

Revista Científica y Tecnológica UPSE

Ensayo

Algunas reflexiones sobre la pretensión de corrección en la teoría del derecho de Robert Alexy



Ernesto Velázquez Baquerizo

Universidad Estatal Península de Santa Elena, Ecuador. iurisverba@hotmail.com

Criterio de selección

La investigación y el trabajo que se pide requieren comenzar explicando mi decisión de seleccionar el tema; se produce porque al leer el documento producido por el Maestro Eduardo Barbarosch, fluye de él toda una explicación resumida de sus enseñanzas.

El presente trabajo de investigación ejecuta la propuesta de Gestión de Procesos de Negocio (BPM) para el proceso administrativo de titulación de los estudiantes de la Universidad Católica de Cuenca; definiendo al BPM como una disciplina de gestión centrada en mejorar el rendimiento empresarial y académico, elevando los niveles de competitividad y productividad, con el objetivo de mejorar continuamente y ser respaldada por las Tecnologías de la Información. El trabajo de campo se realiza en la Universidad Católica de Cuenca, ubicada en la provincia del Azuay, República del Ecuador, durante el ejercicio académico 2018, en específico para el tercer nivel (pregrado). Participan responsables del proceso, secretarios y auxiliares de los diferentes departamentos y Unidades Académicas de la institución. La necesidad de aplicar la Gestión de Procesos de Negocio surge de la problemática que existe en el proceso administrativo para la titulación, referente al retraso de tiempo.

Quiero dejar establecido que el marco de mi decisión recibió la directa influencia que han sembrado en mi criterio personal de docente investigador y de presentarme al estudio de un doctorado, leer a Luigi Ferrajoli en toda su obra, y en especial en "Poderes salvajes"¹ y a Robert Alexy en su "Teoría de la argumentación jurídica"²

Forma de citar: Velázquez Baquerizo, E. (2019). Algunas reflexiones sobre la pretensión de corrección en la teoría del derecho de Robert Alexy. *Revista Científica y Tecnológica UPSE*, 6 (1), 97-102. DOI: 10.26423/rctu.v6i1.442

1. Posición personal

Nacido en 1940, siendo mi etapa universitaria entre 1959 y 1966, evité la congelación paquidérmica de las ideas y me interesé en el revuelto universo de los paradigmas que me conducían al iconoclastico vivir del siglo XX, experiencia de lectura y aprendizaje constante que me dieron un criterio para apreciar la fortaleza positiva de los cambios, para enrumbar el derecho del siglo XXI, no sólo de un derrumbe de imágenes sino del creativo aporte de nuevas ciencias para construir el derecho, convergente como lo declara las Naciones Unidas en el Informe sobre el Desarrollo Humano del

2000³ en su sinopsis: "Lo que distingue a todas las civilizaciones es el respeto que asignan a la dignidad y la libertad humana".

Con estos antecedentes, debo expresar que mi posición se ubica en la tendencia neo constitucionalista, recibí una formación *iuspositivista*, que dio prevalencia a la ley como expresión consensuada de moralidad; hoy, con el posicionamiento de los derechos humanos y la participación popular como la piedra angular de los Estados, la Constitución deviene no en mera declaración de derechos, sino en marco coherente de un sistema que funciona en la aplicación de esos derechos

con el *ius naturalis* como fundamento filosófico, en una dimensión de la relación derecho y moral constituida por la equidad como visión de la justicia.

Es una pena que la violencia del poder y la imposición en el uso que se hace de la fuerza del gobierno y la proyección política, se pretende vestir con la filosofía de legitimidad, una inequitativa visión de los líderes en materialización de su interés como si fuera colectivo, cuando es el resultado de un colectivo dominado por la injusticia y sometidas por los mitos antes que por la conciencia, voluntad y lógica de la filosofía, situación que no ha modificado mi posición de ubicarme en el iusnaturalismo como posición filosófica.

