

I. FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO

Fundamentación de la objetividad de los derechos humanos y viabilidad del no-positivismo de Robert Alexy

Romain Geniez

Resumen: Este estudio propone una reconstrucción crítica de la metafísica desarrollada por Robert Alexy. La finalidad perseguida por el filósofo alemán es fundamentar la “tesis de la existencia” según la cual los derechos humanos existen objetivamente. Intento demostrar que tal metafísica, además de ser incoherente, es estructuralmente inadecuada para superar el escepticismo tradicionalmente defendido por los positivistas. Consecuentemente, el no-positivismo inclusivo propuesto por Alexy no representa una teoría del derecho adecuada y viable, ya que la verdad de esta tesis constituye una condición necesaria para la prevalencia de su concepto sobre el concepto positivista.

Palabras clave: Metafísica; existencia objetiva; derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, propongo una reconstrucción del problema metaético en los términos empleados por Alexy y de la necesidad de tal fundamentación para la viabilidad de su proyecto teórico, el no-positivismo inclusivo. En segundo lugar, reconstruyo su argumentación a fin de, en tercer lugar, criticarla. Sostendré que 1) su

construcción metafísica no es coherente ya que toma prestadas herramientas conceptuales que provienen de tradiciones excluyentes entre sí mismas así que 2) el argumento lógico-transcendental, cuyas raíces se encuentran en el idealismo kantiano, es incapaz por definición de encarnar una respuesta adecuada al argumento relativista tradicionalmente propuesto por los positivistas. Visto que la viabilidad teórica del no-positivismo inclusivo está condicionada por tal demostración, concluiré que tal proyecto teórico es inadecuado y prácticamente no viable en su presente estado de desarrollo.

I. Identificación y situación del problema en la economía de su pensamiento

1. *El escepticismo moral defendido por Kelsen: la posición a derrotar según Alexy*

El problema frente al cual se encuentra el sistema de Alexy es el argumento escéptico, según el cual no hay ningún elemento moral necesario. El filósofo alemán toma como punto de partida la formulación propuesta por Hans Kelsen (Kelsen, 1982: 76-79). Este argumento constituye la punta de lanza de la crítica formulada por los positivistas en lugar de las teorías no-positivistas. Sostiene que la inexistencia de los hechos morales y su corolario que es la inexistencia de una moralidad absoluta – es decir de una moralidad válida e independiente de consideraciones de tiempo y de lugar – previene la posibilidad de calificar objetivamente un sistema jurídico de “injusto” y en consecuencia de negar la validez jurídica con base en este fundamento (Kelsen, 1982: 79)¹. Por consecuente, cada juicio de valor formulado sobre el contenido de las normas de un sistema dado es solamente relativo a un sistema moral particular entre todos los que existen y, por lo tanto, no expresa el valor de dichas normas con respecto a una moral hipotéticamente absoluta. De este modo, un sistema jurídico (o una norma individual) puede ser subjetivamente calificado de “moral” o “justo” en cuanto a un sistema moral específico y, por el contrario, ser calificado con el rasero de otro sistema moral (Harman y Thomson, 1996: 3). Además, según el mismo Kelsen, esa moral absoluta tiene que ser dada *a priori* (Kelsen, 1982: 78) puesto que ciertos elementos morales fácticamente compartidos en una sociedad, lo que Hart llamaba en resumen la “moralidad positiva”, no serían suficientes para establecer la moral absoluta, debiendo ser necesariamente respetado por las normas positivas para ser calificadas de “derecho”. En efecto, si el contenido de la moral positiva puede ser claramente identificado, lo que parece metodológicamente dudoso respecto a la heterogeneidad y el carácter

1 Sobre la relatividad, la diversidad e incluso el carácter conflictivo de los fines y valores morales que el hombre se puede proponer perseguir a del “contenido mínimo de derecho natural”, ver Hart, 1962: 54.

contradictorio de los valores adoptados dentro de una sociedad específica y dejándose difícilmente reducir a una totalidad que sea al mismo tiempo exhaustiva y coherente, el carácter contingente de esta moral positiva sería por definición inadecuado para identificar una moral absoluta.

Así, el argumento clásicamente defendido por los escépticos a nivel de los valores morales conduce a reducirlos a un “deber-ser” ideal a la luz del cual se juzga la calidad moral de un derecho positivo específico, mientras que se mantiene en mente que dichos juicios son solamente relativos en la medida en que “no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos” (Kelsen, 1982: 80) y de los juicios formulados sobre esta base. De ahí surge la necesidad metodológica de excluir la moral de la definición y del concepto de derecho. Aunque un sistema jurídico pueda ser calificado como injusto, e incluso extremadamente injusto, dicho juicio de valor no es susceptible de ocasionar cualquier consecuencia relativa a su validez.

