente a la negación del principio *nulla poena sine lege*, etc. Estos son ejemplos, de problemas normativos y prácticos a los que se enfrenta el argumento de la injusticia.

A pesar de todo, el problema de los argumentos normativos es más profundo de lo que aparenta. Ya en las primeras páginas de este estudio se advirtió la distinción entre visión de tipo descriptivo y visión de tipo normativo, cuando se habló del problema derecho y razón. Pues bien, dichas categorías remiten al interrogante acerca de la función de la Teoría del Derecho (Cárcova, 2008: 72-73). Así lo reconoce Alexy, sobre todo frente a la respuesta más comúnmente elevada contra el argumento de la injusticia, que es, como puede conocerse algo acerca del concepto y naturaleza del derecho, a partir, de lo que éste *debe ser* (Marmor, citado por Alexy, 2006a: 95-96), ya que, “la aplicación de la fórmula radbruchiana parte de un concepto de derecho normativo” (Sieckmann, 2001: 300). La forma alexyana de solventar el conflicto recurre a lo que él denomina una “visión comprensiva del derecho”, para la cual, el derecho es “lo que se considere correcto que el

derecho sea” (Alexy, 2006a: 96) y que abarca una visión restringida, para la cual, el derecho depende de lo que se haya expedido y de lo que sea realmente eficaz.

Existen múltiples defensores de la fórmula Radbruch [entre otros, (Neumann, 2006: 63), (Peczenik, 1990: 102), (Rawls, 1995: 321)], que levantan el estandarte de una concepción normativista e ideal del derecho, lo que entra en pugna con la escuela positivista que, generalmente, se atrinchera en un concepto de derecho de corte descriptivo y “moralmente neutral” (Marmor, 2006). Para los primeros la fórmula Radbruch puede ofrecer un importante sustento práctico en la forma en que los tribunales deben resolver ciertos casos; mientras que para los segundos, su argumentación es más dudosa cuando se presenta como una teoría acerca de la naturaleza del derecho (Bix, 2006: 149)<sup>25</sup>. De todas maneras, se trata de una batalla, que aún hoy día, se encuentra abierta.

---

<sup>25</sup> El positivista norteamericano Brian Bix se concentra en su estudio (2006) en el aspecto metodológico de las teorías normativas, entre ellas la defendida por Alexy mediante la fórmula Radbruch, llevando la cuestión a la relación entre teoría del derecho y práctica jurídica. Es indudable que la adhesión a la fórmula radbruchiana tenga incidencia en la práctica jurídica en casos particulares. Se ha hecho evidente dicha situación sobre todo en Alemania a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre los “tiradores del muro”, donde declaró, que el material autoritativo expedido por el estado de la RDA no era derecho válido [para un estudio del tema ver (Alexy, 1997a) o (Sieckmann, 2001)]. Por último, indica Bix, que las teorías normativas fallan cuando pretenden unir la solución de casos particulares con la teoría acerca de la naturaleza del derecho, pues en todo caso particular, los resultados pueden ser caracterizados, racionalizados o justificados de diferentes maneras (Bix, 2006, 144). En un trabajo reciente acerca de la fórmula Radbruch, Bix continuando esta línea rescata el valor de ésta cuando es entendida más como una prescripción dirigida al juez que como una analítica y conceptual pretensión acerca de la naturaleza del derecho (ver Bix, 2011).



## CAPITULO II

### EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

Diferentes autores han sostenido pretensiones dentro del derecho. Algunas de legítima autoridad (Raz, 1979: 49), de legitimidad (Garzón, 1990), etc. Y otros, como Habermas, hablan indistintamente de pretensiones de “legitimidad” (1992: 168) y “validez” (1986: 586; 1981: 386), etc.<sup>26</sup>. Como ha señalado Maeve Cooke, aunque haciendo referencia únicamente a Habermas y Alexy, lo que se busca con estas pretensiones es un llamado *contexto-trascendental* que permita abrir el sistema jurídico a la crítica a partir de él mismo (Cooke, 2007: 226). En el caso de Alexy, se puede interpretar como un intento de encontrar un elemento conceptual del derecho, que permita una unión necesaria de éste con la moral. Ese elemento en la obra alexiana, lo constituye la pretensión de corrección.

Anteriormente, se observó que la práctica jurídica, de acuerdo a Alexy, se desarrolla en un discurso porque, al igual que el discurso práctico general, el discurso jurídico eleva una pretensión de corrección. Se refirió que se trata de un “caso especial”, por las limitaciones que trae aparejado el discurso jurídico, como son el precedente, la dogmática, la legislación, etc. En el presente capítulo se tratará la pretensión de corrección que eleva el derecho, y que para Alexy, convierte a éste en un discurso. Sin embargo, es notorio el viraje analítico que ofrece cuando, desde la teoría del discurso, habla del “argumento de la

---

<sup>26</sup> En un trabajo reciente John Gardner (2012) habla además de otros autores que han pensado que el derecho hace ciertas aserciones características, pretensiones, auto-presentaciones, o promesas tales como Drucilla Cornell (“pretensión de neutralidad”), John Finnis (“el derecho se presenta como un tejido sin fisuras”), Philip Selznick (“el derecho promete justicia”) y Jacques Derrida (“el derecho se ejerce el mismo en el nombre de la justicia”).

corrección” y, luego, cuando ya se propone la defensa de dicho argumento, lo hace en términos conceptuales, refiriéndose a la “pretensión de corrección del derecho”.

El argumento de la corrección, que desarrolla mediante el concepto “pretensión de corrección”, es el elemento conclusivo más importante del análisis de Robert Alexy acerca de la naturaleza del derecho. La pretensión de corrección, además de ser un elemento necesario del concepto de derecho, establece una conexión necesaria entre éste y la moral.

El argumento de la corrección es de tipo analítico o conceptual (Alexy, 2003b: 62). Constituye la base para la formulación de los otros argumentos normativos como el de la injusticia. Si el razonamiento jurídico no buscara la corrección sería simplemente “acción estratégica” utilizando un término habermasiano. La importancia del argumento de la corrección frente al argumento de la injusticia, es que el primero explica como la moral tiene alguna “facultad” necesaria para definir los contornos de lo que es el derecho. Como se ha señalado, el argumento de la injusticia lo que persigue es establecer el punto de dichos contornos, que, en otras palabras, es la “injusticia extrema”.

En el presente capítulo se tratará el argumento de la corrección a partir de dos de las relaciones que propone. Esquemáticamente, sería de la siguiente manera:



Alexy forma, apoyado en el concepto “pretensión de corrección”, una especie de puente en favor de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. De un extremo, el derecho se encuentra conectado a la pretensión de corrección, y, del otro, la misma pretensión de



corrección se encuentra conectada con la moral. En este capítulo se estudiará porqué, de acuerdo con Alexy, el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección. Posteriormente, se revisará porqué esta pretensión de corrección plantea una unión necesaria entre el derecho y la moral.

## 2.1. RELACIÓN DERECHO/PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Siguiendo los avances de John Austin en el campo de la filosofía del lenguaje y su teoría de actos de habla, e igualmente fundamentándose en las aportaciones de Jürgen Habermas en la formación de una teoría comunicativa de la sociedad, Alexy piensa que, al igual que los enunciados descriptivos, sobre los enunciados normativos puede hablarse en términos de falsedad y corrección, (1983: 72). No solo los enunciados descriptivos como “está lloviendo” se tendrían como verdaderos, utilizando la clásica “teoría de la correspondencia”, sí y solo sí estuviera lloviendo. Sobre los enunciados normativos que son los que se presentan en los discursos prácticos, también podríamos hablar de alguna forma de “verdad”. Habermas propone entonces una “teoría consensual de la verdad”, para la cual “la condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás”. De esta manera, para Habermas uno solo puede atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que pudiera entablar un diálogo, atribuyera al mismo objeto ese mismo predicado.

La parte de la teoría de los actos de habla que llama la atención de Habermas y Alexy, es la que hace referencia a la diferenciación entre actos del habla constatativos y actos del habla performativos. Los primeros son los mismos descriptivos como aquellos sobre los cuales se

fundamenta la ciencia en general. Los segundos son aquellos sobre los que al emitir la expresión se realiza la acción. Estos últimos tienen tres sentidos en cuanto a lo que dicen y en cuanto a lo que son: (1) el acto *locucionario*, que es lo que se dice, (2) el acto *ilocucionario* que es lo que se hace cuando se dice algo, y, por último (3) el acto *perlocucionario*, que se refiere a los efectos que logramos cuando decimos algo. Analizando un acto de habla performativo, tal como: “te prometo que vendré el viernes” tenemos: el acto locucionario (lo que se dice) es que “vendré el viernes”; el acto ilocucionario (lo que se hace cuando se dice) es que “prometo”, toda vez, que no se puede prometer sino se dice y, por último, el acto perlocucionario sería la expectativa que causaría la expresión en el receptor, es decir, expectativa de que la persona vendrá el viernes.

Así mismo, Habermas tomaría la diferencia entre un uso del lenguaje cognitivo y uso del lenguaje interactivo. En el primero se utilizan actos del habla constataivos y en el segundo actos de habla regulativos. En los actos de habla regulativos es donde aparece el lenguaje normativo propio del discurso práctico.

Con las bases expuestas anteriormente, se puede construir los fundamentos conceptuales del argumento de la corrección. Alexy estima “que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección” (1983: 35). Así mismo, y toda vez que los enunciados normativos del derecho se dan en el seno de un discurso jurídico que constituye un caso especial de un discurso práctico general, también elevan esta pretensión de corrección, que si bien no es idéntica a la corrección moral, si la incluye (Alexy, 2000a: 47).

“A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos en cuestión sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente” (Alexy, 1983. 274).

De acuerdo a Alexy, entonces “la teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección” (1989: 61-62). Las normas jurídicas llevan implícitas el acto ilocucionario de pretender ser correctas. Si lo que se “dice” es contrario a lo que se “hace diciendo”, entonces estaríamos enfrente de una “contradicción performativa”. La contradicción performativa es una falla conceptual. No es ni una falla técnica, ni propiamente una falla moral, como tampoco una falla convencional. La unión entonces entre derecho y pretensión de corrección es conceptual; un elemento necesario al concepto de derecho (Alexy, 1992a: 40). Entonces el carácter del argumento de la corrección es definitorio (Alexy, 1989: 62).

La necesidad a la que se refiere la pretensión de corrección, tomando la distinción vista anteriormente<sup>27</sup>, es definida por Alexy como relativa y conceptual. Conceptual en cuanto sería expuesta por un argumento que defiende lo que es conceptualmente necesario respecto del derecho y necesariamente relativa en cuanto se relaciona con una práctica que está esencialmente definida por la distinción entre lo verdadero o correcto y lo incorrecto, es decir, por una práctica específica (Alexy, 2003b: 66-67).

---

<sup>27</sup> Véase Nota 6.

Lo anterior es, simplemente, lo que enuncia el argumento de la corrección. Pero éste, tal y como está descrito hasta ahora, llevaría a radicales consecuencias. Entre otras se podría decir que, si una norma no pretendiese corrección, sencillamente, no podría ser jurídica, o si, un sistema normativo no pretendiese corrección, se podría entender como un sistema de puro decisionismo, que eleva una pretensión de poder. Es así como Alexy modula sus efectos. En la vinculación derecho/pretensión de corrección, distingue entre relaciones clasificantes y cualificante, de la siguiente forma:

“Se trata de una conexión clasificante cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión cualificante cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral” (Alexy, 1992a: 32).

Alexy, posteriormente, trae la distinción clasificante/cualificante, y establece cuatro situaciones que se pueden esquematizar así:

	<b>Formulación de la Pretensión</b>	<b>Satisfacción de la Pretensión</b>
<b>Sistemas jurídicos</b>	Clasificatoria	Cualificatoria
<b>Normas jurídicas</b>	Cualificatoria	Cualificatoria

De acuerdo al cuadro anterior, las cuatro situaciones que se desprenden son:

### 1. *Sistema Normativo que no formula la Pretensión de Corrección.*

El sistema normativo que no formula la pretensión de corrección no puede ser un sistema jurídico. La relación del sistema jurídico y la corrección es clasificatoria. Alexy para describir un poco esta situación habla de tres estadios de sistemas normativos que regulan distintos grupos sociales: el orden sin sentido, el orden predatorio y el sistema de reglas (Alexy, 1989: 58-ss). El *orden sin sentido* se da “cuando un grupo de individuos se rige de una manera que ni revela consistentemente la intención de quien, o quienes establecen las reglas; ni permite una continua prosecución de los intereses de los súbditos”. Existen órdenes contradictorias hacia los súbditos y entre los propios forajidos. La única razón de obediencia es el miedo. “Un orden sin sentido se convierte en predatorio cuando los forajidos se transforman en bandidos organizados”. En el *orden predatorio* se presupone por lo menos la organización, la jerarquización entre los bandidos y la prohibición de violencia entre ellos. En dicho orden puede establecerse un sistema de mandatos para los súbditos, con el fin de optimizar la explotación de estos, como por ejemplo, la imposición de una contribución periódica. Sin embargo, las reglas no establecen ningún derecho respecto de los bandidos. A largo plazo, el orden predatorio no sirve a las intenciones de los bandidos; es así como éstos luchan por legitimación y se convierten en legisladores, y con ello, el sistema predatorio se transforma en un *sistema de reglas*. Persiste la explotación a los súbditos, pero esta es llevada a cabo mediante reglas. Los dominadores afirman que tal práctica es correcta, porque sirve a un fin superior. Los actos de los dominadores son susceptibles de ser castigados, si estos no están públicamente justificados con el fin al que dicen dirigirse.

El iusfilósofo alemán apunta a que, aunque el “sistema de reglas” sea muy injusto, ya no es conceptualmente imposible llamarlo “sistema jurídico” (Alexy, 1989: 60). La diferencia entre el orden predatorio y el sistema de reglas radica en que en el último existe una pretensión de corrección, que es un elemento necesario al concepto de derecho.

Ahora, en el sentido indicado, un sistema formula su pretensión de corrección cuando este busca legitimarse en la consecución de un fin superior deseable para la comunidad. Ni el orden sin sentido, ni el orden predatorio buscan legitimarse en dicho fin, por tanto, es conceptualmente imposible llamarlos sistemas jurídicos. En el caso del sistema de reglas desaparece esta imposibilidad, y se convierte en posible dicha denominación gracias a la pretensión de corrección que se eleva.

## *2. Norma aislada que no formula la Pretensión de Corrección.*

El caso de la norma aislada es distinto. En el momento en que la disposición que la fundamenta, es promulgada respetando las formalidades que rigen su creación, ésta es una norma jurídica, a pesar de que no formule pretensión de corrección alguna. Sin embargo, puede entenderse la no formulación de la pretensión como un defecto que, para Alexy, es tanto moral como jurídico. Lo que ocurre es que la relación entre las normas aisladas y la formulación de la pretensión es cualificatoria.

La conexión cualificatoria busca mostrar la dimensión crítica que Alexy considera inherente al derecho.

## *3. Sistema Jurídico que no satisface la Pretensión de Corrección.*

De acuerdo con Alexy, el sistema jurídico no pierde su calidad de “jurídico” por no satisfacer la pretensión de corrección que necesariamente formula. La relación de éste con la pretensión de corrección es, al igual que la situación anterior, cualificatoria.

#### 4. *Norma Jurídica que no satisface la Pretensión de Corrección.*

La norma jurídica aislada tiene una conexión cualificatoria con la pretensión de corrección. Por tanto, tampoco pierde el carácter de “jurídica” por su no satisfacción.

Distinto a la situación (3) las normas jurídicas aisladas no necesariamente formulan una pretensión de corrección. Por lo que su satisfacción tampoco es necesaria. Incluso podría afirmarse que, en los casos en que no se formula dicha pretensión, tampoco hay lugar a nada que satisfacer.

Vistas estas situaciones Alexy entra, entonces, a fundamentar el argumento de la corrección. Lo hace argumentando básicamente con ejemplos dirigidos a mostrar la “necesidad” de la relación entre derecho y pretensión de corrección. Son comunes en la obra de Alexy, los siguientes ejemplos<sup>28</sup> (1989: 62-ss):

Una cláusula constitucional que declare lo siguiente:

(1) *X* es una república soberana, federal e injusta.