2. La exposición con las reflexiones del maestro

Paso entonces con lo anterior a la tarea de comentar el trabajo del maestro Barbarosch, atreviéndome a presentar mis puntos de vista sobre la exposición brillante que hace sobre la pretensión de corrección en la teoría del derecho, sustentada por Roberto Alexy, a quien con Ronald Dworkin, los determina como los referentes de la reacción argumentada y calificada como la más potente frente al positivismo jurídico, posición ésta última que principalmente concentra en dos criterios el de Hans Kelsen y Herbert Lionel Adolphus Hart, a quienes aclara que si bien pretendieron presentarse como no positivistas, no lo fueron, lo que sustenta en un pie de página que distingue el positivismo jurídico metodológico o conceptual en excluyente o en incluyente, el primero que separa conceptualmente el derecho y la moral; y el segundo los relaciona en la decisión judicial, lo que apunta a un cognitivismo moral.

Ingresa luego la primera cuestión para el análisis: ¿cuál es la visión común de Alexy y Dworkin en su crítica al positivismo jurídico? Se obtiene la respuesta del análisis conceptual que fluye de la nueva problemática en torno al concepto de derecho, producida entre los teóricos del mundo anglosajón y del mundo continental.

Una primera aproximación se encuentra en la primera etapa de Dworkin, quien no ignora que entre moral y derecho existe una conexión conceptual necesaria, posición opuesta a las tesis de Kelsen y Hart quienes niegan que fuere requisito previo, al concepto de derecho, el requisito de determinar su objeto y establecer la necesaria y tradicional conexión entre el derecho y la moral.

En el primer apartado del trabajo nos plantea el autor el significado del análisis conceptual, para cumplirlo propone realizarlo con base en tres categorías: la primera, la teoría empírica, que deberá permitirnos explicar e identificar las propiedades vinculadas a la existencia de los sistemas jurídicos, debe ser descriptiva de carácter y focalizarse en propiedades contingentes; en esta parte deja en claro que de hecho un sistema jurídico posee sus propiedades, es necesario analizarlas

porque podría o no haberlas poseído. Resume que la primera categoría nos permitirá determinar el contenido de los sistemas de normas que regulan materias de contenido legal; aquí pienso yo que es posible ubicar el texto de las normas y su contenido de fijar los elementos de la conducta ilegítima o ilegal.

La segunda categoría se aplica a señalar una teoría jurídico-normativa, y focaliza su interés en determinar las propiedades de ciertas normas jurídicas o instituciones como materia de moralidad política, así establecerá si son moralmente legítimas y en consecuencia están en el ámbito de la justificación moral, lo que sucede en cuanto ellas establecen restricciones a las conductas de los ciudadanos y confieren competencia a los poderes del Estado para aplicarlas por medio de la fuerza. Creo que en esta segunda categoría de análisis conceptual se encuentran ubicadas las normas de legitimidad, tienen fundamento constitucional y las de legalidad están sujetas al ordenamiento secundario.

La tercera categoría está dada por el análisis conceptual tradicional, su interés es analizar el núcleo de los conceptos jurídicos de las prácticas legales y su interrelación entre ellas hasta alcanzar los de moralidad, autoridad, obligación jurídica, entre otros, propone el profesor Barbarosch usarlos en esta categoría para asociarlo a un análisis científico y de neutralidad frente a los valores.

Finalmente, esta parte nos conduce a fijar el alcance de los conceptos entendidos desde distintos puntos de vista; el primero es considerarlos estados psicológicos que representan ideas o cosas, el segundo es considerarlos como habilidades que nos permiten discernirlos a unos de otros y, finalmente, el tercero es considerarlos como significados de las palabras.

Construido así el marco teórico para entender el planteamiento, el profesor Barbarosch nos conduce a encontrarnos con Kelsen y Hart en su posicionamiento, desde la perspectiva de ser ellos partidarios del positivismo jurídico y en consecuencia adherentes del concepto tradicional, nos trae la visión de los indicados juristas quienes proponen que el derecho se crea y legitima mediante actos procedimentales y derivaciones lógicas, estado que permitiría tener claro que legalidad y justicia se encuentran claramente separadas.