2. Una demostración necesaria para la viabilidad del sistema de Alexy

Robert Alexy identifica el argumento escéptico tal como fue formulado por Kelsen como la figura teórica antagónica que debe superar (Alexy, 2013: 9-10). En efecto, si este argumento y su corolario según el cual no existen valores morales necesarios fueran verdaderos, los juicios concluyendo al carácter “extremadamente injusto” de normas en vigor serían relativos a un sistema moral y no podrían pretender ser universales. Por consiguiente, la “fórmula de Radbruch” no podría ser analizada de manera diferente a la posibilidad dada a los jueces de condicionar la validez de las reglas socialmente eficaces a su adecuación con sus ideas morales, con su ideología o preferencias subjetivas. De este modo, no solamente el carácter relativo de los valores morales implicaría al nivel práctico hacer reinar la subjetividad de los jueces camuflada bajo una máscara de objetividad, sino que tal inexistencia sería igualmente ruinosa teóricamente para el no-positivismo inclusivo como tal. Esta corriente supone, en efecto, la existencia de la “injusticia extrema” concebida como umbral de ignominia moral objetivamente identificable afectando la validez de las normas positivas a la luz de una conexión clasificatoria. Se entiende pues el lugar determinante que ocupa el “problema de la existencia” como referencia a la existencia de valores morales objetivos en el pensamiento de Alexy. La “tesis de la existencia” (Alexy, 2012: 7-8 y Alexy, 2013: 9-10) que sostiene que tales elementos existen es una “condición necesaria de la verdad del no-positivismo” y constituye consecuentemente “uno de los principales problemas del no-positivismo” (Alexy, 2012: 7-8).

Cabe añadir que “el problema de la existencia” constituye el segundo paso en la fundamentación de la tesis de la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. El primer paso es la demostración de tal existencia, demostración que Alexy

conduce usando el “argumento de la corrección” (Alexy, 2008: 62-69). Una vez que tal conexión es establecida, la cuestión que surge es aquella de la identificación y de la justificación de lo que sería el sistema “correcto”, “justo”, “verdadero” moral. Por supuesto, hace falta precisar que consideramos como condición previa a este trabajo la verdad del argumento de la corrección sin la cual los siguientes desarrollos no tendrían relevancia².

Sin respuesta adecuada a la segunda cuestión, cualquier sistema de moral podría ser usado para juzgar el contenido de las reglas del derecho positivo. Entonces, si se supone que los nazis tenían un sistema moral, no se podría adecuadamente instrumentalizar la fórmula de Radbruch para negar el carácter de “derecho” a este conjunto de normas. En efecto, cada juicio de valor sería formulado desde un sistema moral subjetivo que no podría pretender ninguna “verdad” superior con respecto a los demás. Sin el segundo paso, el establecimiento de la conexión necesaria es estéril, y el relativismo frente al cual estamos después del primer paso frustra radicalmente la posibilidad y la idea misma por la cual tal propuesta teórica fue formalizada: negar objetivamente el carácter jurídico de las legislaciones inmundas. Por eso, el no-positivismo develaría ser una teoría estéril.

3. Reformulación metaética del problema: argumentar en favor del no-realismo ético³

Si traducimos al nivel metaético lo que llamo aquí la “condición de posibilidad del no positivismo” identificada, en seguida de la formulación de Kelsen anteriormente mencionada, como la condición necesaria sin la cual el no-positivismo no se puede defender como teoría del derecho – es decir le hace falta identificar una moral absoluta en el sentido que sea independiente de consideraciones de tiempo y de lugares, y *a priori* en el sentido que su identificación sea desconectada de cualquier experiencia – se tiene que argumentar en favor de una posición metaética llamada “no-realismo ético”.

Parece oportuno en este momento dar algunas precisiones terminológicas para identificar las posiciones metaéticas en el sentido de que esas tesis y familias de teorías suelen cambiar de denominación bajo la pluma de los diversos filósofos y en función de los campos en los cuales se aplican esas tesis (epistemológico, metafísico, metaético...). El “no-realismo ético” se diferencia del “realismo ético” en tanto que el segundo defiende la idea de que la realidad moral es independiente de los estados mentales adoptados por los agentes relativa a los hechos morales (Shafer-Landau, 2002: 15). El

2 La verdad de este argumento es tomada aquí como hipótesis intelectual, no expresa el acuerdo del autor.

3 En este apartado no voy a desarrollar una crítica panorámica de los principales corrientes de la metaética para exponer en qué sentido son inadecuados para refutar el escepticismo. Al respecto, uno podrá referirse a la crítica del mismo Alexy en Alexy, 1989: 33-47.