Indica Alexy que dicho enunciado tiene una falla. Estima que no es una falla técnica, que dependa de su funcionalidad. Tampoco es una falla moral propiamente. Mucho menos una

---

<sup>28</sup> “Las pretensiones implícitas pueden hacerse explícitas mostrando que su negación explícita es absurda” (Alexy, 2002: 21).

falla convencional, pues esta al igual que la falla moral es insuficiente. De allí que estime que la siguiente cláusula constitucional sea redundante:

(2) X es un estado justo.

La falla entonces es conceptual. Con el acto de la sanción de una constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que “en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia” (Alexy, 1989: 64; Alexy, 1992a: 43). “Un legislador constitucional comete una contradicción performativa cuando el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula” (Alexy, 1992a: 43).

Otros ejemplos se refieren a sentencias judiciales (Alexy, 1992a: 44) que decidieran la litis en estos términos:

(3) El acusado es condenado falsamente a prisión perpetua.

(4) El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.

Son ejemplos de contradicciones performativas y, en este sentido, de fallas conceptuales. No se trata solo de irregularidades sociales o jurídicas. “El contenido de la sentencia contradice la pretensión formulada con la realización del acto institucional de la condena” (1992a: 44).

Al existir entonces “fallas conceptuales” originadas en la redundancia lógica o en la contradicción performativa, Alexy concluye que existe una relación conceptual y necesaria entre derecho y pretensión de corrección. “Una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico” (Alexy, 2002: 22).



Finalmente, en defensa de la utilización de “ejemplos” ante la acusación de Bulygin (1993) de que no son fundamentaciones sino meras explicaciones, Alexy dice que eso parte de una visión simplista de fundamentación que exige que el enunciado en que se apoya sea independiente del enunciado que se asevera. Alexy reconoce que:

“...las contradicciones performativas son meramente un medio con el cual se puede mostrar que ciertas reglas son necesariamente válidas. La demostración consiste en la indicación de un absurdo evitable que no puede ser explicado de otra manera que a través de la validez necesaria de una regla. La indicación de un absurdo no aclarado es más que la explicación o la ilustración a través de un ejemplo. Es aun cuando falible, un argumento. Esto es suficiente para una fundamentación. En materia de preguntas fundamentales mas no se puede hacer.” (Alexy, 1997c: 84).

Estima Alexy, tomando una distinción de Soper, que las pretensiones en el derecho pueden formularse de manera tanto objetiva como subjetiva (Alexy, 2000b: 32-33). Es una pretensión subjetiva cuando una persona quiere formularla, en cambio, es una pretensión objetiva cuando “todo aquel que decide, juzga o argumenta en un sistema jurídico debe formularla”. El derecho tiene una pretensión objetiva para Alexy. Esta es más notoria en el caso del juez quien formula dicha pretensión en sus actos como representante del sistema jurídico, lo que le lleva a decir que ellos la formulan en nombre del derecho y, por tanto, se puede decir que el derecho la eleva.

De acuerdo con Alexy, la formulación de la pretensión de corrección consta de tres elementos: (1) la afirmación de la corrección, (2) la aseveración<sup>29</sup> de la fundamentabilidad y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección (Alexy, 2009: 69).

En palabras de Alexy:

“El núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis de que los actos jurídicos institucionales (...) siempre están vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto. (...) junto a la pretensión de corrección, el derecho formula una pretensión de fundamentabilidad. Con esta pretensión no sólo se reconoce un deber general y básico de fundamentación, sino que también pretende que se cumpla dicho deber tanto como sea posible o se pueda cumplir. De este modo, junto a la simple afirmación de la corrección, la pretensión de corrección incluye la *garantía* de fundamentabilidad. Con la afirmación y la garantía se llega a un tercer elemento, a saber, la *expectativa* de que todos los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto jurídico como correcto, si se sitúan en el punto de vista del respectivo sistema jurídico y son razonables” (Alexy, 2000b: 35).

En lo referente a los destinatarios de la pretensión, considera Alexy (2000b: 33-34) que existen tanto institucionales como no institucionales. Los primeros serían aquellos a quienes va dirigido el enunciado jurídico autoritativo y, los segundos, es decir, los no

---

<sup>29</sup> En (Alexy, 2000b) en lugar de “aseveración” Alexy habla de “*garantía*” de fundamentabilidad. Al parecer la decisión de utilizar la palabra “aseveración” implica menos compromiso con la validez que la “*garantía*”, que podría llegar a confundirse con una idea de necesidad.

institucionales, son todos aquellos que se sitúen en un punto de vista de un participante del sistema jurídico.

Acerca del carácter necesario de elevar dicha pretensión habla Alexy, de que esta “es necesaria en relación a una práctica definida esencialmente a través de la distinción de lo verdadero o correcto y lo falso o incorrecto” (2000b: 44; 2009: 71).

## 2.2. RELACIÓN PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN/MORAL

Como se observó en el primer capítulo, el éxito de la tesis del caso especial descansa en la victoria del argumento de la corrección. En los discursos teóricos se persigue la verdad, mientras que en los discursos prácticos se avanza en pos de corrección. Entonces, sólo existe un discurso práctico en tanto hay una acción que busca corrección. Alexy presupone la existencia de un discurso práctico general en el cual se discute lo que debe ser obligatorio, permitido o prohibido. Igualmente, presupone la unidad de la razón práctica, de la cual el derecho hace parte. El derecho como un uso de la razón práctica es particular de los demás usos, en cuanto que en él existen unas limitaciones dadas por la ley, la jurisprudencia y la dogmática.

Es así como el razonamiento jurídico es discursivo. Sin embargo, a la luz de esta argumentación aún cabe la pregunta acerca de hacia dónde se dirige ésta pretensión que eleva el discurso jurídico. No puede tratarse de una pretensión vacía; debe dirigirse a alguna parte. La respuesta alexiana es claramente: la moral. Sin embargo, aceptar el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general aún no prueba una

vinculación necesaria entre el derecho y la moral. Podemos tratar de responder el interrogante contestando primero ¿cuál es la moral a la que se refiere Alexy? ¿Cuál es esa moral a la que conecta la pretensión de corrección del derecho? Las respuestas a estos interrogantes nos llevan al problema del contenido de la moral a la que apunta la pretensión de corrección.

Se tratarán dos formas de fundamentación del contenido de la moral alexyana. La primera a partir de la idea de discurso práctico general. La segunda a partir de algunos rasgos revelados por el propio Alexy. Se realiza la anterior distinción teniendo en cuenta que Alexy habla de dos referentes distintos. Por una parte, habla de “discurso práctico general” y “discurso moral”, y, por la otra, habla de “moral” a secas.

Si entramos al primer punto, la pregunta que salta inmediatamente es: ¿qué quiere decir Alexy por “discurso práctico general”? o, en otras palabras, ¿qué comprende dicho discurso? Es indudable que existió oscuridad en el término durante mucho tiempo. Con su obra la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Alexy propuso de manera detallada su propuesta de discurso jurídico racional. En ella sobresalió, como tesis principal, la teoría del caso especial. Sin embargo, se limitó Alexy en señalar cuales eran las reglas que rigen los discursos prácticos racionales pero no hizo referencia, en ningún caso, a lo que entendía por un discurso práctico general. A lo mucho aclaró la noción de discurso práctico valiéndose del concepto de razón práctica<sup>30</sup>. Pero no parece descabellado afirmar que la noción fue confusa durante la primera, y más fecunda, parte de la obra de Alexy.

---

<sup>30</sup> Alexy dice que “un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos” (Alexy, 1991a: 39).

Solo hasta su artículo *La tesis del caso especial* (1999b) se revelan algunos elementos de dicho concepto. El mencionado artículo obedeció a la réplica realizada por Alexy, al ataque lanzado por Jürgen Habermas en su libro *Facticidad y Validez* (1992). No se entrará de lleno, en este momento, en lo acontecido en el debate. La crítica habermasiana será tratada en la segunda parte del capítulo siguiente. Baste decir que de ella surgieron posiciones que llevaron a Alexy formar un nuevo juicio sobre la relación derecho y moral hasta llegar a una forma acabada como la que sigue:

El discurso práctico general “es un discurso en el cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas” (Alexy, 1999b: 27).

Y de esta manera:

“La tesis del caso especial expresa una conexión necesaria entre el Derecho y la moral por cuanto afirma que en el discurso jurídico se encuentran necesariamente incluido el discurso práctico general y, en este, el discurso moral” (Alexy, 2009: 82).

De acuerdo a lo anterior el discurso moral hace parte del discurso práctico general y, por tanto, al acompañar al discurso jurídico dentro del discurso práctico, estos se relacionan de alguna manera<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Una de las conclusiones más importantes del artículo (1999b) será la relacionada con la supremacía del discurso moral sobre los demás usos de la razón práctica ya sean pragmático, ético, etc. En este sentido, también se aleja del planteamiento habermasiano para quien estos diversos usos de la razón práctica se encuentran en un plano de igualdad, de manera que solo es posible establecer qué respuesta seguir mediante un procedimiento argumentativo. Estos puntos se verán con mayor detalle en los capítulos siguientes.

La tesis del caso especial empuja la teoría de Alexy a plantear que para poder entender el razonamiento jurídico se requiere conocer el razonamiento normativo en general. Y como indica Alexy, toda vez que no es posible una teoría moral material, él procede a fundamentar una teoría moral *procedimental* donde la teoría de la argumentación juega un papel decisivo. Utilizando la ética discursiva de Habermas, Alexy defiende una pretensión de justificabilidad del razonamiento normativo, que permite una perspectiva crítica y que otorga “la posibilidad de establecer niveles de justificación más altos como los desarrollados en los sistemas jurídicos modernos” (Alexy, 1989: 66). Alexy deja claro, en su concepto, “que el Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista” (1989: 69). Y establece que “la relación entre corrección y procedimientos es característica de todas las teorías procesales” (1992b: 73).

Se debe tener en cuenta igualmente, una importante distinción para entender el concepto de corrección en tanto es corrección jurídico/moral. Alexy diferencia dos formas de corrección: una absoluta y otra relativa (Alexy, 1996: 23-24). Mientras que la corrección absoluta se refiere a la idea regulativa de que cada cuestión práctica solo tiene una respuesta correcta, la corrección relativa se refiere al resultado de los discursos reales. Esta última puede ser producto de un discurso con consenso o con disenso. Cuando existe consenso se entiende que la corrección es discursivamente necesaria a ese discurso. Por otra parte, cuando existe disenso se entiende que los resultados son discursivamente posibles.

La segunda forma de fundamentación de la relación pretensión de corrección/moral la realiza Alexy a partir de la idea de justicia. Aunque Alexy trata de fundamentar el

contenido de la pretensión de corrección, él mismo termina por reconocer que ésta “...es puramente formal. No incluye ningún criterio material o sustantivo de corrección. No obstante tiene un carácter de puente entre la dimensión formal y la dimensión sustantiva de los universales jurídicos” (Alexy, 1995a: 74). Universales jurídicos que, para Alexy, los conforman los derechos humanos en la manera en que se explicó en el apartado acerca del argumento de los principios.

Cuando Alexy se refiere a la necesidad de conexión entre la pretensión de corrección y la moral, utiliza una metodología analítica. Por lo cual, por el momento se dejará a un costado el estudio a partir de la teoría del discurso. Los siguientes comentarios se concentrarán entonces en desentrañar la propuesta de conexión entre la pretensión de corrección y la “moral”.

Estima Alexy que las decisiones judiciales, toda vez que tratan cuestiones acerca de la correcta distribución y de la correcta compensación, son por tal motivo cuestiones de justicia (Alexy, 1997b: 162; Alexy, 2000a: 46). De esta manera, “justicia es corrección en la distribución y en la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales” (Alexy, 2002a: 22). Y “en la medida que esta pretensión tiene implicaciones morales, se pone manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral” (Alexy, 1992a: 44-45). Sin embargo, advierte que “la pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral” (Alexy, 2000a: 47).

Al ser las preguntas sobre la justicia, preguntas morales, y siendo la justicia “corrección con respecto a la distribución y al equilibrio”, “sí el derecho realiza distribuciones o equilibrios

incorrectos, comete por ello una falla *moral*. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una falla *jurídica*” (Alexy, 2000a: 114-115). La diferencia entre una pretensión de corrección moral y una pretensión de corrección jurídica, además de la ya vista dirección de la segunda a ser acertada en el marco del ordenamiento jurídico, radica en que los juicios morales necesariamente formulan una pretensión de corrección o no son, en ningún caso, juicios morales; serán emociones o actitudes personales del portavoz, pero nunca un juicio moral (Alexy, 2000a: 112).

En el capítulo posterior se han sistematizado un grupo de críticas elevadas tanto directamente como indirectamente contra el argumento de la corrección. Parte importante de la justificación de esta investigación radica en la sistematización de dichas críticas.



### CAPITULO III

#### CRÍTICAS A LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Contra la tesis que señala que el derecho se encuentra necesariamente conectado con la moral porque eleva una pretensión de corrección, de acuerdo a Alexy, se pueden plantear tres grandes objeciones (Alexy, 2006a: 92-ss). La primera se refiere a que no es cierto que el derecho necesariamente eleve una pretensión de corrección. La segunda concede que si bien puede ser que el derecho eleve esta pretensión de corrección, duda que tenga que ver algo con la moral. Y la tercera, hace referencia a que si bien el derecho sí eleva una pretensión de corrección y aunque esta sea moral, no refuta ni es incompatible con el positivismo. Esta caracterización realizada por el propio Alexy resulta de importancia para estas páginas y, por tanto, será tomada en cuenta su forma para realizar la agrupación de estas críticas. Baste decir, igualmente, que el objeto se circunscribe al argumento de la corrección en cuanto a tal, por lo que se han descartado otras críticas más generales que de alguna manera podrían afectar la fundamentación de la pretensión de corrección, pero que, en realidad, arremeten directamente es contra la teoría discursiva<sup>32</sup>.

Al igual que en el capítulo anterior en el cual se dividió el análisis del argumento de la corrección desde los dos extremos del puente que propone, las críticas que aquí se verán se encuentran respondiendo igualmente a dicha escisión. Se dará por descartada la tercera de las objeciones de análisis, porque en realidad no es una objeción contra la pretensión de corrección, sino, más bien, una objeción contra uno de los efectos perseguidos por Alexy

---

<sup>32</sup> Ejemplos de estos tipos de críticas puede verse en (Vigo, 2003) o (Atienza, 2005: 177-190).

durante la mayor parte de su obra: mostrar cómo falla el positivismo como concepción acerca del derecho<sup>33</sup>.

### 3.1. ARGUMENTOS CONTRA LA CONEXIÓN DERECHO/PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN.

El argumento que defiende una conexión conceptual entre derecho y moral porque el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección, Alexy lo ha entendido como un argumento eminentemente analítico: nos revela algún elemento que acompaña al derecho, algo, que en caso de llegar a carecer, éste no sería lo que es, un elemento necesario del concepto de derecho. Entender tal argumento como una tesis conceptual, es decir, como una propuesta acerca del concepto o naturaleza (dejando de lado esta importante diferencia ya referida en la nota 6) del derecho, no implica dificultad alguna, por lo menos, *prima facie*. De esta manera, este apartado se concentrará, básicamente, en críticas de tipo analítico sobre la pretensión de corrección en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su conexión con el derecho. Lo anterior no comporta que se deje a un lado, otro tipo de críticas como las de tipo pragmático, sino que, como se verá, las críticas de tipo analítico o

---

<sup>33</sup> Como se señaló, para los fines de estas páginas no es pertinente entrar en esta discusión; será importante señalar que Alexy parte de una visión reduccionista del positivismo la cual vincula con el legalismo (Botero, 2010: 197-ss). Sin embargo, Andrés Botero muestra con acierto que defender el neoconstitucionalismo no es incompatible con el positivismo en su versión metodológica (Botero, 2006). Otras críticas contra esta visión del positivismo, contraponen un entendimiento de éste en términos de *tradición* (Raz, 2007: 22).

conceptual revelan todo su poder impugnativo<sup>34</sup>; nada mejor que atacar un argumento conceptual a partir de contraargumentos conceptuales.

La importancia de revisar el argumento a partir de sus críticas, puntos débiles, lagunas, falacias, etc., ayudará a estirar más el argumento y, de alguna manera, mejorar su comprensión o su estipulación.