Nos deja en claro que la justificación moral del derecho no integra el concepto de derecho, lo que posibilita tener identificado el derecho sin necesidad de recurrir a elementos morales o de justicia. Kelsen y Hart piensan que el análisis conceptual del derecho se ocupa de su objeto, de tal forma que su metodología es general y descriptiva. Me permito agregar, en este punto, que esta postura llevó a reclamar la justicia y el elemento moral que la motiva cuando Víctor Hugo escribió “Los Miserables”.

El positivismo cede paso a la contra teoría que el Maestro Barbarosch inicia con la posición de Alexy y Dworkin, presentando que este último, si bien

reconoció la existencia de una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, en sus últimas obras abandona la tesis para declarar que está establecido un imperio de la moral sobre el derecho, considerando al derecho una rama de una estructura arbórea, en el árbol de problemas de la moralidad política, pasa entonces a abrirnos nuestra atención al rechazo de Alexy al concepto de derecho, que el positivismo jurídico, en especial el excluyente, mantiene el citado teorizante.

Inicialmente, nos presenta la propuesta de Alexy y su pretensión de corrección como argumento relevante del análisis del concepto de derecho.

Alexy se propone demostrar cuál es el concepto de derecho correcto o adecuado, esto significa, como lo aclara en el pie de página el profesor Barbarosch, que lo correcto tiene un significado valorativo y una pretensión de verdad que conlleva una fuerte connotación cognitiva, elemento este último que posibilita descartar la versión de un escéptico moral en su versión objetiva y pueda ofrecer un concepto que no incluya a la moral ideal objetiva.

Lo anterior nos permite establecer que Alexy deja en claro que asume un concepto de derecho desde una posición normativa o justificada del derecho; de esta manera entiende que sí existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho y la justicia.

Nos plantea, Alexy en interpretación del maestro Barbarosch, que el concepto de derecho correcto relaciona tres elementos: el de legalidad, conforme al ordenamiento; el de eficacia, social; y, el de corrección material.

En la corrección material es el elemento donde Alexy asevera que la naturaleza del derecho no puede entenderse si no se admite, en el análisis conceptual, a la moral como parte integrante del derecho, esto es en mi opinión un sistema jurídico en el que interactúan y se retroalimentan moral y derecho.

El derecho debe ser, nos dice el profesor Barbarosch, en concepción de Alexy, correcto, lo cual implica necesariamente un vínculo inescindible entre la moral o la justicia con la legalidad y la eficacia; esta afirmación fluye del hecho que la sanción o castigo no se justifica, al igual que no se justifican las decisiones judiciales o más aún la legislación, si no impera la pretensión de corrección.

Lo anterior nos conduce a la noción tripartita del derecho, lo que nos permitiría distinguirlo del puro poder o de ciertas estructuras de dominación que pueden contener dos de los tres elementos del derecho correcto, pero que carece del tercero, lo que afecta su eficacia y aplicación equitativa; puedo atreverme a decir que es el caso de los Estados y gobiernos de América Latina, donde se han producido una falsa visión de estos tres elementos en beneficio de afirmar el poder en su ejercicio de intereses de mando y corrupción.

Luego de presentar estas concepciones, el maestro Barbarosch nos presenta la definición del derecho de Alexy, afirmando que 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 es eficaz y no extremadamente injustas; y 3) pertenecen a los principios y argumentos normativos en que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho, debiendo apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.

Después de tan apretado resumen, el Maestro Barbarosch propone sus propias reflexiones críticas, centradas en la pretensión de corrección; lo hace encarando el asunto desde dos puntos, uno desde la metaética y el otro desde la ética normativa. En este punto vale recordar que en clase, el profesor Barbarosch nos propuso que la metaética está vinculada a juicios de primer orden y es discurso de segundo orden que permite ver los valores; en tanto que, la ética normativa formula principios de orden moral como guía para las acciones humanas.

El Maestro Barbarosch no encuentra aceptable que un sistema de reglas jurídicas deba corresponder con una definición de derecho, para que pueda admitirse que es un sistema jurídico genuino; plantea que las teorías no positivistas pueden valerse del realismo moral, el escepticismo moral y el constructivismo moral; en el primer caso, en el mobiliario del mundo existen hechos morales o estado de cosas normativos y las aserciones sobre ellos pueden ser verdaderas o falsas, estas creencias pueden tener una dirección de ajuste de la mente al mundo, diferenciándose de los deseos, en que la dirección de ajuste es del mundo a la mente. El realismo moral en su postura metaética sostiene que hay conocimiento moral y que ello posibilita la conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral.