“realismo ético” es un caso especial del “realismo metafísico” según el cual hay hechos independientes de la mente. Hay varias formas de esta tesis porque lo que entendemos por “independencia” varía en función de la disciplina y del tipo de objeto considerado (independencia causal, conceptual, metafísica). En este sentido, el realismo metafísico se entiende como la existencia de hechos de cualquier tipo, independientemente de las evidencias que tenemos por ellos. Concebiremos aquí, siguiendo a David O. Brink, que esa es la tesis central del realismo metafísico (Brink, 1989: 14-17).

El no-realismo ético (Shafer-Landau, 2002: 55-56) sostiene que los valores éticos constituyen una categoría ontológica *sui generis*. Esta corriente, como es concebida por Russ Shafer-Landau, quiere constituir una vía media entre el “no-cognitivismo” – que suele negar la existencia de los valores morales como de los hechos morales – y el “naturalismo ético” – que concibe los hechos morales como un tipo de hechos empíricos que pueden ser descubiertos mediante el recurso a los cánones metodológicos de las ciencias duras. Constituyendo una categoría ontológica diversa, esos elementos no pueden ser descubiertos según las metodologías de dichas ciencias. Más bien, las verdades morales son descubiertas según una modalidad *a priori* y son, en este sentido, objetivas (Shafer-Landau, 2002: 247-250).

El “no-naturalismo ético” se opone a las teorías constructivistas en materia metaética. Entre esas, se puede identificar el “constructivismo subjetivo” según el cual las verdades morales son dependientes de las actitudes o acuerdos de los individuos entre sí mismos. El “constructivismo objetivo” por su parte, se contrasta con el subjetivismo en el sentido de que requiere una idealización de las actitudes que no reduce las verdades morales a una elección subjetiva. Según esta corriente, los valores morales no son el producto de la identificación de finalidades personales o sociales, sino el producto de una análisis desapasionado e imparcial de principios que podrían, o en hechos que gobiernan, las prácticas humanas (Shafer-Landau, 2009: 39-41). Es precisamente la vía del “no-naturalismo ético” la que tiene que ser defendida por Alexy en el sentido de que dicha vía responde estructuralmente a la formulación kelseniana de la metaética escéptica.

Ahora bien, en seguida de este planteamiento y reformulación del problema al nivel metaético (aunque tal planteamiento es insatisfactorio porque es esquemático), podemos entrar en la argumentación propuesta por Alexy.

II. La argumentación alexyana acerca de la fundamentación de la existencia de los derechos humanos, la dialéctica de lo objetivo y de lo subjetivo

1. La concepción de los derechos humanos como elementos morales

La tesis de Alexy es que dichos valores morales, absolutos, objetivos y necesarios existen y son identificables en los derechos humanos. Como carácter preliminar, Alexy

propone una definición de los derechos humanos como entidades que presentan cinco características. Los derechos humanos son: 1) morales; 2) universales; 3) fundamentales; 4) son derechos abstractos los cuales 5) tienen una prioridad con respecto a todas las otras normas (Alexy, 2012: 10, ver asimismo Alexy, 2013: 10-12). Entre sus propiedades, la primera es decisiva en la medida en la que nos informa sobre el modo específico de validez de los derechos humanos. En efecto, como “derechos morales”, la validez de los derechos humanos es de naturaleza moral y la validez moral es establecida, por su parte, en la base de una justificación. Por lo tanto, la validez y la existencia de los derechos humanos concebidos como derechos morales dependen únicamente de su carácter “justificable”. Además, el acoplamiento de la primera propiedad con la segunda nos informa sobre el modo específico de justificación de estos elementos. La validez de los derechos humanos, presentando el carácter de universalidad, tiene que poder ser justificada frente a cualquier participante en un discurso racional de manera que su validez pueda ser universal. Consecuentemente, para demostrar la tesis de la existencia de dichos elementos morales, se necesita analizar los argumentos propuestos por Alexy a fin de justificarlos.