Así mismo, se dividirá este capítulo en dos grandes campos de estudios o conglomerados de críticas. Se hará referencia, en un primer momento, a un conjunto de críticas de carácter formal que se han elevado contra el argumento de la corrección, aquí se describirán de manera sucinta algunas críticas que se refieren, y esto es lo que tienen en común estas tesis, a una presunta oscuridad conceptual por parte del iusteórico alemán. En un segundo momento se entrará a revisar las críticas de carácter sustantivo contra el argumento de la corrección. Se debe tener en cuenta que para este último apartado se descartarán todas aquellas réplicas que aun siendo de fondo, no se dirigen directamente contra el elemento de la pretensión de corrección, sino, más bien, contra la fundamentación de la posibilidad de una teoría del discurso.

### 3.1.1. *Críticas formales contra la formulación del argumento de la corrección.*

Como se había anticipado, el rasgo común a estas críticas se encuentra en la presunta oscuridad que le imputan a los conceptos que conforman el argumento en la obra alexiana.

---

<sup>34</sup> Esta autolimitación metodológica se dejará a un lado en la segunda parte del capítulo. Allí se utilizarán indistintamente contraargumentos de tipo conceptual y pragmático. De estos últimos sobre todo aquellos que realizan crítica ideológica a la moral alexiana.

Se verá como estas críticas han atacado la ambigüedad de conceptos como: derecho (MacCormick, 2007), corrección (Sieckmann, 2003), necesidad (Gaido: 2011; Patterson, 2012). No obstante, este apartado también hará referencia a las réplicas dirigidas contra el carácter lógico del argumento y esto escapará del rasgo común señalado anteriormente. Sin embargo, su importancia es central porque definirán dificultades de concatenación entre los distintos elementos de la teoría.

#### 3.1.1.1. *Aspectos Terminológicos.*

##### *Derecho.*

Neil MacCormick piensa que el derecho representa un estado de cosas y no un sujeto o una conciencia, por tanto, el derecho no puede pretender nada. Para MacCormick decir que el derecho “pretende” es un error de categoría si se toma literalmente. “There is no entity law which is capable of performing speech acts of this sort” (MacCormick, 2007: 59). El derecho es un tipo de orden normativo institucional, en consecuencia, representa un estado de cosas y los estados de cosas no tienen intuiciones y no hacen pretensiones. El derecho se desarrolla por medio de sus agentes. Aunque el iusfilósofo inglés reconoce que la coherencia y la coordinación de muchas y dispares acciones humanas hacen razonable e incluso necesario imputarlas a un punto común de referencia (MacCormick, 2007: 62).

La estrategia metodológica que busca adjudicarle al “derecho” un carácter antropomorfo, valiéndose del concepto de “estado”, como un ser vivo que expresa intenciones o deseos (Leviatán, por ejemplo), y de esta manera, concluir que el derecho sí puede tener aspiraciones, lleva a MacCormick a aseverar que la deficiencia de un argumento y un resultado en tal sentido, radicaría en identificar estado y derecho. El iusfilósofo inglés entra

entonces a realizar una breve crítica del pensamiento de Hans Kelsen en cuanto que éste identifica derecho y estado. Lo cual en su concepto llevaría a la conclusión de que todo estado es un estado de derecho (MacCormick, 2007: 63). Punto controvertido en su opinión y que parte de la premisa equivocada de no entender que el derecho y el estado no son lo mismo; el derecho limita incluso el actuar estatal. “El estado de derecho es un logro político no una tautología” (MacCormick, 2007: 63).

### *Corrección.*

En una vía diferente, Jan-R Sieckmann (2003: 219-ss) crítica el uso y sentido que Alexy ha dado al concepto “corrección” a través de su obra. El primero de estos sentidos es el de la corrección entendida como un concepto semejante a la verdad pero para las aserciones normativas. El segundo el que define la corrección como posibilidad discursiva<sup>35</sup>. El tercero que utiliza éste término “como referencia de un criterio de evaluación más alto, como el de la verdad de las oraciones, o como el de la justicia como criterio último para evaluar la corrección de la distribución de los bienes” (Sieckmann, 2003: 219-220). En último lugar, cuando es utilizado en el sentido de corrección moral.

El problema de estos diferentes sentidos del concepto de corrección, de acuerdo a Sieckmann consiste en que varios de ellos no son del todo compatibles (Sieckmann, 2003: 220). Es así como por ejemplo la concepción de corrección como verdad no se concilia con el sentido de la corrección como posibilidad discursiva. “La verdad de una posición excluye

---

<sup>35</sup> Se debe recordar que para Alexy una norma es considerada correcta si puede ser el resultado de un discurso ideal. Véase por ejemplo (Alexy, 1996: 22-ss).

el que posiciones incompatibles sean verdaderas al mismo tiempo. Pero esto sí sería posible según la definición de corrección como posibilidad discursiva” (Sieckmann, 2003: 221).

### *Necesidad.*

Finalmente, en cuanto a la dificultad que plantea el concepto de “necesidad” en la obra alexiana, los teóricos Paula Gaido y Dennis Patterson concuerdan en que este término es oscuro<sup>36</sup>. Es cierto que la dilucidación de conceptos como “necesario”, “concepto”, “naturaleza” o “argumento”, hacen parte de una labor ubicada en un metanivel teórico. Es por esto que el problema de clarificación de dichos términos no aparece en la obra de Alexy sino con sus últimos artículos publicados (2003a; 2003b; 2006a; 2006b). El núcleo problemático para Gaido y Patterson lo constituye el concepto de necesidad normativa o práctica. Se debe recordar<sup>37</sup>, que en la necesidad práctica o normativa “lo necesario está vinculado con los valores subyacentes en la práctica jurídica” (Gaido, 2011: 56-57)<sup>38</sup>.

Para Patterson, no es comprensible cómo el vínculo necesario entre derecho y coerción (aunque esta idea también puede ser extrapolada a la de “corrección”) es producto de una necesidad práctica o normativa, pues esto no puede explicar que algunas prácticas que son reconocidas como derecho, por ejemplo, el derecho internacional, el derecho de los pueblos

---

<sup>36</sup> Concretamente Paula Gaido se refiere al “carácter ambiguo del término *necesario*” (Gaido, 2011: 55); mientras que Patterson dice que “Alexy is never clear about what he means by *necessity*” (Patterson, 2012: 47).

<sup>37</sup> Ver nota número 6.

<sup>38</sup> Esto no es muy claro en Alexy, sin embargo, a esta conclusión se puede llegar de comentarios como: “Los argumentos prácticos o normativos se aplican cuando se aduce que el derecho en sí mismo o algunas propiedades del derecho son necesarias para satisfacer ciertas funciones o tareas para cumplir con ciertas normas o valores” (Alexy, 2003b: 58).

indígenas, etc., sean tenidas como tales si se les crítica precisamente su falta de coerción (Patterson, 2012: 53). Otro punto problemático se refiere al uso del término necesidad, pues al parecer la connotación teleológica que le otorga Alexy es más suave de lo que comúnmente el concepto implica (Patterson, 2012: 53-54).

Este tipo de críticas además de concentrarse en el carácter semántico de algunos términos empleados por Alexy tiene otro punto en común: se evidencian como un vacío no resuelto en la teorización. El reclamo en este sentido viene en muchos ámbitos de la teoría de Robert Alexy. Conceptos como el de “discurso práctico general”, es una muestra clara de este problema; se volverá más adelante sobre este en particular. Esto da la impresión que los postulados alexianos pudieran ir más allá de a donde son llevados por el iusfilósofo alemán. Es así como Joseph Raz, por ejemplo, opina que el argumento de la corrección debía enmarcarse en una teoría más general acerca de las acciones intencionales (Raz, 2007: 27). En todo caso, es una observación complicada, pues, se debe recordar que Alexy es un filósofo del derecho, no un filósofo moral o un filósofo a secas. Para suplir tal deficiencia, que podría constituirse en un problema para la comprensión de la teoría, sería posible entender que Alexy remite a la teoría de la acción comunicativa habermasiana. Sin embargo, las discusiones sostenidas con Habermas, que en algunos puntos son de una trascendencia tal que simplemente no puede ser soslayada, deja ver que esta salida no es del todo exacta. Aunque Alexy toma partido por la teoría discursiva de Habermas no se conoce hasta qué punto la acepta como su punto de referencia de metateoría del derecho. La importancia de esto no es menor si se recuerda las tesis de la de la naturaleza general y del carácter comprensivo para las cuales la filosofía del derecho participa de los problemas de la filosofía en general y, por tanto, solo cumpliría su cometido si los problemas de la

filosofía en general fueran resueltos. Lo anterior, exige mayor claridad en cuanto a la teorización.

### 3.1.1.2. Aspectos Lógicos.

Eugenio Bulygin plantea que Alexy incurre en una contradicción cuando pretende modular los efectos del argumento de la corrección. Para Bulygin (1993: 45) es contradictorio cuando Alexy afirma que tanto “las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección” (Alexy, 1989: 61-62) y cuando indica que las normas aisladas tienen una conexión cualificatoria. Para Bulygin, dichas aseveraciones son contrarias y, por tanto, excluyentes. “Si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección *no es necesaria* en el caso de normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas aunque no formulen tal pretensión” (Bulygin, 1993: 45).

Robert Alexy advierte que el argumento de la corrección no puede verse de manera aislada, pues si se ve de esta manera, solo aparece que tiene una relevancia clasificatoria. “Su verdadera fuerza se muestra tan solo cuando se lo conecta con otros argumentos” (Alexy, 1997c: 57). Para apreciar el potencial del argumento de la corrección, cuando se trata de las normas aisladas, por ejemplo, se hace necesario que se acuda a otro tipo de argumentos como el de la injusticia. Si la fuerza del argumento de la corrección solo se encuentra cuando se combina con otros argumentos, parecería que lo anterior convierte al argumento de la corrección en una trivialidad. Alexy procura salvar la situación advirtiendo: “Las razones normativas para la negación del carácter jurídico en los casos de injusticia extrema desarrollan todo su peso tan solo teniendo como razón de fondo al argumento de la



corrección” (Alexy, 1997c: 57). Con esto Alexy persiste en la centralidad del argumento de la corrección y se niega a ceder ante la crítica de Bulygin. Así mismo, procura conservar el carácter de relación necesaria aun cuando la conexión es cualificatoria, diciendo que “en el caso de la no satisfacción de la pretensión de corrección la cualificación del sistema jurídico como deficiente es necesaria. Por consiguiente la conexión cualificatoria es también una conexión necesaria” (Alexy, 1997c: 64).

Este último punto generó un nuevo foco de debate. Bulygin esta vez en un tono un tanto irónico expresa: “solo las características definitorias son necesarias y las características cualificadoras de Alexy son efectivamente definitorias, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “deficiencia”” (Bulygin, 1998: 92). En su concepto esto es exactamente como decir que las normas jurídicas deficientes son deficientes y, en este sentido, es una tautología.

Otra crítica a los problemas lógicos que propone el argumento de la corrección, corresponde a la realizada por Joseph Raz. Este autor ya no se concentra en alguna contradicción sino en un *vacío* teórico. Para Raz el argumento de la corrección de Alexy se encuentra mal formulado al presentarse como un elemento de carácter especial acerca del derecho. En su opinión, Alexy debió realizar una teoría más general acerca de los actos intencionales y explicar cómo estos elevan una pretensión de corrección, para, posteriormente, si fuere del caso, explicar las particularidades que hacen especial el concepto de corrección en el derecho.

### 3.1.2. *Críticas sustantivas contra la formulación del argumento de corrección.*

Es oportuno iniciar el presente apartado a partir de una de las críticas más importantes y sistemáticas que se han realizado contra el argumento de la corrección. Es muy conocido el debate sostenido en el periodo comprendido entre los años 1993 y 2000 entre el Profesor argentino Eugenio Bulygin y Robert Alexy. Este inicia a partir de la crítica realizada por el iusfilósofo latinoamericano al artículo “*Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral*” (1989) y que tuvo su desarrollo en dos artículos de estos autores respectivamente. Bulygin publica en 1993 su artículo “*Alexy y el argumento de la Corrección*” (1993); la respuesta de Alexy se expuso en su artículo “*La crítica de Bulygin al argumento de la Corrección*” (1997c) y el debate continuó con una ampliación de la réplica de Bulygin en “*La Tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral*” (1998) y, finalmente, con la defensa de Alexy en “*Sobre la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: La crítica de Bulygin*” (2000a). Cuando se resalta el carácter sistemático del ataque de Bulygin se hace pensando en la pluralidad de argumentos que utiliza. Como se indicó anteriormente, en este momento concentraremos fuerzas únicamente en argumentos contra la primera relación propuesta: pretensión de corrección/derecho.

Para efectos meramente explicativos se dividirá el debate en dos partes. La primera conformada por los artículos de 1993 y 1997, la segunda la conforman los otros dos artículos, es decir, los de 1998 y 2000. Esta división que aquí se hace de dicha discusión se realiza porque la primera parte del debate parece que se centrara en discutir la relación pretensión de corrección/derecho, al contrario de la segunda parte del debate donde Bulygin parece enfilarse en contra de la relación pretensión de corrección/moral. Es por esta razón,

que en este apartado solo se hará mención a la primera parte del debate, mientras que la segunda parte del debate se abordará en el apartado siguiente.

El profesor Bulygin, en su primer artículo, se refiere al carácter de la falla que Alexy denuncia en la cláusula constitucional injusta y los otros ejemplos. Para Bulygin las cláusulas constitucionales de los ejemplos, a saber:

(1) *X* es una república soberana, federal e injusta.

(2) *X* es un estado justo.

Pueden leerse de dos maneras. Por una parte, (2) puede interpretarse como prescribiendo un estado de cosas “que *X* es un estado justo”, tal como “los árboles son verdes” y en esta vía, no tiene ningún sentido una cláusula constitucional de este tipo. Y por otra parte, puede interpretarse como una declaración política. Como declaración política la cláusula (2) ciertamente puede tener sentido. En este segundo caso, la cláusula (1) podría tener algún sentido, aunque fuera deficiente, su deficiencia no sería conceptual sino una deficiencia política, “pues es políticamente inútil, y por ello equivocado declarar que el Estado es injusto (Bulygin, 1993: 48). La conclusión de Bulygin entonces es que lo absurdo de la cláusula constitucional (1) se puede explicar a partir de una **falla política**.

De igual manera hace extensiva estas observaciones a:

(3) El acusado es condenado falsamente a prisión perpetua.

(4) El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.

“El juez puede decir sobre su propia sentencia que es justa o injusta, pero tal enunciado no se podría considerar como parte de la sentencia, pues una sentencia judicial ha de cumplir no una función descriptiva, sino prescriptiva o normativa. Cuando el juez dice algo sobre su sentencia, no se comporta más como juez, esto es, no dicta una sentencia, sino que expresa su opinión (privada) sobre la sentencia” (Bulygin, 1993: 49-50).

En estos últimos casos concluye Bulygin que no se trata de contradicciones performativas puesto que son enunciados ajenos a una sentencia judicial. Las sentencias judiciales son directivas por eso los enunciados sobre la sentencia (que indican que esta es producto de una falsedad), son descripciones o expresan opiniones del juez, pero que, en todo caso, son ajenas al acto de dictar una sentencia. En opinión de Bulygin se trata de un **error lingüístico** (Bulygin, 1993: 51). La conclusión final a la que llega el iusfilósofo argentino es que Alexy no probó la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la pretensión de corrección. Y por tanto, mal podría hablarse de una conexión necesaria entre derecho y moral.

Se puede ver en la crítica de Bulygin, que ésta abarca puntos fundamentales en la construcción del argumento de la corrección. Plantea el desmoronamiento desde los cimientos de todo el edificio en el que se erige la obra de Alexy. Los ejemplos de Alexy, de acuerdo con Bulygin, no prueban que el derecho necesariamente implique una pretensión de corrección. Extrapolando la idea, esto implicaría que el derecho tampoco es un caso especial del discursivo práctico general, e incluso, queda en entre dicho que el derecho sea discursivo.

