

ROBERT ALEXY

EL CONCEPTO
Y LA NATURALEZA
DEL DERECHO

Traducción y estudio introductorio de
Carlos Bernal Pulido

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2008

ÍNDICE

Pág.

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

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

ESTUDIO INTRODUCTORIO

EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO SEGÚN ROBERT ALEXY

Carlos BERNAL PULIDO¹

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

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

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

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

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

1. UNA NOTA BIOGRÁFICA DE ROBERT ALEXY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Tesis relativas a la filosofía del derecho

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

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

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

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

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

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

iii) *Tesis de la naturaleza general*

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

iv) *Tesis del carácter específico*

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