Alexy defiende lógicamente una posición no-escéptica en materia de justificación de los derechos fundamentales; este “no-escépticismo” insiste sobre la existencia de una posibilidad de «dar razones para los derechos humanos, razones que comportan una pretensión de objetividad, de corrección o de verdad» (Alexy, 1996: 213-219 y Alexy, 2012: 10). En este sentido, para apoyar la existencia objetiva de tales elementos, Alexy identifica dos argumentos: un argumento explicativo y un argumento existencial.

2. El argumento explicativo o lógico-transcendental

El argumento explicativo se ancla en la filosofía trascendental de Kant, intentando hacer explícito lo que es implícito aunque, necesariamente, supuesto por una práctica humana determinada. Así, un argumento trascendental presenta por lo menos dos premisas: 1) identificación del punto de partida del argumento que puede consistir en diversos elementos como percepciones, pensamientos o actos de lenguaje por ejemplo y adelanta que este punto de partida es necesario en cualquier sentido; 2) establecer que una cierta categoría o regla es necesaria si deseamos que el primer elemento elegido en el ámbito de la primera premisa sea posible. Por último, la conclusión de este argumento es que dicha categoría o regla es necesariamente válida. Esa es la estructura básica de tal argumento como la concibe Alexy (Alexy, 2012, pp. 11-12 y Alexy, 2013, pp. 15-16).

El punto de partida del razonamiento es la existencia de la práctica discursiva concebida por Alexy, siguiendo a Robert Brandom (Brandom, 2000: 11), como acti-

vidad que consiste en formular aserciones, preguntar y argumentar. Esta actividad es definida y regida por reglas que expresan las ideas de libertad y de igualdad⁴. Esas mismas ideas de libertad y de igualdad constituyen la base de la idea de derechos humanos, por lo tanto, los implican directamente. Así, Robert Alexy nota que «reconocer a otro individuo como libre e igual resulta en reconocerlo como siendo autónomo. Reconocerlo como autónomo resulta en atribuirle una dignidad. Atribuir una dignidad a alguien es, sin embargo, reconocerle sus derechos humanos» (Alexy, 2012: 11). En otras palabras, la actividad discursiva es una actividad regida por reglas; esas reglas son válidas cuando ocurre la actividad discursiva y, como esas reglas expresan los derechos humanos, esos últimos existen y son válidos como condición lógico-transcendental necesariamente presupuesta por esa misma actividad. La conclusión es que los derechos humanos concebidos como valores morales existen objetiva y necesariamente.

Este argumento constituye un primer paso hacia la justificación de la existencia de los derechos humanos. No obstante, tal argumento presenta dos debilidades que dejan a ver la necesidad de añadir otro argumento. La primera debilidad se refiere al carácter “necesario” de las reglas del discurso. En efecto, en la medida en que es posible elegir no participar en esta práctica que consiste en formular aserciones, preguntar y argumentar, aparece que es únicamente en un sentido débil en el que esas reglas pueden ser calificadas de “necesarias”. Sin embargo, tal decisión, que apuntando a retirarse de toda actividad discursiva significaría, como lo nota Alexy mismo, deja de formar parte en la forma de vida específica de los seres humanos como “criaturas discursivas” (Alexy, 2012: 12). Además, el segundo problema consiste en diferenciar por un lado discurso y capacidad y, por el otro lado, acción e interés. En efecto, tener la capacidad y la posibilidad de formar parte en la actividad discursiva no implica que alguien tenga un interés en formar parte. Se trata aquí del problema que Alexy califica de “problema del interés” (Alexy, 2012: 12). Estas dos aporías encuentran una solución en el “argumento existencial” que conviene exponer ahora.

3. El argumento existencial

La primera dificultad mencionada encuentra su solución en la respuesta propuesta por la segunda. El problema del interés, como presentado por Alexy, es bidimensional en tanto que concierne la dimensión del discurso así como la dimensión de la

4 En el ámbito de este trabajo, no procedo a una reconstrucción de la demostración de Alexy. Reconstruir a detalle tal demostración requeriría la exposición de su teoría de la argumentación jurídica. Se puede referirse para tal demostración a Alexy, 1996: 213-216.

acción. Alexy procede a marcar una distinción relativa al interés que alguien puede encontrar en el uso de las capacidades discursivas. Distingue en primer lugar “un interés relativo en la corrección”, lo cual corresponde al interés en el uso de las capacidades discursivas limitado a la esfera de la argumentación y, en un segundo lugar, contrasta este interés relativo con un “interés fuerte en el uso de la corrección”, lo cual corresponde a un interés en el uso de las capacidades discursivas no solamente en el contexto de la argumentación, sino también en el contexto de la acción. Este último implica, según Alexy, “tomar en serio las implicaciones de las capacidades discursivas en la vida real, es decir, tomando los derechos humanos en serio” (Alexy, 2012: 12).