A continuación, en sus reflexiones el profesor Barbarosch nos advierte que el escepticismo moral, de Hart y Kelsen, es una visión metaética contraria, puesto que no existen entidades denominadas hechos morales o estados normativos, en consecuencia las aserciones morales no son ni verdaderas ni falsas.

No considera posible el Maestro Barbarosch que Alexy sostenga una visión metaética compatible con el realismo moral o con una forma de intuicionismo racional, piensa que el fundamento de la pretensión de corrección implica algo cercano a la verdad moral, que tiene fuerte conexión con una visión de la razón práctica que prefirió denominar racionalidad práctica, lo que deviene en una versión de constructivismo moral con una connotación metafísica atenuada.

La posición de Alexy y su noción de razón práctica fundamentan el pensar que hay una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral; esa posición rechaza las posturas de Ross y Kelsen de considerar el concepto de razón práctica como auto contradictorio, cuando ambos entendían que la razón se refería sólo al conocimiento y que ella, en el campo de

lo práctico, se refería al querer. Esta línea de pensamiento de Alexy infiere que para él todos los no cognitivistas en ética serían emotivistas.

Al presentar las ideas sobre el pensamiento metaético subyacente en las teorías de Kelsen y Hart, tienen raíz en Hume, quien descreía que la razón fuera práctica; él le atribuye dos funciones a la razón, la de establecer verdades demostrativas, y con base en la experiencia la relación causa - efecto; está claro que la razón por sí sola no puede ser motivo de la acción.

Para Kelsen y Hart, en la línea de pensamiento de Hume, la razón se propone un fin deseado; ella es inerte sin el deseo, no se debe confundir con el impulso para razonar sobre los medios, toda vez que el impulso para adoptarse no surge de la razón, sino que sólo es dirigido por ella.

Otro filósofo invocado en las reflexiones del Maestro Barbarosch es John Rawls, quien al exponer la teoría de Hume en su estudio sobre la moral psicologizada y las pasiones, afirma que el principio de transferencia psicológica es el que facilita nuestro interés en los fines, posteriormente la razón se vuelve hacia los medios apropiados y anticipa sus consecuencias.

Razonar en la esfera práctica es partir de la experiencia para intentar descubrir relaciones causales, en mi concepto es expresión de empirismo racionalizado, de esta manera obrar con fines provocativos no permite inferir que la moral sea una consecuencia de la razón, sino de los deseos o sentimientos.

Estas posturas de Rawls parten de dos clases de pasiones, las pasiones violentas y las serenas; estas últimas cuando tienen un grado de fuerza dominan a las violentas y no conducen necesariamente, en el caso del derecho, a una situación de poder desnudo; continua entonces el Maestro Barbarosch en su exposición, recoge la afirmación de Rawls que define a las pasiones serenas como motivadoras de la acción y obrando desde el interior del individuo, causan una apetencia general al bien y aversión al mal, ellas nos conducen a una deliberación que sirva como guía para la acción y la creación convencional de normas jurídicas; no es necesario acudir a la idea o razón práctica para considerar que sólo en ella se puede entender la naturaleza del derecho de aquello que no lo es, o que el deber deba distinguirse del querer.

Tras reconocer a Rawls pasamos a Hume y su versión del derecho como una virtud artificial. Barbarosch nos introduce en Hume y sus convenciones; nos presenta esas ideas sin que el autor haya partido del contrato social para explicar la naturaleza del derecho, en opinión de Hume la idea de cooperación en sociedad requería de un remedio que no se deriva de la naturaleza, sino de un artificio; parte de la observación de la gente de las razones prudenciales y la necesidad de prevenir conflictos que surgen, como competencia por las posesiones, hace necesario encontrar una manera de llevar una vida armoniosa en sociedad, vida pacífica que se lograría a través de las convenciones, como lo

explica Hume, no se lograría ni con el contrato social o promesa; se alcanzaría en un ejemplo que pone el filósofo, cuando dos remeros reman un bote lo hacen siempre en el mismo sentido, sin que exista un acuerdo previo.