Alexy responde a esta crítica como sigue: toma por separado igualmente las objeciones a (1) y (2) por una parte, y a (3) y (4) por otra parte. En lo que se refiere a (1) y (2) Alexy, explica que constituciones como la alemana tienen cláusulas que indican lo siguiente:

La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social<sup>39</sup>

En tal sentido no se trata simplemente de la descripción de un estado de cosas, sino que en realidad es una directiva que establece principios fundamentales de organización para dicho estado. Se reafirma finalmente, en que (1) implica una contradicción performativa y (2) una redundancia. Ambas en razón a una falla conceptual.

En cuanto a (3) y (4), Alexy plantea que aceptar la aseveración del juez en el fallo como un acto ajeno a una sentencia judicial, parte de una concepción estrecha de una sentencia judicial<sup>40</sup>. Si se acepta que se entiendan (3) y (4) como productos de una sentencia en sentido amplio, conservaría toda la coherencia el caso planteado. Igualmente, en cuanto Bulygin indica que al evaluar la sentencia que realiza el juez ha abandonado su rol de representante del sistema jurídico para colocarse en un metaplano, Alexy argumenta que el iusfilósofo argentino parece estimar que el rol institucional del juez puede ser abandonado por este en cualquier momento, incluso cuando produce actos jurídicos en nombre de las instituciones.

---

<sup>39</sup> Ley Fundamental de la República Federal Alemana, artículo 20, párrafo 1 LF.

<sup>40</sup> Alexy propone una distinción entre sentencia en sentido estrecho y sentencia en sentido amplio. “La sentencia en sentido estrecho es la decisión que, como tal, encuentra expresión en la formulación o en el tenor de la sentencia. A la sentencia en sentido amplio pertenecen cosas tan diferentes como el nombre de las partes y del tribunal, la fecha y los fundamentos de la decisión” (Alexy, 1997c: 80).

Sin embargo, no es Bulygin el único que ha cuestionado el carácter de la falla de la “cláusula constitucional injusta”, El profesor de la Universidad de Minnesota Brian Bix considera que se trata, más bien, de una falla de tipo **convencional**.

De acuerdo a Bix, Alexy “confunde un punto general acerca del lenguaje y defender algo particular o esencial acerca del derecho” (Bix, 2006: 147). De esta manera, se refiere a la cláusula constitucional injusta:

“If one is trying to sell, persuade, or encourage, one uses positive language. To use pejorative terms in any context that calls for support or persuasion is, at least initially, paradoxical. This is a point about language and rhetoric, not about law and morality” (Bix, 2006: 147).

Se constata que lo que indica Bix de su crítica al ejemplo de la cláusula de constitucional injusta, y al argumento de la corrección en general, es que resulta paradójica y no absurda dado el contexto en que es enunciada. Bix considera que dicha falla se explica cómo una falla convencional tal y como fue planteada por Alexy (Bix, 2006: 147 nota 32). Incluso, habla de que si en una constitución o en otro contexto tal como un foro oficial se dijera: “No tenemos tiempo para la llamada “justicia”; que es de lo que hablan los países débiles; nuestra nación se preocupa por la eficiencia comercial y hacer lo mejor que podamos para los ciudadanos de nuestra gran nación”, difícilmente haría que este sistema de reglas perdiera el rótulo de derecho (Bix, 2006: 147-148).

Se debe recordar que para Alexy una falla convencional ocurre cuando se ha “violado una convención muy extendida, pero no necesaria, acerca de la manera en que deben escribirse los textos constitucionales” (Alexy, 1989: 63). Alexy concede que en el caso de la cláusula

constitucional injusta indudablemente se ha violado una convención, sin embargo, estima que esta violación es insuficiente para explicar la falla de la cláusula.

Otro autor que ataca las conclusiones a la falla propuesta por Alexy en los ejemplos, es el profesor de la Universidad Wolfgang von Goethe de Frankfurt, Ulfried Neumann. Para Neumann los ejemplos de las sentencias judiciales de Alexy, pueden ser declarados equivocados solo en un contexto moral o en un contexto social especial, pero no en uno lingüístico o conceptual (citado por Pavlakos, 1998: 132). Por lo cual debe entenderse que este autor, al igual que Bix, atribuye la inconsistencia del ejemplo a una **falla convencional o empírica**.

Así mismo, en un trabajo reciente John Gardner ha manifestado que en el ejemplo (4) de Alexy, es decir, el que se refiere a la sentencia de prisión perpetua, detecta una **falla pragmática** y no una falla conceptual. No es muy prolijo este autor en explicar tal conclusión sin embargo resumen su posición así:

“The judge... is not making a first-order claim on behalf of the law but making his own second-order claim about whatever it is that the law independently claims. It is, of course, an interesting further question whether judges and other law-applying officials necessarily claim to be applying the law, or at least (a weaker requirement) to be not defying the law in their official activities. In my view, the answer is no.

Personally I find a pragmatic but not a conceptual problem in the judicial utterance in Alexy's second example" (Gardner, 2012: 16)<sup>41</sup>.

Se puede observar que las críticas de Bulygin, Bix, Neumann y Gardner se enfilan directamente contra los ejemplos alexianos que buscan probar la existencia de una contradicción performativa y, por tanto, la necesidad implícita de corrección en el derecho. Otra forma de dirigirse contra el argumento de la corrección es ensayada por Jan-R Sieckmann<sup>42</sup>. Este autor a diferencia de Bulygin, Bix, Neumann y Gardner no se concentra en explicar un desacuerdo en los ejemplos utilizados por Alexy, sino que ataca directamente los elementos de la pretensión de corrección: (1) la afirmación de la corrección, (2) la garantía<sup>43</sup> de la fundamentabilidad y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección (Alexy, 2000b: 36). Señala que el problema radica en que esta concepción "no deja claro si uno podría garantizar razonablemente la justificabilidad de su propia posición y esperar que sea aceptada por los demás" (Sieckmann, 2003: 223-224). Lo anterior bajo el entendido que para la teoría discursiva la garantía de justificabilidad tiene

---

<sup>41</sup> En el texto se hace referencia al comienzo de la cita a un primer ejemplo, sin embargo, es probable que se trate de un error pues el primer ejemplo no se refiere a lo dicho por un juez sino a la cláusula constitucional injusta. Ver (Gardner, 2012: 16).

<sup>42</sup> Sieckmann se dirige igualmente en contra de los ejemplos alexianos que buscan probar la existencia de una falla conceptual para la constatación de una contradicción performativa y advierte que si bien Alexy tiene razón en que existe una contradicción pragmática, esta se debe a razones semánticas (Sieckmann, 2003: 226). En lo que este autor parece no estar muy de acuerdo es que de estas pretensiones de verdad se puedan extraer fundamentaciones de normas. Para Sieckmann, sí Alexy adhiere a la teoría del discurso, las fundamentaciones de normas deben ser producto de un proceso discursivo y no de presuposiciones de aserciones (Sieckmann, 2003: 226).

<sup>43</sup> Recordemos que posteriormente Alexy habló de "aseveración" de fundamentabilidad (Alexy, 2009: 69). Sin embargo, al momento de la formulación de la crítica de Sieckmann al parecer Alexy todavía utilizaba el término "garantía".



que referirse al resultado de un discurso racional y uno no puede saber con antelación cual será el resultado de ese discurso. Así mismo, el resultado del discurso puede implicar que no exista consenso lo que lleva como conclusión que “uno no puede garantizar que su propia posición sea justificable” (Sieckmann: 2003: 224). A esto se le suma que el resultado discursivo puede llevar a distintas soluciones discursivamente posibles y, por tanto, correctas, lo que haría factible que los demás pudieran tener una opinión diferente y no estar de acuerdo con nuestra posición. “Por este motivo, semejante expectativa sería infundada y no puede formar parte de una pretensión de corrección necesaria” (Sieckmann: 2003: 224).

Igualmente, contra el carácter necesario de la pretensión de corrección Sieckmann ha señalado que “aunque, como él [Alexy] sostiene, la pretensión fuera necesaria para participar en la práctica de las aserciones, de esto no se deriva que uno deba hacer aserciones normativas. E incluso si uno las hace, no quiere decir que esta práctica sea correcta, ni que pueda modificarse” (Sieckmann, 2003: 224). Sieckmann con esto, señala siguiendo a Mackie, que es posible la existencia de una práctica distinta al discurso normativo y, por tanto, cuestiona que esa práctica sea necesario elevar una pretensión de corrección con las aserciones normativas. Crítica que acerca de este punto Alexy no se pronuncie para sostener la necesidad de emitir enunciados normativos.

En cuanto a los efectos de la pretensión de corrección George Pavlakos, quien es seguidor de gran parte de las tesis de Alexy, advierte que: “there is no reason for treating asymmetrically legal systems and legal norms with respect to their raising a claim to correctness” (Pavlakos, 2005: 79). Es una consecuencia en cuanto a los efectos toda vez

que a lo que apunta, en relación con Alexy, es a negar la diferencia entre conexiones cualificadorias y conexiones clasificatorias.

No es el objeto de estas páginas hacer una reconstrucción de la propuesta teórica de Pavlakos. Baste indicar que las razones para tales aseveraciones descansan en la idea en que, para este autor, la pretensión de corrección es una condición de cognoscibilidad de las proposiciones normativas e implica una norma de autonomía que es *a priori* y necesaria. Por lo cual, las proposiciones normativas están necesariamente conectadas a la pretensión de corrección que se eleva de forma incondicional y no puede ser comprometida ni si es explícita o implícitamente elevada o si se trata de una norma o de un sistema normativo en su conjunto (Pavlakos, 2005: 79-80).

Para Pavlakos, por tanto, no es posible que un sistema jurídico como un todo o una norma individual no eleven la pretensión de corrección; ésta es una característica necesaria de todo sistema jurídico y de normas individuales. La posibilidad expuesta por Alexy de sistemas normativos que no sean clasificados como sistemas jurídicos por no elevar la pretensión de corrección, en opinión de Pavlakos conduciría a poner en cuestión incluso la tesis del caso especial (Pavlakos, 2005: 80 nota 24). En este sentido se aparta de la conexión clasificatoria propuesta por Alexy para los sistemas normativos y, en consecuencia, indica que la única conexión interesante a tener en cuenta es la cualificatoria. Para Alexy la conexión de la pretensión de corrección con las normas individuales es siempre cualificatoria porque éstas ya se encuentran dentro de un marco de sistema jurídico. A esto agrega Pavlakos que esta no es únicamente la razón, sino que, además, por tratarse de una condición del

conocimiento normativo que simultáneamente funciona como estándar de corrección normativa (Pavlakos, 2005: 80).

### 3.2. ARGUMENTOS CONTRA LA CONEXIÓN PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN/MORAL.

Este trabajo ha tratado de centrarse en las críticas que directamente han puesto en entredicho el argumento de la corrección, entiéndase por esto, aquellas críticas que se han dirigido directamente contra la teoría de Robert Alexy. Por tanto, se ha descartado aquellas objeciones que se refieren a los problemas de la ética del discurso. Sin duda existen gran cantidad de trabajos que se encargan de rebatir las apreciaciones fundamentales realizadas por los principales precursores de la pragmática universal y la pragmática trascendental (Habermas y Apel). No obstante, claramente no es la intención de lo aquí expuesto entrar a estos por menores que, aunque importantes de tener en cuenta, se dirigen a rebatir fundamentaciones mucho más densas y que, en el mayor de los casos, se refieren a temas morales y no a temas jurídicos.

En este apartado al igual que el anterior, es posible realizar una clasificación de las principales críticas en lugar de hacer una amalgama amorfa de las mismas; esto ayudará a ubicar las críticas dentro del propio argumento de la corrección. No obstante, se debe hacer una salvedad en cuanto a “lo moral” en Robert Alexy, recordando los dos papeles que juega el argumento de la pretensión de corrección en la obra:

- a) La pretensión de corrección es el elemento que permite entender al derecho como un discurso, que al referirse a asuntos prácticos, lo hace parte de un *discurso práctico general* (tesis del caso especial).
- b) La pretensión de corrección vincula necesariamente al derecho con la *moral* (tesis de la conexión necesaria).

Se insiste en que Alexy tiene dos puntos de partida epistemológicos. Por un lado es un continuador de la teoría del discurso donde lo que pretende es probar la tesis del caso especial y de alguna manera proponer una teoría normativa de las decisiones jurídicas. Por otra parte, es un teórico del derecho que se circunscribe a la teoría analítica y que busca en el análisis conceptual razones para determinar la relación entre derecho y moral. El argumento de la corrección es crucial en estos dos objetivos. Por lo tanto, en las páginas que siguen se tratará el tema de la conexión pretensión de corrección – moral y pretensión de corrección – discurso práctico general.

A partir de la conceptualización alexiana, muchos autores han confundido el concepto de discurso práctico general con el de discurso moral<sup>44</sup>. La conclusión es justificada toda vez que Alexy en el primer periodo de su obra no es claro en cuanto a lo que debe entenderse por discurso práctico general y cuáles son los elementos que hacen parte de él, lo que se suma al hecho de que durante este periodo le diera una conocida relevancia al problema de la relación entre derecho y moral [véase por ejemplo, (Alexy, 1989)]. Sin embargo, no es sino hasta 1999, con la publicación del artículo *La Tesis del Caso Especial* (1999b), cuando

---

<sup>44</sup> Habermas por ejemplo interpreta la tesis del caso especial como estableciendo que el discurso jurídico es una especie de “subconjunto” del discurso moral (Habermas, 1992: 302).

Alexy, finalmente, establece diferencias entre el discurso práctico general y el discurso moral<sup>45</sup>.

En este apartado se tratará entonces las dos conexiones que propone el argumento de la corrección (con la moral y con el discurso práctico general), la primera se realizará a partir de una serie de autores que servirán para ejemplarizar un grupo de interrogantes importantes que ponen en duda una vinculación entre derecho y moral, por lo menos de una manera necesaria, la segundas, se revisarán sobre todo a partir de la crítica habermasiana al respecto.

### 3.2.1. *Moral.*

Se ha replicado a Alexy el carácter formal de la pretensión de corrección; formal en tanto no determina que estándares aplicar (Raz, 2007: 28). Puede argumentarse que en parte el carácter formal de la pretensión de corrección se debe al carácter procesal de la teoría ética del discurso en la que se apoya Alexy y que le lleva a auto imputarse tal apelativo [ver (Alexy, 1992b)]. La formalidad o el carácter procesal, pretende en últimas reivindicar la posibilidad de una moral universal a partir de una ética del discurso.

En su artículo *La Tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral* (1998), Eugenio Bulygin dice que “el hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica” (Bulygin, 1998: 88). Para este autor es difícilmente fundamentable que personajes tan diversos como

---

<sup>45</sup> Diferencias que no dejan de ser problemáticas en cuanto a la coherencia con el resto de la obra. Esta dificultad será revisada con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

Pinochet, Ghengis Khan, o Enrique VIII tuvieran una misma concepción de justicia como él cree que opina Alexy.

Alexy es enfático al decir que la moral a la que se dirige la pretensión de corrección puede ser una moral en disputa (Alexy, 2000a: 107 y ss.). Y, posteriormente, hace una serie de distinciones con miras a rebatir la objeción. Distingue en primer lugar entre elementos morales en el derecho y estructura moral del derecho, y dice que tanto al nivel de los elementos como al nivel de la estructura pueden presentarse controversias morales en el derecho. La idea de corrección moral dentro del derecho puede interpretarse en un sentido débil y en un sentido fuerte. Interpretada débil, para Alexy, un juicio moral es justificable con base en una cierta moral, cualquiera que ésta pueda ser. En un sentido fuerte, el juicio moral solo es justificable con base en una moral correcta. De tal manera, la idea de pretensión de corrección requiere de una interpretación fuerte<sup>46</sup>. Distingue Alexy, entre una formulación subjetiva o personal y una formulación objetiva u oficial de la pretensión de corrección. Para Alexy, Nerón no formula una pretensión de manera subjetiva o personal, pero en la medida en que actúa como autoridad jurídica la pretensión se conecta objetivamente a su rol en el sistema jurídico. “Es precisamente este conflicto entre la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva, el que da su carácter escandaloso a la pena de muerte de Nerón” (Alexy, 2000a: 104).