En consecuencia, el argumento existencial se basa en la combinación de una elección relativa a la aceptación de las calidades discursivas de las cuales cada ser humano dispone, lo que Alexy llama una “elección existencial” en la medida en la que se trata de la manera en la que nos concebimos (en este caso como criaturas razonables o no), vinculada al legado anteriormente establecido entre las ideas del discurso, expresando las ideas de libertad y de igualdad; esas últimas constituyen la base misma de los derechos humanos. La conjunción de las capacidades discursivas concebidas como posibilidad necesaria, tal como ha sido establecida por el argumento explicativo, así como de la elección de tomar en serio y de realizar esta capacidad necesaria como lo establece el argumento existencial constituye una “justificación explicativo-existencial” de los derechos humanos, de una dialéctica entre lo objetivo (el argumento explicativo o lógico-transcendental) y lo subjetivo (la elección existencial).

La conclusión de tal argumentación, según Alexy, es una refutación del argumento relativista como generalmente ha sido propuesto por los positivistas. Aunque tal argumentación puede dejar perplejo, el filósofo de Kiel mantiene que existen elementos morales “absolutos, objetivos, o necesarios” que son los derechos humanos, cuya existencia y validez surge de su carácter “justificable”. Tal justificación es conducida sobre la base de la conjunción de los dos argumentos expuestos. Así, tal refutación permite no solamente sostener la objetividad de la identificación del umbral más allá del cual la injusticia se vuelve extrema (en caso de negación pura y sencilla de un derecho humano por la ley), sino también sostener la tesis no-positivista de la conexión necesaria entre el derecho y la moral en la medida en la que tal tesis, para ser apoyada adecuadamente, presupone la existencia de esos elementos para ser viable.

4. La metafísica de la fundación

La demostración de la necesidad de los derechos humanos a la luz de los dos argumentos expuestos expresa una metafísica que Alexy califica de “constructiva”, en el sentido propuesto por Habermas, y que se opone a lo que este último califica de me-

tafísica “empática”. Dicha metafísica “constructiva”, al mismo tiempo que “racional” y “universal”, es necesaria para la fundamentación de los derechos humanos (Alexy, 2015: 21).

La metafísica empática es precisamente lo que Habermas quiere superar cuando llama a su deseo un pensamiento “post-metafísico”⁵. Tal metafísica presenta cuatro rasgos distintos: 1) intenta ser un ideal comprensivo apuntando a abrazar la totalidad del mundo; 2) es marcada por el sello de la necesidad en la medida en la que trata de captar todo lo que es universal e inmutable en oposición con lo contingente. Por consecuencia, trata de captar lo que no puede no ser, lo que es necesario; 3) reviste un alcance normativo, por lo tanto que no se reduce a un entendimiento exhaustivo del mundo y del ser, ella trae también un deber ser; 4) reviste una dimensión de salvación, elevación o de edificación.

Alexy rechaza la idea que sea posible fundamentar los derechos humanos desde una perspectiva “naturalista”. En efecto, tal fundamentación necesitaría interpretar los derechos humanos como hechos observables que sucedan en el mundo interno, externo y social. Tal reducción parece sin embargo imposible puesto que los derechos humanos no son entidades que se dejen comprender en la base del uso de los cinco sentidos. Por consecuencia, entre naturalismo y metafísica empática, ambas insatisfactorias, Alexy propone seguir una tercera vía. Se trata de la metafísica “constructiva” desarrollada por Habermas.

Alexy presenta la metafísica constructiva en el pensamiento de Habermas como relacionada con la concepción de la “objetividad” en el sentido de Frege. Sostiene que existen objetos que no son ni entidades psicológicas ni entidades físicas. Es en este sentido que se trata de una metafísica porque el reino del ser no se limita al todo de los objetos físicos existentes ya que incluye también entidades más allá de esto. Aunque regresaremos en la próxima sección a la metafísica de Frege con más detalle, podemos decir que Frege sostiene que existen tres reinos: 1) el reino físico, es el reino poblado por las entidades perceptibles con el uso de los cinco sentidos; 2) el reino psicológico poblado por los objetos mentales y las representaciones y, 3) un tercer reino cuyas entidades que lo pueblan existen en el mundo de la objetividad, siendo esos objetos el contenido de los pensamientos. Además, en este punto, Alexy añade una aplicación que no parece muy clara según la cual aplicar la ontología específica de los objetos que pueblan el tercer reino a la existencia de las normas jurídicas da nacimiento al concepto semántico de normas con la ayuda del cual se puede decir que un derecho humano es una norma si es válido (Alexy, 2015: 18). Dejo de lado esta parte para regresar a su metafísica.