Hume se pregunta, nos dice Barbarosch, por qué estas convenciones se consideran normativas. Responde que son tales por cuanto las violaciones que a ella se producen son objetadas y criticadas, en especial cuando se espera de la parte infractora que acepte estas reprobaciones y los castigos correspondientes.

El maestro Barbarosch sostiene que el discurso ideal y crítico, de naturaleza jurídica, propuesto por Alexy se aleja de un análisis conceptual y descriptivo del derecho; a entender del profesor, declinó tal elaboración analítica cuando introduce un tercer elemento en la definición del derecho con la pretensión de corrección, lo que supone una concepción moral como parte integrante de la naturaleza del concepto de derecho.

Nos dice el profesor que se puede participar de la concepción sobre los principales valores de la sociedad, que ellos deberían ser parte de un sistema jurídico, incluso nos recuerda que Kelsen coincidía con casi todos esos ideales, entre otros con la protección de derechos humanos como derechos fundamentales, lo que asegura espacios para el buen vivir, todas estas circunstancias permiten evaluar la justicia o injusticia de un sistema jurídico y favorecen tener una concepción de justicia sobre lo que debe ser el derecho, pero no se puede utilizar para definir el derecho en sentido objetivo.

En concepto de Rawls, la primera virtud de las instituciones sociales es la justicia, y si un sistema era injusto debía abolirse, no puede ser calificado como sistema jurídico; no obstante, puede calificar como derecho si mantiene las dos características del profesor Alexy, pero no aquella tercera que introduce la pretensión de corrección.

La pretensión de corrección sostiene que el concepto de derecho debe conformarse a ciertas reglas morales relevantes, cuyas características están gobernadas por un discurso ideal, racional y trascendente, lo que implica adoptar una posición objetivista en materia moral, ya que tanto el teórico del derecho como el participante deben sostener y estar convencidos que las normas morales son verdaderas; toda esta temática nos dirige a una inferencia, la metodología normativa nos conduce a verdades conceptuales de naturaleza metafísica.

Nos cuenta en su reflexión el profesor Barbarosch, que en la polémica de Rawls con Hábermas se puede notar que la noción de Rawls de equilibrio reflexivo o la noción inicial, no conducían a verdades morales; el primero era tratado como un proceso psicológico, el segundo, el resultado procedimental, lo consideraba como una apelación a la actitud reflexiva de la tolerancia ilustrada. En este punto el profesor Barbarosch nos advierte que el consenso superpuesto

entre doctrinas comprensivas para aceptar los principios de justicia que propone Rawls, no está fundamentado en verdades morales o en una idea de corrección absoluta; las doctrinas comprensivas razonables podrían preservar para sí sus propias verdades, pero no pueden aceptar los principios desde un punto de vista político, carente de presupuestos metafísicos.

Es importante que de las reflexiones de Barbarosch, dejar en claro que la noción de validez del derecho no excluye una visión escéptica sobre la moral ni sobre las condiciones de su legalidad, sea que el sistema jurídico haya sido aceptado por el participante por cualquier razón, incluso una no moral, o lo hace por una oralidad diferente a la de otros participantes.

Es un planteamiento de gran interés el que en la fase final de su exposición presenta el maestro Barbarosch, esencialmente porque liga estas reflexiones al principio constitucional de la seguridad jurídica, afirma que esta condición podría ser la forma de entender la pretensión de corrección del derecho, ya que permite en alto grado la igualdad formal en su aplicación. Admonitoriamente expone que un derecho que expande sus reglas con un conjunto de valores, reduce la certeza de las decisiones judiciales.

Afirma que el positivismo jurídico no sustentaría el considerar a la seguridad jurídica como una conexión clasificante del derecho, que excluye la posibilidad de considerarlo como sistema jurídico. A contrario sensu, la neutralidad valorativa, nos comparte el maestro, seguiría siendo una constante de una teoría del derecho que pretende ser general y descriptiva.