Aunque el balance de la teoría de Alexy, realizado por Rodolfo Vigo (2003), se mueve en el ámbito metateórico que impone la teoría del discurso, este autor también ha criticado el

---

<sup>46</sup> “La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esta base, racionalidad práctica, es suficiente” (Alexy, 2000a: 109).

carácter universalista que Alexy propone en su construcción (Vigo, 2003: 220-ss). Manifiesta, recogiendo varias objeciones elevadas contra Habermas y Apel, que la posición de Alexy esconde un claro etnocentrismo, dado, sobre todo, por el optimismo habermasiano en los ideales de la ilustración europea. Para Vigo, es un universalismo que “deviene de la razón pura práctica kantiana apoyado en un imperativo categórico no contaminado de contingencia” (Vigo, 2003: 221). Estas “contingencias” no serían más que las distintas eticidades de las diversas formas de vida, por lo cual, como señala Tugendhat, la empresa habermasiana no sería más que una “utopía discursiva” (Vigo, 2003: 221).

Otros autores son más directos en concluir que Alexy construye una teoría ideológica. De esta manera, Botero sugiere que, aunque Alexy hace explícita su idea de una moral de corte procedimental con pretensiones de neutralidad, ésta esconde, en el fondo, una teoría de la gobernanza de lo jurídico. Considera que la teoría moral procedimental de Alexy encubriera, a pesar del espíritu general de la teoría, un criterio político concreto y esencialmente eurocéntrico, es decir, el Estado Social y Democrático de Derecho (Botero, 2010: 212). En similar sentido opina Manuel Atienza, para quien la teoría del derecho de Robert Alexy esconde una función ideológica de un modelo de derecho (Atienza, 2005: 200).

Igualmente, Velasco Arroyo insiste en la existencia de elementos en la teoría de Alexy que desmienten su carácter universalista, pues no solo coinciden con una moral postconvencional, sino que se trata de las reglas del estado democrático de derecho de una forma idealizada. Al respecto de la teoría alexiana señala que:

“No resulta evidente, sin embargo, que el procedimiento general y abstracto de la teoría de la argumentación jurídica sea compatible con formas sociales y culturales diversas. Las reglas del juego argumentativo constituyen en la práctica una forma de vida no universalizable” (Velasco, 1999: 65).

Las objeciones de estos autores tienen como fundamento el papel preponderante que juegan los derechos humanos sobre todo en la ética del discurso [Ver por ejemplo (Alexy, 2004) y (Habermas, 1992: 188-189)]. La pregunta que surge entonces es “¿es posible la formulación de una teoría de la razón práctica netamente procedimental alegando al mismo tiempo límites de contenido en cuanto a lo que puede ser aplicado?” (Botero, 2010: 215). Una moral procesal difícilmente llevaría a la instauración de derechos fundamentales muy particulares que, no obstante, defiende Alexy, sobre todo a partir de la pragmática universal.

Ahora, Alexy no se ha contentado únicamente con revelar un presunto carácter procesal y universal de la moral a la que se dirige la pretensión de corrección, también ha mostrado algunos datos importantes que ayudan a comprender esta moral. Se debe recordar que identifica la corrección con justicia. Y “justicia es corrección en la distribución y en la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales” (Alexy, 2002: 22).

No obstante, de acuerdo a Gardner, existe una diferencia entre una pretensión de corrección y una pretensión de justicia por lo que no se trata de términos equivalentes. “It is possible for something to be morally correct yet unjust or *vice versa*” (Gardner, 2012: 17). De acuerdo a Gardner lo anterior debido a que si bien todas las consideraciones de justicia son consideraciones morales, no todas las consideraciones morales son consideraciones de



justicia. Así mismo, para este autor, también existen obligaciones morales de humanidad, misericordia, honestidad, prudencia, tolerancia, etc. (Gardner, 2012: 17).

La consecuencia de lo anterior es que son posibles ciertas normas dentro del derecho que pueden ser correctas y, aun así, ser injustas o justas pero moralmente incorrectas. Por lo cual el derecho podría pretender ser moralmente correcto sin ser justo o pretender ser justo sin pretender ser moralmente correcto. De hecho manifiesta que la cláusula constitucional injusta podría indicar algo así como lo siguiente, sin ser conceptualmente incoherente:

(1) X es una república soberana, federal e injusta... “pero la injusticia es el precio que nosotros debidamente pagamos por nuestra tolerante, humana y compasiva civilización”.

De acuerdo a Gardner, el punto de vista de Alexy se fundamenta en entender la justicia como tipo especial de corrección moral propia de los sistemas jurídicos. Sin embargo, descalifica tal suposición como equivocada y evalúa la relación entre justicia y derecho como más compleja (Gardner, 2012: 18). En su concepto los oficiales aplicadores de derecho algunas veces deberían sacrificar la justicia por misericordia o prudencia en nombre del derecho; lo cual lo lleva a pensar que, en definitiva, “law does not make either of moral claims that Alexy ascribes to it –either the claim to be just or the claim to be morally correct” (Gardner, 2012: 18).

El problema de la moral alexiana también puede ser entrelazado con el problema de las leyes injustas y que hace parte del denominado argumento de la injusticia. Para Manuel Atienza, Alexy no replica de manera satisfactoria el problema de las leyes injustas (Atienza, 2005: 194-195). Si la pretensión de corrección del juez se encuentra limitada por

leyes injustas que deben ser aplicadas, al no ser extremadamente injustas y, por tanto, ser derecho, entonces, parece que Alexy no argumentara en favor de la tesis del caso especial. Lo anterior también vale en sentido contrario; si el juez se abstiene de aplicar el enunciado autoritativo que conforma la ley positiva por considerarlo injusto, entonces, en esta variante los límites del discurso jurídico y del discurso práctico general también quedarían desdibujados. En ambos casos se colocaría en entredicho la tesis del caso especial. La única forma de salvar el problema consiste en presuponer la justicia del derecho positivo.

La iusfilosofa argentina Paula Gaido toma igualmente el problema de las leyes injustas y busca traducirlo al conflicto entre dos valores: justicia y seguridad jurídica<sup>47</sup>. El razonamiento de esta autora es como sigue: Alexy considera que los enunciados autoritativos deben considerarse un argumento *prima facie* para la decisión<sup>48</sup>. Ahora, esto, de acuerdo a Paula Gaido, muestra el papel práctico que juega la pretensión de corrección en la obra de Alexy. Sí el razonamiento jurídico debe recurrir a argumentos prácticos en todo momento, incluso existiendo un resultado claro a la luz de los enunciados autoritativos, el sistema jurídico debe entenderse “como un sistema normativo abierto,

---

<sup>47</sup> Se debe recordar que para Alexy “El valor de la seguridad tiene que ser sopesado con el de la justicia material. La fórmula radbruchiana adopta una evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y sólo en casos extremos invierte esta jerarquía. A esto puede oponerse sólo quien considere que la seguridad jurídica es un principio absoluto, algo que, como toda adhesión a un principio absoluto, contiene una dosis de fanatismo” (Alexy, 1992a: 58).

<sup>48</sup> “Como se ha indicado, hay fundadas razones para vincular la argumentación jurídica a los resultados de actos jurídicos previos. Esto conduce a una prioridad *prima facie* de los argumentos referidos a lo que el legislador ha dicho o querido y a los precedentes; en suma, a la prioridad *prima facie* de los argumentos institucionales. Pero el hecho de que los argumentos institucionales tengan únicamente una prioridad *prima facie* muestra que la argumentación jurídica sigue dependiendo de la argumentación práctica general o material; incluso si los argumentos institucionales conducen a un resultado seguro” (Alexy: 1995a: 86-87).

cuyas normas son susceptibles de variación” (Gaido, 2011: 180). La primera consecuencia de lo anterior es que esta premisa desdibuja el papel de la seguridad jurídica (Gaido, 2011: 180), tal y como el mismo Robert Alexy lo había resaltado cuando teorizó acerca del argumento de la injusticia.

Así mismo, de acuerdo a Gaido, Alexy es ambiguo en cuanto a la forma en que se debe utilizar razones autoritativas en la argumentación jurídica. De acuerdo a la profesora argentina, en la obra de Alexy se pueden encontrar al menos dos formas de entender el papel que juegan las razones autoritativas en la argumentación jurídica: i) cuando se agota todo el material que satisfizo los criterios de validez del ordenamiento y ii) en todo caso (Gaido, 2011: 176). El primer caso se entendería bajo la existencia de lagunas de racionalidad, es decir, en casos de: a) vaguedad del lenguaje autoritativo, b) conflictos normativos y c) lagunas. Las segundas hacen referencia a que en todos los casos lo dicho por la autoridad sería posible de ser siempre revisado a la luz de la corrección de las razones que subyacieron a la decisión. A pesar de la ambigüedad denunciada Gaido toma partido por la segunda interpretación, la cual estima más plausible atribuir a Alexy.

De esto se desprende, en segundo lugar, que para Alexy, de acuerdo a Gaido (2011: 154), en los discursos ideales que son aquellos en los cuales se cumplen todas las reglas del discurso práctico racional, no es posible que existan resultados injustos. Cuando habla de resultado injusto hace referencia a no solo aquel que violenta los derechos humanos, estos últimos donde es claro que su resultado es discursivamente imposible. Ahora, si para la definición de la validez jurídica se requiere del test propuesto por el argumento de la injusticia, es decir, que se debe verificar para la validez de una norma jurídica que esta no

sea extremadamente injusta, se quiere decir que es posible la existencia dentro del ordenamiento jurídico de normas que sean injustas.

De esta manera:

“El argumento según el cual puede haber normas jurídicas válidas e injustas supone que el valor seguridad jurídica prevalece sobre el valor justicia. Que prevalezca o no es para Alexy un tema de balance entre dos valores. Pero, ¿en qué balance está pensando Alexy? En el balance ideal, esto es, en un balance donde se siguen las reglas del discurso, prevalecen siempre consideraciones de justicia. En el balance real si prevalece el valor seguridad jurídica hay que concluir que las reglas del discurso fueron vulneradas. Si Alexy está pensando que de acuerdo con el test de validez jurídica ideal a veces la seguridad jurídica prevalece por sobre el valor justicia, se enfrenta al problema que he buscado precisar. Es inconsistente tanto con su compromiso metodológico inicial cuanto con su tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general” (Gaido, 2011: 165).

### 3.2.2. *Discurso Práctico General.*

En el anterior apartado se realizó alguna precisión de aquellas críticas que buscaban probar dificultades en la fundamentación del argumento de la corrección, en cuanto a la necesidad de pretensión moral y en cuanto a los contenidos y contornos de esa moral. Igualmente, con la inclusión de críticas como la de Paula Gaido se pudo hacer una breve apertura al concepto de “discurso práctico general”. Es, en general, de las críticas realizadas por una de

las figuras más eminentes de la teoría discursiva, el sociólogo alemán Jürgen Habermas, donde se centrarán las aproximaciones del presente apartado. La autoridad de las objeciones formuladas por Habermas viene dada en la marcada herencia que existe de esta obra en la teoría de Alexy<sup>49</sup>.

La mayor parte de la literatura habermasiana se desarrolla en diversos temas como sociología, filosofía de la religión, teoría política, teoría moral, etc. En consecuencia, el derecho no fue en un comienzo uno de los temas más abordados de su obra. Debido a esto, durante algún tiempo existió una especie de vacío en cuanto cómo debía entenderse la ética discursiva y, en general, la teoría de la acción comunicativa frente al fenómeno jurídico. De este problema es donde, de alguna manera, surge la teorización alexiana. Alexy pretendió, a partir de los postulados filosóficos más abstractos de Habermas, realizar una teorización del derecho en términos de ética del discurso. Esta labor de alguna manera tuvo que emprenderse cuesta arriba, pues, de hecho, una de las primeras posiciones de Habermas al respecto es que los procesos comunicativos llevados a cabo en los tribunales y estrados jurisdiccionales no son discursivos, sino que son mera acción estratégica y, por tanto, no existe pretensión de corrección alguna que sea elevada en los procesos judiciales<sup>50</sup>.

Posteriormente, Habermas da un viraje de ciento ochenta grados a esta posición y parece mostrarse plenamente de acuerdo con la tesis del caso especial en los términos reseñados

---

<sup>49</sup> Esto se puede apreciar fácilmente en la sección II del Capítulo A de la *Teoría de la Argumentación Jurídica* (1983).

<sup>50</sup> Esta fue la primera posición de Habermas, consignada en un escrito realizado junto al sociólogo Niklas Luhmann en 1971. [Ver (Habermas, 1981: 60 nota al pie 63)].

por Alexy<sup>51</sup>. Es aquí donde empieza Habermas a interesarse por el fenómeno jurídico y empieza a entenderlo desde la visión propia de la ética discursiva. Este intento originó su famosa *Tanner Lecture* acerca de las relaciones entre derecho y moral dictada en Salt Lake City en 1986 [ver (Habermas, 1986)].

El punto de choque entre estos dos autores se desata cuando el propio Habermas en su teorización más seria y específicamente elaborada hacia el derecho y el estado de derecho, discrepa de la concepción alexiana que anteriormente había defendido. Es así como, finalmente, Habermas modula la declaración anterior y acepta simplemente como “plausible” entender que las partes en disputa en los tribunales, hacen contribuciones a un discurso desde la perspectiva del juez, quien ostenta la única perspectiva esencial para la fundamentación de la decisión (Habermas, 1992: 303)<sup>52</sup>.

El tema del carácter discursivo del derecho, resulta difícil de conciliar en muchos casos con su carácter estratégico. El propio Alexy, siguiendo a Neumann, reconoce que es posible que en los tribunales, las partes actúen motivadas por sus propios intereses (Alexy, 1991b: 327). Sin embargo, para Alexy, lo importante es que las partes “al menos, hacen como que sus argumentos están contruidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar el acuerdo de todos” (Alexy, 1991b: 327). Para Manuel Atienza esto genera un

---

<sup>51</sup> “Mientras tanto R. Alexy... me ha convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico” (Habermas, 1981: 60 nota al pie 63).

<sup>52</sup> No obstante esto, Alexy persiste en que la pretensión de corrección es elevada por todos los que toman parte del discurso jurídico, incluso los abogados litigantes o ciudadanos en discusiones públicas (Alexy, 2000b: 36).

problema o ambigüedad en cuanto al carácter de la pretensión de corrección y como ésta une necesariamente a la moral y el derecho.

De esta manera,

“La pretensión de corrección no parece significar aquí más que “pretensión de seriedad”, esto es, que las partes -o sus representantes- plantean sus argumentos tomándose en serio las reglas de juego y su rol en el mismo; pero es difícil atribuir a esto algún significado moral” (Atienza, 2005: 193).

En su libro *Facticidad y Validez* (1992), Jürgen Habermas realizó varias críticas [al respecto ver (Botero, 2012)] al pensamiento de Alexy entre ellas a la conexión entre derecho y moral. En algunos apartados la crítica es más bien indirecta o implícita. Se debe recordar que gran parte de los fundamentos filosóficos de la teoría argumentativa jurídica alexiana provienen de la teoría discursiva habermasiana, es así como, cualquier pronunciamiento de Habermas que pueda interpretarse como divergente de los presupuestos de Alexy, requieren de aclaración por parte de este último. Fue precisamente esto lo que ocurrió en *Facticidad y Validez*. En este libro, Habermas desarrolló gran parte de los puntos que habían quedado simplemente enunciados en obras anteriores, acerca de su concepción de derecho y estado de derecho.

Aunque son relevantes varios temas que muestran una clara divergencia entre la teoría discursiva del derecho de Habermas y la de Alexy<sup>53</sup>, en cuanto a las aspiraciones explicativas del argumento de la corrección, resulta de particular importancia el que hace

---

<sup>53</sup> Un ejemplo bastante relevante de esta, hace referencia a la crítica a la ponderación y a la teoría de los derechos fundamentales que realiza Habermas; para la discusión ver (Alexy, 2002b).

referencia al contenido del discurso práctico general. Esta tiene su fundamento en la difícilmente cuestionable oscuridad en cuanto al concepto de “discurso práctico general” en la obra de Robert Alexy. Al parecer Habermas también captó esta deficiencia, por lo que terminó por concluir que lo que entendía Alexy por discurso práctico general no era otra cosa que el discurso moral<sup>54</sup>. Interpreta de la obra alexiana que el discurso jurídico se entiende “como un subconjunto de las argumentaciones morales” (Habermas, 1992: 302). Lo cual es un despropósito en el entendido que para Habermas “los discursos de fundamentación tienen que estar abiertos también a un uso *pragmático* y sobre todo un *uso ético-político de la razón práctica*” (Habermas, 1992: 221). Antes de profundizar esta idea se verá algunos comentarios realizados por Habermas en cuanto a la relación y diferencias entre derecho y moral.