5 Como citado por el filósofo de Kiel en Alexy, 2015, p. 21.

Desde un punto de vista estructural, si se necesitara contrastar los criterios de esta última metafísica con los de la primera antes mencionada, la metafísica constructiva comparte con la metafísica empática los tres primeros criterios. Así, la metafísica defendida por Alexy y Habermas es “necesaria”, “normativa” y presenta también una pretensión de “universalidad”, de ser un ideal comprensivo. Sin embargo, a diferencia de la metafísica empática, la metafísica constructiva sustituye al carácter “salvador” de la metafísica criticada, con el principio de “corrección” (Alexy, 2015: 21).

Para concluir sobre el estatuto de los derechos humanos, de la mano de la argumentación propuesta por Alexy y relacionada con su metafísica, el filósofo alemán adelanta que éstos gozan de una existencia “objetiva”, en el sentido de Frege, y “necesaria” en cuanto constituyen un sistema de conceptos inherentes a toda práctica discursiva. Sin embargo, como voy a argumentarlo en la próxima sección de este trabajo, lo que se puede etiquetar bajo la expresión de “metafísica alexyana” en apoyo a su argumentación es no solamente discutible en su construcción, sino también limitada en su alcance. De esta manera, la demostración de la existencia y de la necesidad de los derechos humanos propuesta por el filósofo alemán, aunque ambiciosa y elaborada, no permite responder adecuadamente al espinoso “problema de la existencia” de los derechos humanos.

Después de haber intentado reconstruir tanto su argumentación como su metafísica para sostener la “existencia” objetiva y necesaria de los derechos humanos, podemos ahora proseguir con la evaluación y la crítica de su elaboración.

III. Una argumentación problemática que no logra demostrar lo que intenta

1. Una metafísica «curiosa», el improbable casamiento del platonismo de Frege y del idealismo de Kant

La referencia que propone Alexy al pensamiento de Frege para definir la base de su metafísica constructiva como la describimos en la sección anterior informa sobre el estatuto ontológico de las normas a las cuales pertenecen las reglas, principios jurídicos y los derechos humanos, lo que resulta sorprendente en la medida en la que tal uso parece ser “anti-fregeano”. A fin de proceder a la demostración de dicha calificación, conviene dedicar un momento al pensamiento del filósofo y matemático alemán en materia de metafísica⁶. Tal exposición nos permitirá no solamente entender en qué

6 La reconstrucción esquemática del pensamiento de Frege que va a seguir se fundamenta principalmente en la primera sección de las *Investigaciones lógicas* de Gottlob Frege relativa a la estructura de los pensamientos: Frege, 1984: 49-85. Por una explicación así interesante que detallada del tercer reino y del estatuto

sentido la referencia a Frege es inadecuada sino igualmente, comprender de manera más precisa, y por contraste, la metafísica de Alexy y su irreductible fragilidad para sostener su pretensión: demostrar la existencia y la necesidad de los derechos humanos para desbaratar el relativismo de los positivistas.

A título preliminar, se puede recordar que Frege plantea una distinción ontológica entre, por una parte, los “objetos” y las “representaciones”, y por otra parte los “pensamientos” y las “proposiciones”. Relativa a la primera distinción, los objetos son elementos que existen independientemente de nosotros y pueden ser percibidos de manera sensorial mientras que las representaciones se refieren al mundo interior. Este último es «un mundo de impresiones sensoriales, de creaciones de su imaginación, un mundo de sensaciones, de sentimientos, de estados de ánimo; un mundo de inclinaciones, deseos, decisiones.» (Frege, 1984: 64). Las representaciones presentan según Frege cuatro rasgos característicos: 1) se distinguen de los objetos del mundo exterior en el sentido de que no son accesibles en un modo sensorial. Así, una representación es el producto de una experiencia sensorial pero no puede verse a sí misma como producto de dicha experiencia, aprehendida en este mismo modo (Frege, 1984: 65); 2) esas representaciones existen en tanto que pertenecen al contenido de la conciencia. Las posee y existen en el sentido en que un sujeto las crea a partir de su experiencia sensible. Además, 3) cada representación, como consecuencia de una experiencia sensible, necesita un portador. No puede haber ninguna representación existente independientemente de un individuo (Frege, 1984, p. 65). Sobre este punto, las representaciones, como elementos del mundo interior se distinguen de “las cosas del mundo exterior” en la medida en la que esas últimas, al contrario de las primeras, existen independientemente de cualquier individuo. 4) Por eso, cada representación tiene solamente un portador, lo que implica que dos personas no forman la misma representación en la base de la misma experiencia sensible de un objeto del mundo exterior. Si diversas personas pudieran tener la misma representación, dicha representación tendría una existencia independiente de su portador (Frege, 1984: 66-67).