Concluye el maestro Barbarosch, que un análisis austero del concepto del derecho si tiende a asociarse a criterios científicos, debe abandonar una concepción moral como sustento de la naturaleza del derecho, ya que de hacerlo, se constituiría en una versión ético normativa comprensiva de la naturaleza del derecho, aunque muy extraña para ser considerada como epistémicamente aceptable o que pueda ser validada en un contexto de justificación, visión del positivismo excluyente, que en opinión del profesor “aún goza de buena salud epistémica”.

3. Conclusión y comentarios

Conforme nos dispuso el maestro guía, he procedido a elaborar un trabajo de análisis relativo al pensamiento de cualquiera de los autores, citados en la bibliografía de la materia o en clase, que presente una temática que permita conocer el criterio del cursante sobre el desarrollo de tales ideas.

Como nos entregó en clase su exposición contenida en diario argentino “La Ley”, del 09 de septiembre de 2016, en un artículo escrito por el docente Dr. Eduardo Barbarosch, “Sobre la pretensión de corrección en la teoría del derecho de Robert Alexy”, tomé la decisión de hacer de ella un trabajo de evaluación.

En tal razón, tomé gran parte del texto y me permití, en algunas ocasiones que consideré pertinentes, incluir algún comentario mío. Al redactar he resumido mucho de lo que se dice, observando la idea de no distorsionar ni las expresiones, ni el pensamiento del autor.

Concluido el trabajo puedo decir dos situaciones: la primera, creo que acerté, a través de este escrito que contiene lo expuesto por el maestro Barbarosch, repasé mis apuntes y pude revivir las excelentes clases de Filosofía del Derecho, constatando lo coherente del pensamiento y el didáctico caminar por los diferentes procesos filosóficos, que actualizan nuestro conocimiento de esta asignatura.

La segunda, repensar en los mensajes y posturas de las últimas décadas de la Filosofía del Derecho, que hacen evidente la necesidad de esta materia poco apreciada por los estudiantes y olvidada por los graduados, fue una aventura académica extraordinaria; constituyó un viaje que partiendo de Robert Alexy nos condujo a Dworkin, pasando por Kelsen y Hart y sus debates con Rawls, al igual que recordar a Hábermas y Hume, nos permitió ver un coherente devenir, que a mi manera de pensar es complemento del proceso de neo constitucionalismo que desató el siglo XXI, y que aportó a nuevas Cartas Constitucionales en los países latinoamericanos, usando un modelo universal de Estado, aplicando la filosofía de los derechos humanos y sus nuevas dimensiones, y que apoyadas por la participación popular se sustentan en exposiciones como la que ha sido materia de este estudio.

La utilidad personal es que me permitió, que si bien la actitud positivista de los operadores de justicia ha engendrado la actitud negativa para con el *ius* positivismo, este no es tan malo si se mira la dimensión moral más que la apertura de la ética pública que pretenden crear una nueva moralidad, ajena a la alimentación del derecho con valores de construcción de la nueva sociedad, con respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad intrínseca del ser humano, respetado por los elementos y factores extrínsecos que hacen el poder.

Razón tiene el maestro cuando finaliza diciendo que el positivismo excluyente goza de epistémica salud, estado aplicable al ejercicio de procedimientos que no han accedido al de ontologismo popular que demanda más justicia equitativa, menos corrupción y el sustento vertebral de la columna de la justicia equitativa que mantenga erecta la sociedad libre y democrática, superando lo que hace naufragar en meros procedimientos y formalidades la base filosófica argumental del derecho como filosofía de vida.

4. Referencias

1. Ferrajoli Luigi. “Poderes Salvajes. La crisis de la Democracia Constitucional”. Edición editorial Trotta, colección mínima Trotta, Madrid España. 2011.

2. Alexy Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”. Editorial Palestra Editores. Lima, Perú. 2010
3. PNUD. “Informe sobre el desarrollo humano 2000”. Publicado por Mundi-Prensa Libros S.A. de Madrid, España