Anteriormente, Habermas había indicado que la

“legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma, a una racionalidad exenta de moralidad, inherente, por así decir, a la forma jurídica; esta legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el derecho y la moral” (Habermas, 1986: 543-544).

Y en este sentido,

“La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos

---

<sup>54</sup> En el capítulo siguiente se retomará el concepto de discurso práctico general de Alexy a partir de la réplica realizada a Habermas.



jurídicos de fundamentación que sean *permeables* a discursos morales” (Habermas, 1986: 556-557).

Sin embargo, Habermas advierte que no deben confundirse los límites entre el derecho y la moral. Destaca algunas diferencias entre el derecho y moral diciendo que los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de racionalidad instrumental, pues llevan asociados criterios instrumentales para conocer si una decisión se produjo o no conforme a derecho, en cambio, los discursos morales no cumplen esta condición (Habermas, 1986: 557). Este carácter instrumental viene marcado por la relación entre derecho y política, que hace depender de cierta forma al primero de este último. “Mientras que las normas morales son en todo momento fines en sí, las normas jurídicas valen *también* como medios para conseguir objetivos políticos” (1986: 559).

En *Facticidad y Validez*, Habermas dice que existen diferencias entre reglas jurídicas y reglas morales, tanto en el contenido, como en el sentido de validez y el modo de producción (Habermas, 1992: 220). En cuanto al contenido, los preceptos morales al tratarse de asuntos de justicia entablan una pretensión de validez absoluta dirigiéndose a “todos”, mientras que “las materias jurídicas conciernen a fines y bienes colectivos de modo que con ellas surgen cuestiones concernientes a la forma concreta de vida...” (Habermas, 1992: 222). En cuanto al sentido de validez, en el marco de la ética del discurso, las normas morales tienen una pretensión de validez puramente cognitiva aunque no una selectividad suficiente para que el derecho se apropie de ellas, por lo que toca apelar a otro tipo de razones que impliquen una validez relativa. En lo relativo al modo de producción, no obstante, ser ambos tipos de normas más “construidas” que “descubiertas”,

esta construcción se acentúa en la regla jurídica. Es decir, mientras las reglas morales, en el marco de la ética del discurso, se dirigen a un *entendimiento* de las normas legítimas que se deben respetar, las reglas jurídicas se dirigen a un *convenio* para determinar qué obligaciones se deberían contraer o asumir (Habermas, 1992: 224).

Ahora, habiendo establecido Habermas las diferencias entre moral y derecho, propone una relación de “entrelazamiento” (Habermas, 1986: 559) o “complementariedad” (Habermas, 1992: 171), del que no se escapa de las críticas por la forma de vincular una moral universalizable con un discurso jurídico restringido temporo-espacialmente (Botero, 2012).

No obstante, la moral busca lo que es justo absolutamente para todos y el derecho no puede referirse únicamente a problemas de justicia, sino que debe incluir problemas de autoentendimiento y conciliación de intereses; es decir, que el derecho se encuentra abierto a otros usos de la razón práctica tales como el uso *pragmático* y el uso *ético-político* (Habermas, 1992: 221). “Las cuestiones pragmáticas se plantean desde la perspectiva de un agente que dadas unas determinadas metas y preferencias busca los fines adecuados para la realización de sus metas” (Habermas, 1992: 227). En este sentido las respuestas a cuestiones pragmáticas adoptan la forma semántica de imperativos condicionados. Por otro lado, para Habermas las normas jurídicas siempre tienen un ámbito restringido de validez; limitado por el espacio y tiempo. Lo anterior porque los sistemas jurídicos han de delegar la coerción en una instancia que monopolice los medios de coerción legítima<sup>55</sup>. De esta manera, “las cuestiones ético políticas se plantean desde la perspectiva de miembros que en cuestiones de vital importancia quieren aclararse acerca de cuál es la forma de vida que

---

<sup>55</sup> “Pues todo monopolio de la violencia sobre la Tierra, y esto cabría decirlo incluso de un gobierno mundial, es una magnitud finita, permanece provincial respecto al futuro y al espacio cósmico” (Habermas, 1992: 190).

comparten y en función de qué ideales quieren proyectar su vida en común” (Habermas, 1998: 228). Al igual que con las respuestas a las cuestiones pragmáticas, las respuestas a cuestiones ético-políticas toman la forma de imperativos condicionados.

La crítica de Habermas es de importancia central, pues cuestiona la tesis del caso especial y con ello el argumento de la corrección en cuanto que plantea una relación necesaria entre derecho y moral.

“A diferencia de la moral, el derecho no regula contextos de interacción *en general*, sino que sirve de medio para la autoorganización de comunidades jurídicas que en unas determinadas circunstancias históricas se afirman en su entorno social. Con ello emigran al interior del derecho contenidos concretos y puntos de vista teleológicos. Mientras que las reglas morales al concentrarse en lo que es en interés de todos por igual, expresan una voluntad absolutamente general, las reglas jurídicas expresan también la voluntad particular de los miembros de una determinada comunidad jurídica” (Habermas, 1992: 219).

Si bien el propio Habermas entiende que existe una relación entre derecho y moral, considera que el discurso jurídico no puede ser entendido únicamente a partir del discurso moral. El discurso jurídico también se encuentra conformado por discursos pragmáticos y ético-políticos, que no han sido tomados en cuenta por Alexy en su construcción teórica. Desde este punto el ataque en contra la tesis del caso especial resulta evidente. Sí el discurso jurídico se encuentra abierto a discursos éticos-políticos y pragmáticos, esto quiere decir, que no puede entenderse al derecho como un caso especial del discurso práctico general, si se identifica éste último con el discurso moral.



## CAPITULO IV

### CONSIDERACIONES PERSONALES ACERCA DEL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN EN LA OBRA DE ROBERT ALEXY

#### 4.1. DERECHO Y PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

En el capítulo anterior se mostró que, para algunos autores, no es cierto que el derecho conlleve efectivamente una pretensión de corrección. Estos autores consideran que Alexy no prueba la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral de modo alguno. El método principal de probar dicha pretensión para Alexy consistió en mostrar la existencia de un acto de habla *ilocucionario* dirigido a la corrección al interior de las aserciones jurídicas. Es decir, las normas y sistemas jurídicos serían actos de habla que, además de llevar un sentido *locucionario* acerca de lo que se permite, prohíbe u ordena, también, llevarían un acto de habla *ilocucionario* de que *lo que se hace cuando se dice* es correcto. Para mostrar la conexión necesaria entre derecho y esta corrección Alexy trata de alguna manera de destapar el acto *ilocucionario* que considera implícito. Para esto considera que una norma constitucional que dijera:

(2) X es un estado justo

sería redundante, pues el acto de hacer una constitución e instaurar un sistema jurídico necesariamente implicaría una pretensión de que lo que se está haciendo es correcto y por tanto justo.

No obstante, Alexy considera que es más evidente ejemplificar en un sentido inverso. Mostrar que una norma jurídica que en su acto locucionario contradiga esta pretensión necesaria, caería en una contradicción performativa. La consecuencia de la contradicción performativa en las normas jurídicas (en sentido general incluyendo las decisiones judiciales), sería una “falla conceptual”<sup>56</sup>.

De esta manera para Alexy la cláusula constitucional

(1) X es una república soberana, federal e injusta

mostraría una contradicción performativa entre el acto de promulgar una constitución y señalar que esta es injusta. De acuerdo, a Alexy el acto de expedir una constitución implica una pretensión de que dicha constitución sea moral y jurídicamente correcta, por tanto, declarar que dicha constitución es injusta, establecería una contradicción entre lo que se dice y lo que se hace.

Es dudoso como una contradicción performativa pueda considerarse una falla conceptual como estima Alexy. Por ejemplo el enunciado:

(2a) El gato está en el felpudo, pero yo no lo creo.

para Alexy, este ejemplo tomado de Austin, sin duda es un caso paradigmático de una contradicción performativa<sup>57</sup>, pero ¿podríamos llamarlo, igualmente, una falla conceptual?

---

<sup>56</sup> Alexy utiliza “el término conceptual en un sentido amplio que contiene la estructura necesaria de los actos de habla” (Alexy, 2003b: 65).

<sup>57</sup> Alexy estima que “en cierto modo, hay alguna analogía” con el famoso ejemplo de Austin del gato en el felpudo y la cláusula constitucional injusta [Ver nota al pie No 15 (Alexy, 1989: 64)]. La analogía, no aclarada por Alexy, sólo puede hacer referencia al tipo de contradicción (performativa) o al tipo de falla

La razón de Alexy para llamar a este tipo de contradicciones performativas como fallas conceptuales, estriba en que considera que la pretensión de corrección es un elemento necesario del derecho y, por tanto, de su concepto. Si se verificara que la pretensión de corrección fuera, efectivamente, un elemento necesario al concepto del derecho, entonces necesariamente, la eliminación de la pretensión debería constituirse en una falla conceptual para todo aquello que pretendiera mostrarse como derecho. Sin embargo, el punto es que con los ejemplos alexianos lo que se quiere probar es precisamente eso: que la pretensión de corrección es un elemento necesario al concepto de derecho. Concuero con Bulygin que lo que se hace es que “se supone que una contradicción performativa es una falla conceptual” (Bulygin, 1998: 86). Esta “suposición” ciertamente no es aclarada por Alexy.

No obstante en el razonamiento alexiano se verifica entonces un problema de circularidad. Solo podría hablarse de falla conceptual si se asumiera la pretensión de corrección como un elemento necesario al derecho y, a su vez, solo podríamos establecer que existe una pretensión de corrección unida necesariamente al concepto del derecho, sí Alexy mostrara que su exclusión genera una falla conceptual. Es una inconsecuencia que ha pasado desapercibida por distintos autores, quizás a excepción de Eugenio Bulygin, quien, en general, dudó de la posibilidad de contradicciones performativas (Bulygin, 1998: 86-87).

---

(conceptual). Lo anterior condicionado por la marcada diferencia entre los actos locucionarios; mientras la cláusula constitucional injusta es un acto de habla regulativo, la aserción del gato en el felpudo es un acto de habla constatativo. Sin embargo, en palabras de Austin “supongamos que digo “el gato está sobre el felpudo” cuando no es el caso que crea que el gato está sobre el felpudo. ¿Qué diríamos entonces? Claramente este es un caso de insinceridad” (Austin, 1991: 97). Como se observa, Austin no atribuye a su ejemplo falla conceptual alguna.

Ahora, Alexy dice que utiliza el término conceptual en un sentido amplio incluyendo en él la estructura necesaria de los actos del habla (Alexy, 2003b: 65). Podríamos estirar esta estipulación y buscar en dicha estructura razones adicionales para identificar la ausencia de una verdadera falla conceptual. Las pretensiones de *inteligibilidad* y *veracidad*<sup>58</sup> hacen parte de la estructura de los actos de habla tanto constatativos como regulativos y de ellas Alexy alude en algún momento en el desarrollo de su teoría (Alexy, 1983: 116 y 117). De hecho, estas pretensiones son las más fácilmente fundamentables. Es así como la pretensión de inteligibilidad se refiere a una pretensión de los actos de habla de que lo que se dice es comprensible. En los actos de habla regulativos la inteligibilidad se encuentra más claramente en el acto locucionario. De esta manera, una decisión judicial que dijera:

(3) X es condenado a una pena de prisión perpetua por diez años

---

<sup>58</sup> Alexy citando a Habermas habla de las pretensiones de validez así: “se pretende inteligibilidad de la expresión, la verdad de su contenido proposicional, la corrección o adecuación de su contenido performativo y la veracidad del sujeto hablante” (Alexy, 1983: 116). No obstante, Habermas en algunos pasajes deja de referirse a la pretensión de inteligibilidad y solo toma en cuenta las otras tres [por ejemplo (Habermas, 1992: 78)]. Así, “La intención comunicativa del hablante comprende, pues, a) el realizar un acto de habla que sea correcto en relación a un contexto normativo dado, para poder con ello establecer una relación interpersonal con el oyente, que pueda considerarse legítima; b) el hacer un enunciado verdadero (o presuposiciones de existencia ajustadas a la realidad) para que el oyente pueda asumir y compartir el saber del hablante, y el c) el expresar verazmente opiniones, intenciones, sentimientos, deseos, etc., para que el oyente pueda fiarse de lo que oye” (Habermas, 1981: 393-394). Parece que la inteligibilidad dejara de ser una pretensión dirigida al entendimiento para convertirse en una condición de la comunicación. “La razón por la que la que en la acción comunicativa un hablante escoge una expresión lingüística inteligible es para entenderse con un oyente sobre algo y a la vez darse a entender a sí mismo” (Habermas, 1981: 393). En todo caso, el tratamiento de las pretensiones de inteligibilidad y veracidad por parte de Alexy es ambiguo. Mientras que, por una parte, hereda de Habermas la tesis de que hacen parte de la estructura de los actos de habla, por otra parte, parece que fueran incluidas como reglas fundamentales de los discursos prácticos racionales (Alexy, 1983: 185-ss).



claramente carecería de inteligibilidad. Entonces, de ser Alexy consecuente con sus propios postulados, no tendría más camino que aceptar que la violación de la pretensión de inteligibilidad, al encontrarse en la estructura de los actos del habla, desemboca en una falla conceptual. Sin embargo, considero que difícilmente alguien podría indicar que existiese en dicha condena una falla conceptual. Ciertamente existe una falla semántica en la misma más no algo que perturbe el concepto de decisión judicial y derecho en sentido amplio.

Retomemos ahora otro ejemplo del profesor alemán. Alexy considera que en una decisión judicial que sentenciara que:

(4) El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.

Al igual que en el caso anterior, lleva una contradicción performativa y, que, por tanto, se da una falla conceptual. Sin embargo, considero que la deficiencia del enunciado se encuentra en la vulneración de la pretensión de *veracidad* del acto. El juez, sin duda, está falseando la fundamentación de lo que está afirmando. En ese caso está afirmando la responsabilidad del acusado y diciendo que su justificación es mentirosa.

Independientemente de los puntos anteriores, que sin duda tienen una importancia no menor, quiero proponer la posibilidad de una *falla moral* en la cláusula injusta. Esto es aceptado por Alexy, mas considera que aunque una razón necesaria, no es una razón suficiente para explicar la falla presentada. Dice así:

“Se podría asumir un defecto moral. Aquí tenemos una incorrección moral, pero podemos ver fácilmente que esta no es una explicación completa. Supongamos que

la injusticia consiste en negar algunos derechos a miembros de cierta raza. En lo que concierne al defecto moral, no habría ninguna diferencia si se removiese la cláusula de la injusticia y fuese reemplazada por un segundo artículo que negase dichos derechos a los miembros de esa raza. Sin embargo, restaría alguna diferencia en el carácter defectuoso” (Alexy, 1989: 63).

Existe una falla moral en la cláusula injusta por la utilización de un desvalor en la misma. Ordenar el desvalor “injusticia” genera un juicio de reproche moral, pues, *prima facie* un desvalor en una norma moral contraría el principio de universalización propio de las normas morales. La falla moral sería consecuente con la violación de la pretensión de validez correctiva habermasiana dirigida al entendimiento. Pues, como ya se señaló, esta implica que el “acto del habla sea correcto en relación a un contexto normativo dado, para poder con ello establecer una relación interpersonal con el oyente, que pueda considerarse legítima” (Habermas, 1981: 393).

Es posible que bajo un *ethos* particular, la cláusula de la injusticia tenga algún tipo de justificación. En este sentido el ejemplo traído por Brian Bix es esclarecedor (Bix, 2006: 147-148). Es posible que una sociedad le de prioridad a un valor diferente a la justicia por considerarlo “bueno” en un sentido ético-político. Sin embargo, la falla no se agota en esto. No se trata de la transgresión a una convención o técnica constitucional generalizada o un simple reproche de expertos acerca de la forma en que se deben elaborar cartas de derechos. Se trata de un reproche al contenido de un acto humano e intencional y que, por tanto, es susceptible de juicios de valor.