La segunda distinción involucra los “pensamientos” y las “proposiciones”. Los primeras se entienden a propósito de las cuales se puede preguntar si son verdaderas o falsas y se entiende el sentido de una proposición (Frege, 1984: 53-54). El pensamiento es inaccesible a los sentidos mientras que la proposición se entiende como el revestimiento sensible que hace a la primera comprensible (Frege, 1984: 53). Así, el contenido de los pensamientos las extensiones y los conceptos son no solamente imperceptibles

epistemológico de las entidades que lo componen en el pensamiento de Frege, se puede consultar el trabajo siguiente: Burge, 2005: 299-316.

por los sentidos, sino también no-espaciales, a-temporales y causalmente inertes. Esos contenidos de pensamientos no son creados, sino solamente descubiertos. Eso lo conduce a distinguir entre, por una parte, el acto de pensamiento, el cual es situado en el tiempo y producido por una persona determinada y por otra parte, el contenido mismo de este acto el cual es captado y presenta las características anteriormente mencionadas de a-temporalidad, de no-espacialidad y de inercia causal. Esas entidades, el contenido de los actos de pensamiento, son objetivas en la medida en la que no dependen de las mentes que las portan a un instante determinado. De este modo, por ejemplo, los matemáticos no hacen otra cosa que descubrir pensamientos verdaderos y les confieren nombres, pero no los crean. Así, el contenido de los pensamientos existe objetivamente e independientemente del hecho contingente de que alguien las piense, descubra o no.

Los pensamientos no son reducibles, por una parte, a representaciones existentes en el mundo interior y, por otra parte, a objetos físicos que forman parte del mundo exterior. En consecuencia, en la medida en que parece que los pensamientos no dependen de la esfera de las cosas físicas o exteriores (porque no son perceptibles por los sentidos), ni siquiera de la esfera psicológica o interiores (porque no son representaciones) Frege concebía, al lado de las esferas exterior e interior una tercera esfera. Las entidades que pertenecen a esta tercera esfera serían no solamente imperceptibles por los sentidos, carácter que comparten con las representaciones, sino que serían también independientes respecto a las personas que las portan, así como lo son los objetos físicos con respecto al sujeto que las percibe. En este sentido, Frege ilustra la radical independencia de las entidades objetivas respecto a la mente que las formula en la manera que sigue: «Así, por ejemplo, el pensamiento que expresamos en el teorema de Pitágoras es atemporalmente verdadero, verdadero independientemente de que alguien lo tome por verdadero. No necesita portador. No es verdadero solamente desde que fue descubierta; al igual que un planeta, ya antes de que alguien lo hubiese visto estaba en interacción con otros planetas». Añade igualmente: «Se ve un objeto, se tiene una representación, se capta o se piensa un pensamiento. Cuando se capta o se piensa un pensamiento no se lo crea, sino que se entra en una determinada relación con él, que ya existía antes; una relación que es distinta de la de ver una cosa o la de tener una representación» (Frege, 1984: 70).

Al final de esta breve exposición relativa a los tres reinos ontológicos en el pensamiento de Frege, podemos formular la observación según la cual, para retomar las palabras de Tyler Burge, Frege fue platónico en la medida en que consideraba las entidades (en este caso los conceptos y funciones) como existentes, o reales, no-espacialmente y a-temporalmente y esto, además, independientemente respecto a su naturaleza y existencia de prácticas, actividades mentales y más generalmente,