Con lo anterior no quiero significar que efectivamente exista una unión necesaria entre derecho y moral. Todo acto intencional está abierto a la crítica moral. Esto no hace a todo acto intencional necesariamente unido a la moral. Existe un argumento falaz en la tesis alexiana al respecto, producto precisamente del concepto de “conexiones conceptuales cualificadoras”<sup>59</sup>. Y podemos encontrar su antecedente en la referencia a los dos momentos de la pretensión de corrección.

De acuerdo a Alexy “la teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección” (Alexy, 1989: 61-62).

Alexy busca explicar la necesaria conexión del derecho con la pretensión de corrección a partir de dos objetos distintos. Por un lado las *normas* y, por otro lado, los *sistemas normativos*. Y se refirió a dos tipos de conexiones necesarias entre el derecho y la moral para este tipo de objetos: *conexiones definitorias* y *conexiones cualificadoras*. No obstante, Alexy también se refirió que este tipo de conexiones conceptuales para estos objetos, varían

---

<sup>59</sup> El mismo Alexy indica: “Los argumentos que se deben a conexiones conceptuales calificativas se basan en la asunción de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico. En lugar de una conexión calificativa podría hablarse de una conexión ideal” (Alexy, 1989: 51). Ahora cabe preguntarse si es un elemento particular al derecho tener este tipo de conexiones ideales. Resulta irónica la respuesta de Bulygin quien considera “Usando la argumentación de Alexy podríamos, por ejemplo, sostener que hay una conexión cualificatoria pero necesaria entre las mujeres y la belleza; es decir, que las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface esta pretensión, esto es, si ella no es hermosa, sigue siendo una mujer, pero fea, y la fealdad es una falla conceptual. La ausencia de belleza no es una propiedad negativa meramente deplorable de algunas mujeres, pues la pretensión de belleza otorga a las mujeres una dimensión ideal, y de esta manera conecta necesariamente a las mujeres con la belleza. Estoy totalmente de acuerdo con la conclusión de este argumento, pues la belleza efectivamente confiere una dimensión ideal a las mujeres, pero me parece que el argumento es lógicamente defectuoso” (Bulygin, 1998: 92).

de acuerdo al momento en que se realicen. De esta manera, se refirió a un primer momento como el de la *formulación* y a un segundo momento como el de la *satisfacción*.

Se puede recordar la esquematización de esta manera:

	<b>Formulación de la Pretensión</b>	<b>Satisfacción de la Pretensión</b>
<b>Sistemas jurídicos</b>	Clasificatoria	Cualificatoria
<b>Normas jurídicas</b>	Cualificatoria	Cualificatoria

Ahora bien, ¿Qué es formular? y ¿Qué es satisfacer?

*Formular* ofrece menos resistencia a ser comprendido en este contexto. Podría decirse que se formula cuando se lleva implícita la pretensión de corrección. En este caso todos los sistemas jurídicos llevan implícitos, para Alexy, la pretensión de corrección. Mientras que para las normas jurídicas, que solo formulan contingentemente una pretensión de corrección, como ha dejado claro Bulygin (1998)<sup>60</sup>, es difícil diferenciar si lo han hecho o

---

<sup>60</sup> Aun Alexy réplica a la crítica de Bulygin vista en el capítulo anterior que “Una decisión aislada no necesita perder su carácter jurídico, si aquellos que la efectúan no formulan la pretensión de corrección. La razón de ello, es que la decisión aislada está engastada en el sistema jurídico, que formula como un todo una pretensión de corrección. El carácter jurídico, que es el resultado de esta conexión constitucional, puede llamarse parasitario” (Alexy, 2000a). Las objeciones de Bulygin están más que justificadas por distintos pasajes de la obra Alexiana. Cuando Alexy diferencia entre formulaciones subjetivas y objetivas de la pretensión de corrección, estima que la primera ocurre cuando una persona cualquiera quiere formularla, “en cambio, si todo aquel que decide, juzga o argumenta en un sistema jurídico *debe* formular dicha pretensión, se trata de una pretensión objetiva de corrección” (Alexy, 2000b: 33). De lo anterior, puede concluirse que lo que une a la pretensión objetiva de corrección con los productos jurídicos, no sería otra cosa que un “deber”, por lo cual, su formulación no es necesaria.

no<sup>61</sup>. Se podría preguntar entonces ¿cómo diferenciar cuando las normas jurídicas efectivamente elevan la pretensión de corrección de cuando no lo hacen? Pienso que el criterio que tiene en mente Alexy es el de la justicia. Una norma no elevaría la pretensión de corrección si tratara de ser injusta en alguna medida.

Dificultades surgen, por otro lado, con el término *satisfacer*. No existe manera de comprenderlo como un acto implícito a la promulgación. Se trata entonces de un acto posterior. ¿Se refiere Alexy acaso al acto de aplicación de la norma y/o el sistema jurídico? ¿Se refiere a su materialización en la realidad? ¿Remite acaso a un problema de eficacia? Una interpretación plausible podría dirigirse a pensar en sí realmente se logra el objetivo que se pretende, es decir, la justicia. Si lo logra, satisface. Si no lo logra, no lo satisface. Pero esta satisfacción se refiere a su justa aplicación. Se podría dar el caso entonces de una norma que no formule pretensión de corrección alguna y aun así sea justa<sup>62</sup>. Sería un caso extremo pero en este evento mostraría que los resultados reales de la norma son relativamente independientes de la semántica de la misma. Así, al reconocer Alexy otros usos de la razón práctica al interior del derecho (Alexy, 1999b), haría posible que un uso pragmático finalmente llevara a consecuencias justas en una sociedad<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Otro punto oscuro en la obra alexiana pasa por su distinción de reglas y principios como distintos tipos de normas, respecto de la formulación de la pretensión de corrección. Resulta obvio que la formulación de la pretensión de corrección en una regla no puede ser simétrica a la formulación en un principio.

<sup>62</sup> Por ejemplo, utilizando la sentencia (4), es posible que el juez con su decisión derogara el derecho vigente injusto promulgado por un dictador para su propio beneficio, con la finalidad de generar una situación justa. Agradezco a Andrés Botero haberme señalado este ejemplo.

<sup>63</sup> Uno podría pensar por ejemplo en un Estado *A*, que en un contexto de un tratado de libre comercio con un Estado *B*, abarata los precios de cierto producto por medio de subsidios para después ofrecerlos en el mercado a muy bajo precio y acabar con la producción del Estado *B* de ese mismo producto. Lo anterior, se haría con

A la luz de las anteriores consideraciones, analicemos el ejemplo (4) alexiano. El juez en la sentencia dice que condena a partir de una interpretación falsa del derecho vigente. Dicha sentencia ¿formula una pretensión de corrección? La pregunta es válida teniendo en cuenta que para las normas jurídicas (aquí debemos incluir por similitud lógica a las decisiones judiciales), es un asunto contingente que se formule la pretensión de corrección o no. Dando por descontada la posibilidad analizada anteriormente de que lo que se esté negando es una pretensión de veracidad, tomemos por hipótesis, como lo hace Alexy, que esta sentencia no formula pretensión de corrección alguna. El punto al que quiero llegar es que si no formula una pretensión de corrección, *contrario sensu*, formula una pretensión de poder (Alexy, 2003b: 65), entonces no habría contradicción performativa ni falla conceptual alguna. En la pretensión implícita de poder el juez impone su voluntad y esto lo hace saber cuando en la sentencia resta importancia al derecho vigente hasta el punto de desconocerlo. No existe contradicción performativa porque es consecuente el acto locucionario de condenar desconociendo el derecho vigente y la pretensión de poder elevada.

#### 4.2. PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN Y MORAL

La forma más amplia de cuestionar el segundo presupuesto del argumento de la corrección es negando la posibilidad de que esta corrección necesariamente sea moral. Aquí no negaré

---

fines estratégicos de posicionamiento en el mercado. Ahora supongamos que se trata de un producto de primera necesidad frente al cual existía alguna dificultad para adquirirlo por parte de los nacionales del país *B*, por su elevado costo. La baja del precio finalmente ocasionaría un mayor acceso y en mejores condiciones al producto, por parte del grueso de la población.

relación alguna con la moral. Sin embargo, a partir de la crítica habermasiana y la defensa de la misma realizada por Alexy, estableceré que esta relación no es necesaria sino contingente.

Al final del capítulo pasado vimos las críticas elevadas por Habermas contra la tesis del caso especial. Habermas señalaba que en el derecho participan usos distintos de la razón práctica; el discurso moral no es el único campo en el cual se ventilan las cuestiones jurídicas. Igualmente, existen razones ético-políticas y de tipo pragmático que no han sido tomadas en cuenta por Robert Alexy.

La respuesta a estos cuestionamientos por parte de Alexy fue bastante singular respecto del camino trazado por su obra.

“Resulta obvio que la argumentación jurídica está abierta no sólo a las razones morales definidas en este sentido, sino también a las razones ético-políticas y pragmáticas, tal y como son definidas por Habermas” (Alexy, 1999b: 26-27).

Y posteriormente señala:

“...la tesis de Habermas de que el discurso jurídico no debe ser concebido como un subconjunto de la argumentación moral, tal y como él la entiende... es obviamente verdadera. Pero esto no hace fracasar a la tesis del caso especial. De acuerdo con ella, el *genus proximum* del discurso jurídico no es el discurso moral en el sentido habermasiano, sino el discurso práctico general. Un discurso práctico general no es lo mismo que un discurso moral en el sentido de Habermas. Es un discurso en el

cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas”  
(Alexy, 1999b: 27).

Anteriormente, se había hablado que la teoría alexiana transcurría entre dos dimensiones diferenciables. Por un lado se encuentra la teoría del discurso en cuanto lo que tiene que ver con el derecho y que se encuentra condensada, principalmente, en su *Teoría de la Argumentación Jurídica* (1983). Por el otro, se encuentra la teoría del derecho desde la cual en medio de un discurso eminentemente analítico pretende refutar al positivismo jurídico. Dentro de este último campo de trabajo es donde Alexy ha desarrollado su trabajo como la tesis de la naturaleza dual, su teoría de los derechos fundamentales y su tesis de la separación con los argumentos que la respaldan (principios, corrección e injusticia).

Si bien la respuesta dada a Habermas puede de alguna manera tener algo de fundamento dentro del marco de su teoría del discurso y, en particular, de su tesis del caso especial, ésta plantea profundísimos problemas para su teoría del derecho. En la *Teoría de la Argumentación Jurídica* Alexy había dejado un comodín acerca del contenido y el concepto del “discurso práctico general”. Con la réplica a Habermas, finalmente, se llega a una definición y a algunas luces acerca del fondo de dicho concepto. El espacio reservado pudo ser llenado con la estipulación habermasiana sin daño aparente para la tesis del caso especial. Pero ¿qué ocurre con la teoría del derecho? Alexy siempre se había referido a conexiones necesarias entre el derecho y *la moral* y parecía dar a entender un concepto de moral distinto al de Habermas. Sin embargo, ahora acoge un concepto de discurso práctico del cual no aclara como se relaciona con su tesis de la conexión y, en especial, con sus argumentos, entre ellos, el argumento de la corrección.



El punto al que deseo llegar con estos comentarios es que si el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección, esta se debe mover entre los distintos usos de la razón práctica promovida por Habermas. Es decir que algunas veces es una pretensión de corrección universal (moral), pero otras veces es una pretensión de corrección instrumental (pragmática), y otras veces es una pretensión de corrección referida a lo que es bueno para nosotros (ético-política).

La pretensión del derecho no es de corrección necesariamente moral, sino, que es una pretensión que depende del carácter de las cuestiones que se encuentren bajo estudio. Así, mientras que las cuestiones morales se refieren a temas como las prescripciones penales, los métodos para obtener pruebas, la distribución de la riqueza social, etc., las cuestiones éticas se refieren a problemas como la protección del medio ambiente, la ordenación de las ciudades, las políticas de inmigración y la protección de las minorías étnicas y culturales (Habermas, 1992: 233).

Si la moral es solo uno, de entre los varios usos de la razón práctica, ¿qué hace especial proponer una relación necesaria entre derecho y moral y dejar sin una sola mención durante toda la obra a las relaciones que pudieran existir entre derecho, ética, política y pragmática?

A pesar que Habermas habla de relaciones de complementación (Habermas, 1986: 558) y entrelazamiento (Habermas, 1986: 559) entre el derecho y la moral universal o discursiva, este no desconoce relaciones que tiene con otros subsistemas sociales. Así para Habermas existe una dependencia del derecho a la política:

“Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el aspecto instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son en todo momento

fines en sí, las normas jurídicas valen también como medios para conseguir fines políticos. Pues no sólo están ahí, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de conflicto de acción, sino también para puesta en práctica de programas políticos” (Habermas, 1986: 559).

Es posible que Alexy, anticipándose al problema, de una respuesta a este planteamiento afirmando la existencia de una prioridad de la moral sobre la ética así:

“Lo justo representa el punto de vista moral universal. Su prioridad sólo puede ser justificada mostrando que el punto de vista es necesario para todos... Aquí asumiremos que tal justificación de la validez del punto de vista moral es posible... Si esta suposición fuera verdadera, válida universalmente, implicaría la prioridad de lo justo sobre lo bueno” (Alexy, 1999b: 28)

Habermas replica con unas breves palabras, utilizando un argumento empírico-normativo que considero un tanto deficiente. Habermas manifiesta que no tiene tan claro el papel de lo que Alexy llama el “discurso práctico general”, pues tal como lo ha manifestado allí coloca en un solo paquete argumentos prudenciales, éticos, morales y legales. Lo que en su concepto no es suficientemente sensible para la deseada separación de poderes: “Once the judge is allowed to move in the unrestrained space of reason that such a “general practical discourse” offers, a “red line” that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred” (Habermas, 1999: 447).

Al encontrarse unidos a distintos usos de la razón práctica, el derecho elevaría pretensiones calificativamente distintas. Existiría una pretensión de voluntad y de racionalidad de medio a fin como la que estudian actualmente los estudios del Análisis Económico del Derecho.

Esto podría ser una pretensión de optimización y eficiencia; una pretensión de la pura forma utilitarista, contra la que se lanzan en ristre los alexianos, pero resuelta por un imperativo condicionado por el fin escogido.

Así mismo, existiría una pretensión jurídica de escoger lo bueno a partir de una concepción particular del mundo y de lo que se quiere como comunidad. Sería igualmente una pretensión formal que dependería de cada cultura, es decir, del contexto en el que surge el derecho.

Determinar que existen estos distintos usos en los discursos jurídicos lleva a entender que las instituciones jurídicas, como sistema, no interactúan únicamente con el sistema moral. Hacerlo violaría el presupuesto del ideal comprensivo de la filosofía del derecho (Alexy, 2003a: 41).

Los desencuentros entre Alexy y Habermas parecen ser bastante recurrentes para dos autores que se suponen que apuntan en un mismo sentido. Esto lleva al cuestionamiento de si es consecuente realmente la teoría del derecho alexiana con la ética del discurso. Carlos Bernal a pesar de ser defensor de las tesis alexianas<sup>64</sup>, desconfía de que exista claridad acerca de la concepción de justicia o teoría moral utilizada por Alexy en su obra<sup>65</sup>.

La pregunta acerca de la ética del discurso alexiana tiene una relevancia que no se puede soslayar, sobre todo porque Alexy propone dicha concepción como piedra de toque para

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, la tesis de la naturaleza dual [ver (Bernal, 2008:25)].

<sup>65</sup> Considera que Alexy no deja claro “cuál de las teorías morales normativas existentes –el consecuencialismo, la deontología o la ética de la virtud, y cuál de las variantes de estas teorías- es aquella que permite reconocer cuáles son las razones de justicia que deben prevalecer sobre otro tipo de razones no jurídicas...” (Bernal, 2008: 29).

fundamentar una razón práctica que a la vez sea un tercer nivel y parte activa del sistema jurídico (Alexy, 1992a: 173).

Considero que el divorcio entre la ética discursiva y la moral alexiana es inocultable. La mayor parte de ello se evidencia en el hecho de que el problema de la legitimidad, que es uno de los principales de la teoría del discurso a nivel social, está completamente excluido de la obra alexiana. Alexy defiende casi que dogmáticamente el activismo judicial. La teoría de la argumentación para la cual las decisiones jurídicas deben estar fundamentadas tanto internamente como externamente finalmente dota al juez de la facultad de recurrir a material no autoritativo en todo momento, posibilitando el uso de razones no validadas intersubjetivamente. Este asunto es más claro en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), donde el juez confecciona la forma de aplicar el derecho por principios (ponderación) e interpreta el acuerdo político/moral de la comunidad a través de un procedimiento no discursivo.

Giovani Sartor (2007: 249-250) correctamente considera que la obra alexiana se encuentra en tensión frente a dos perspectivas de análisis del razonamiento jurídico: una dialéctica y una teleológica; la dialéctica dirigida a la búsqueda de corrección o verdad y la teleológica dirigida a optimizar objetivos y valores. De acuerdo a Sartor, aquí estriba la principal diferencia con Habermas (Sartor, 2007: 250 nota al pie). Lo cierto es que más que una objeción a elevar a Habermas, la crítica de Sartor debió ser dirigida a Alexy por la incongruencia de defender una perspectiva teleológica en la ponderación y al mismo tiempo hablar de pretensión de corrección.

## CONCLUSIONES

La pretensión de corrección de Robert Alexy es un argumento interesante en defensa de la tesis de la conexión entre moral y derecho. El universo alexiano, gracias a esta pretensión, intenta resolver el problema del razonamiento jurídico y su relación con el razonamiento práctico. Igualmente, en clave analítica, la pretensión de corrección, según lo dicho por el profesor alemán, se presenta como un elemento necesario al derecho que busca explicar tanto su concepto como su naturaleza.

No obstante la ambiciosa empresa construida alrededor de la pretensión de corrección, su recepción en el medio iusfilosofico ha sido muy discutida. En el ámbito de la teoría de la argumentación, los puntos fuertes de la pretensión de corrección pasan, sobre todo, por el papel integrador entre los distintos tipos de discursos al interior del discurso jurídico; las debilidades, a su vez, pasan por la forma no resuelta en que se hace dicha integración, pues Alexy, hasta la crítica de Habermas, parece desconocer los distintos usos de la razón práctica en el derecho, dando una apariencia de reducción del mismo al discurso moral.

En el ámbito de la teoría del derecho la pretensión de corrección ofrece la ventaja de compatibilizar el derecho con una moral en disputa, a la vez que plantea una conexión con la moral a través del concepto positivista de textura abierta. De esta manera, la pretensión de corrección busca erigirse en puente de intercambio entre el derecho y la moral, sin defender una subordinación de uno de estos sistemas normativos sobre el otro. Sin embargo, las dificultades de esta teoría pasan por la confusa fundamentación de la pretensión de corrección como elemento necesario al derecho. Las “*conexiones*

*cualificatorias necesarias*”, la “*necesidad relativa*”, la “*falla conceptual*”, la “*formulación de la pretensión*” y la “*satisfacción de la pretensión*”, son algunos conceptos que, a pesar de su importancia dentro de la obra de Alexy, se mantienen en una penumbra que no permite al lector analítico entenderlos de manera clara y, que, de alguna manera, propician las discontinuidades y las contradicciones dentro de la teoría del profesor alemán.

En el presente trabajo se pretendió mostrar que existe un vacío en cuanto al contenido de la moral a la que se dirige el derecho según el punto de vista de Alexy. Igualmente, desde una mirada crítica, se observa en este trabajo cómo la filosofía del derecho alexiana enmascara una defensa del estado social de derecho, tal y como se manifiesta actualmente en la muchos países occidentales. Esta conclusión puede colegirse de los problemas que afronta la moral alexiana (cosméticamente llamada “discursiva”), y que, en general, parece ser ajena a inquietudes centrales para la teoría del discurso, entre otras, el del problema de la legitimidad de los tribunales constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1983). *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main. (trad. al cast. Manuel Atienza e Isabel Espejo) *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008.
- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main. (trad. al cast. Carlos Bernal Pulido) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, Principios jurídicos y Razón Práctica. *Doxa*, núm. 5, pp. 139-151.
- Alexy, R. (1989). On Necessary Relations between Law and Morality. *Ratio Juris*, Vol. 2, núm. 2, pp. 167-183; (trad. al cast. Pablo Larrañaga) Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral. Publicado en *Derecho y Razón Práctica*. Coyoacán: Fontamara, 2010, pp. 43-69.
- Alexy, R. (1991a). *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*. (trad. al cast. Pablo Larrañaga). Publicado en *Derecho y Razón Práctica*. Coyoacán: Fontamara, 2010, pp. 25-41.
- Alexy, R. (1991b) *Antwort auf einige Kritiker*. Publicado en *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la*

*Fundamentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 289-318.

- Alexy, R. (1992a). *Der Begriff und Geltung des Rechts*. Verlag Karl Albert GmbH. Friburg, München; (trad. al cast. Jorge M. Seña) *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa (2 ed.), 2004.
- Alexy, R. (1992b). *La idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica*. (trad. al cast. Ernesto Garzón Valdez) Publicado en *Derecho y Razón Práctica*. Coyoacán: Fontamara, 2010, pp. 71-88.
- Alexy, R. (1995a). Law, Discourse and Time. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 64, pp. 101-110; (trad. al cast. Pablo Rodríguez y José Antonio Seoane) *Derecho, Discurso y Tiempo*. Publicado en *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005, pp. 69-87.
- Alexy, R. (1995b). *Juristische Interpretation und rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte*. (trad. al cast. Luis Villar Borda) *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (1996). Grundgesetz und Diskurstheorie. En Brugger, W. (eds.) *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden, Nomos Verlag, pp. 343-360. (Trad. al cast. Daniel Oliver-Lalana) *Ley Fundamental y Teoría del Discurso*. Publicado en Cardinaux, N., Clérico, L., D'Auria, A. (Coord.) *Las razones de la producción del derecho*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 19-38.



- Alexy, R. (1997a). Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen. Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburgo; (trad. al cast. de A. Daniel Oliver-Lalana). Derecho injusto, Retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del tribunal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 197-230.
- Alexy, R. (1997b). Giustizia come correttezza. *Ragion pratica*, núm. 9, pp. 103-113 (trad. al italiano Bruno Celano). Justicia como corrección. *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 161-171; (trad. al cast. de Ana Inés Haquin).
- Alexy, R (1997c). Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments. En Ernesto Garzon Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp.235-250; (trad. al cast. de Paula Gaido) La crítica de Bulygin al argumento de la Corrección. Publicado en Alexy, R. y Bulygin E. La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 53-84.
- Alexy, R. (1999a). A defense of Radbruch's Formula. En Dyzenhaus, D. (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Orders*. Portland Oregon, Oxford, pp. 15-39; (trad. al cast. De José Antonio Seoane) Una defensa de la formula Radbruch. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-95.
- Alexy, R. (1999b). La tesis del caso especial. (trad. al cast. de Isabel Lifante). *Isegoría*, núm. 21, pp. 23-35.

- Alexy, R. (2000a). On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, Vol. 13 núm. 2, pp. 138-147. (trad. al cast. de Paula Gaido) *Sobre la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: La crítica de Bulygin*. Publicado en Alexy, R. y Bulygin E. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-115.
- Alexy, R. (2000b). Recht und Richtigkeit. Publicado en *The Reasonable as Rational*. On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio. Krawietz, W., Summers, R., Weinberger, O., Von Wright, G. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, pp. 3-19; (trad. al cast. José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó) *Derecho y Corrección*. Publicado en *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005, pp. 31-54.
- Alexy, R. (2001) Entrevista a Robert Alexy (por Manuel Atienza). *Doxa*, núm. 24.
- Alexy, R. (2002a). Recht und Moral. Publicado en Harle, W. y Preul R., *Ethik und Recht*, Marburg, N.G. Elwert, pp. 83-92; (trad. al cast. José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó) *Derecho y Moral*. Publicado en *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005, pp. 17-29.
- Alexy, R. (2002b) Grundrechte, Abwägung und Rationalität, en *Ars Interpretandi*. *Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, p. 113 – 125; (trad. al cast. Rubén Sánchez Gil) *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3 – 14.

- Alexy, R. (2003a). The nature of legal philosophy. *Associations Journal for Legal and Social Theory*, 7 (1), 63 – 75; (trad. al cast. de Carlos Bernal Pulido), La naturaleza de la filosofía del derecho. Publicado en *El concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 35 – 50.
- Alexy, R. (2003b). *The nature of the arguments about the nature of law*. En L. Meyer, S. Paulson, T. Pogge (Eds.), *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 3 – 16; (trad. al cast. de Carlos Bernal Pulido). *La Naturaleza de los Argumentos sobre la Naturaleza del Derecho*. Publicado en *El concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 51 – 72.
- Alexy, R (2004). Menschenrechte ohne Metaphysic? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52, p. 15 – 24; (trad. al cast. Eduardo R. Soderó) ¿Derechos Humanos sin Metafísica? Publicado en *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 6 – 2008, pp. 11- 24.
- Alexy, R. (2006a). On the Concept and the Nature of Law. *Jus et Lex*, Warsaw, 2006, pp. 29 – 51. (trad. al cast. de Carlos Bernal Pulido), En torno al Concepto y la Naturaleza del Derecho. Publicado en *El concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 73 – 98.
- Alexy, R. (2006b). *On Two Justapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some comments on Joseph Raz's "Can there be a Theory of Law?"* (trad. al cast. de Paula Gaido) *Acerca de dos yuxtaposiciones: Concepto y Naturaleza, Derecho y Filosofía. Algunos Comentarios sobre "¿Puede haber una*

- teoría del Derecho? De Joseph Raz.* Publicado en Raz, J. Alexy, R. y Bulygin E. Una Discusión sobre la teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 87–98.
- Alexy, R. (2006c). Effects and Defects. Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s “Law as a Moral Judgment”. *Ratio Juris*, Vol. 19, núm. 2, pp. 169-179.
  - Alexy, R. (2007). And Answer to Joseph Raz. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 37-55.
  - Alexy, R. (2009). *Hauptelemente meiner Philosophie des Rechts* (trad. al cast. A. Daniel Oliver-Lalana) Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho. *Doxa*, núm. 32, pp. 67-84.
  - Alexy, R. (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, Vol. 23, núm. 2, pp. 167-182.
  - Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
  - Austin, J. L. (1962) *How to do Things with words*. Oxford University Press; (trad. Al cast. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi) *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1991.
  - Bernal, C. (2008). El concepto y la naturaleza del Derecho según Robert Alexy. Estudio introductorio publicado en Alexy, R., *El concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 9 – 34.

- Berteza, S. (2007). How Non-Positivism can Accommodate Legal Certainty. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 69-82.
- Bix, B. (2003). Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho. *Doxa*, núm. 26, pp. 609-633.
- Bix, B. (2006). Robert Alexy, Radbruch's formula, and the nature of Legal Theory. *Rechtstheorie*, núm. 37, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 139-149.
- Bix, B. (2011). Radbruch's formula and conceptual analysis. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, pp. 45- 57.
- Botero, A. (2006). Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: formalismo versus principios y/o valores. Publicado en *Opinión Jurídica: Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* No. 9 Vol. 5, pp. 33-61.
- Botero, A. (2010). Recepción crítica (y parcial) de la Concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy. Publicado en *Ensayos Jurídicos sobre Teoría del Derecho*. Tucumán: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editorial La Ley. pp. 193-228.
- Botero, A. (2012). Introducción iusfilosófica y crítica a la obra "Facticidad y Validez" de Habermas. Publicado en Botero, A. (coordinador) *Filosofía del Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 687-752.
- Bulygin, E. (1993). Alexy und das Richtigkeitsargument. En Aulis Aarnio et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 19-24; (trad. al cast. Paula Gaido) Alexy y el argumento de la Corrección. Publicado en Alexy, R. y Bulygin, E. *La*

*Pretensión de Corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 41-51.

- Bulygin, E. (1998). Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. Manuscrito presentado en la mesa redonda "Constitucionalismo y la separación entre Derecho y Moral". Universidad de Ferrara. Publicado en *Ratio Juris*, Vol. 13, núm. 2, junio 2000, pp. 133-137. (trad. al cast. Paula Gaido) La Tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Publicado en Alexy, R. y Bulygin, E. *La Pretensión de Corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-93.
- Cárcova, C. (2008). La Teoría Jurídica desde perspectivas críticas. En Botero, A. (cord.) *Filosofía del Derecho Argentina.* Bogotá: Temis, pp. 50-75.
- Cooke, M. (2007). Law's Claim to Correctness. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy.* Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 225-247.
- Dworkin, R. (1984). *Taking Rights Seriously.* Gerald Duckworth & Co. Ltd., London; (trad. Al cast. Marta Guastavino) *Los Derechos en Serio.* Barcelona: Ariel Derecho. 2010.
- Gaido, P. (2011) *Las pretensiones normativas del Derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz.* Madrid: Marcial Pons.
- Gardner, J. (2012) How law claims, what law claims. Publicado originalmente en Klatt, M. (ed.) *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy.* Oxford

University Press, pp. 29 – 44. Consultado por última vez el 02 de septiembre de 2013 en <http://www.trinitinture.com/documents/gardner1.pdf>; pp. 1-26.

- Garzón, E. (1990) Algo más acerca de las relación entre derecho y moral. *Doxa*, núm. 8, pp. 111-130.
- Habermas, J. (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main; (trad. Al cast Manuel Jiménez Redondo) Teoría de la Acción Comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999.
- Habermas, J. (1986). Law and Morality. In *The Tanner Lectures on Human Values*; (trad. Al cast Manuel Jiménez Redondo) Derecho y Moral. Publicado en *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 535 - 587.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheories des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main; (trad. Al cast Manuel Jiménez Redondo) *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- Habermas, J. (1999). A short reply. *Ratio Juris*, Vol. 12, núm. 4, pp. 445-453.
- Hart, H. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press; (trad. al cast. Genaro Carrió) *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

- MacCormick, N. (2007). Why Law Makes No Claims. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 59-67.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: still descriptive and morally neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 26, núm. 4, pp. 683-704.
- Melissaris, E. (2005). The limits of Institutionalised Legal Discourse. *Ratio Juris*, Vol. 18, núm. 4, pp. 464-483.
- Neumann, U. (2006). La pretensión de verdad en el derecho. Publicado en Neumann, U. *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 13-85.
- Pavlakos, G. (1998). The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. *Ratio Juris*, Vol. 11, núm. 2, pp. 126-154.
- Pavlakos, G. (2005). On the necessity of the interconnection between Law and Morality. *Ratio Juris*, Vol. 18, núm. 1, pp. 64-83.
- Patterson, D. (2012). Alexy on Necessity in Law and Morals. *Ratio Juris*, Vol. 25, núm. 1, pp. 47-58.
- Peczenik, A. (1990). Dimensiones morales del Derecho. *Doxa*, núm. 8, pp. 89-109 (trad. Al cast. Juan Pérez Lledó).
- Putnam, H. (2001). *Werte und Normen*. Suhrkamp, Verlag; (traducción al cast. Francisco Javier Gil Martínez y Jesús Vega Encabo) Normas y Valores. En Hilary Putnam y Jürgen Habermas, *Normas y Valores*, Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 47-78.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura Económica, 2ed.



- Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Claredon (Trad. Al cast. Rolando Tamayo y Salmoran) *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2011.
- Raz, J. (2005). Can there be a Theory of Law?. En Golding, M. P. y Edmundson W. A. (Eds.): *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell; (Trad. Al cast. Rodrigo Sánchez Brigido) ¿Puede haber una teoría del Derecho?. Publicado en Raz, J. Alexy, R. y Bulygin E. *Una Discusión sobre la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 47–86.
- Raz, J. (2007). The argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 17-35.
- Sartor, G. (2007). A Teleological Approach to Legal Dialogues. Publicado en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. Themes from Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 249-274.
- Sieckmann, J. (2001). La “Fórmula Radbruchiana” y los tiradores del muro. Publicado en Sieckmann, J. *El modelo de principios en el derecho* (Trad. Al cast. Cecilia Añaños Meza). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 285-324.
- Sieckmann, J. (2003). La pretensión de corrección del Derecho en la teoría de Robert Alexy. Publicado en Sieckmann, J. *El modelo de principios en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 205-233.

- Velasco, J. (1999) El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. *Isegoría*, núm. 21, pp. 49-68.
- Vigo, R. (2003). Balance de la Teoría Discursiva de Robert Alexy. *Doxa*, núm. 26, pp. 203-224.