de todo lo que esté ligado a la existencia del ser humano⁷. Esas entidades son por lo tanto fundamentales, primeras y por consecuencia, en ningún caso derivativas. Eso se refiere a la ontología platónica en tanto ese último procedía a una distinción entre las formas, las cuales son primeras, independientes y las únicas que pueden ser calificadas de existentes en virtud de su a-temporalidad (o eternidad) por oposición al mundo de las cosas materiales, cambiantes, las cuales no podrían “existir” sino “subsistir” en virtud de su temporalidad. En este sentido, aunque el pensamiento de Platón en materia de ontología sea objeto de debates en tanto que este último nunca ha clarificado el estatuto de las formas (Silverman, 2014), consideraremos a fin de continuar desarrollando esta exposición, siguiendo a Tyler Burge (Burge, 2005: 317) o de Brian Garrett (Garrett, 2011: 66) que la palabra “platonismo” designa una teoría que en materia de ontología postula la existencia de entidades no-físicas (universales en el sentido laxo, categorías, conceptos, estructuras, propiedades), distinguiéndose de las sensaciones y cuya existencia no depende de prácticas ni de objetos empíricos instanciándolas. Por eso, el pensamiento de Frege como lo hemos presentado relativo a la “tercera esfera” o a las entidades “objetivas”, es indudablemente platónico.

Se opone a dicha doctrina platónica el idealismo en materia ontológica que fue defendido notablemente por Aristóteles o Kant. Ello puede ser definido, en pocas palabras, como una doctrina metafísica «que considera las actividades o prácticas actuales implicadas en la naturaleza y la existencia de las estructuras no espacio-temporales» (Burge, 2005: 304-305). Así, los universales existen, según esta corriente, únicamente en razón de su “instanciación” en prácticas o en objetos determinados, pero sin gozar de una existencia independiente de ellos (Garrett, 2011: 66). El equivalente en el campo de la metaética de dicha opción metafísica es el constructivismo anteriormente mencionado.

Al contrario de la concepción fregeana de las entidades cuyo estatuto ontológico es aquel de la objetividad y que pertenecen en virtud de este mismo hecho a la tercera

7 En pocas palabras, podría ser adecuado recordar que la ontología platónica se articula en torno a la distinción entre el mundo de las apariencias y el mundo de la realidad. Esa misma se encuentra desarrollada en el *Fedón*. El segundo se sitúa, si la metáfora física no es abusiva, “detrás” el primero. El mundo de la realidad es poblado por “formas”. Dichas formas son “realidades” que existen por sí mismas, sin mezcla y cuyo conocimiento no se puede adquirir de otra manera que por el uso del pensamiento ejercido sin obstrucción corporal, es decir, sin intromisión sensorial (Platón, 1988: 43-44). Además, las formas presentan la característica de ser entidades perfectas en tanto que son eternas y no sometidas a la generación y a la corrupción y eso, al contrario de los particulares que componen el mundo de las apariencias. Esos últimos son contingentes y determinados lo que, ontológicamente, los excluye del campo del ser. En un sentido, su “consistencia ontológica” es residual en la medida en que las formas se dan a ver en esos particulares. Entonces, “participan” parcialmente en el mundo de las formas.

esfera, las normas en el pensamiento de Alexy, sean las reglas o los principios, y sobre todo los derechos humanos cuyo establecimiento de la existencia es, como ya lo hemos explicado anteriormente, crucial por la viabilidad de la tesis de la injusticia extrema y del proyecto teórico no-positivista, no son descubiertos sino más bien establecidos o contruidos. En efecto, se puede recordar que la objetividad y la validez de los derechos humanos se comprende como la expresión de un sistema de conceptos que sustentan la práctica discursiva en la cual los seres humanos pueden participar. Así, su objetividad y necesidad se establece siguiendo un argumento lógico-transcendental (o “explicativo” según las palabras de Alexy) que consiste en una reconstrucción del sistema de conceptos sustentando una cierta práctica y conferirle validez. Por eso, fuera del cuadro constituido por esta práctica específicamente humana que es la práctica discursiva, los derechos humanos no gozan de una fundamentación, permitiéndoles pretender, por una parte, una validez universal y, por otra parte, una existencia objetiva y eterna. En efecto, al contrario de los teoremas de Pitágoras y de Thales cuya validez y carácter verdadero ha sido siempre tal, independientemente de haber sido descubiertas por los humanos del mismo apellido (la única diferencia es que no gozaban de un nombre específico aunque existían), de su concepción y de su uso por los humanos dedicándose al estudio y práctica de las matemáticas, los derechos humanos, y la trivialidad de la remarca que va a seguir es embarazosa, no existirían sin la existencia de los seres humanos a los cuales se refieren y *a fortiori*, sin la actividad discursiva constituyendo el sustrato empírico permitiendo predicar su validez. La existencia de los derechos humanos es por eso, fundamentalmente, dependiente de una cierta realidad empírica y además de una práctica en la cual se puede elegir participar o no. Eso muestra claramente el cuadro idealista, o constructivista, del cual surge la demostración de Alexy y, a través de ella, se puede entender el alcance del legado de Aristóteles y de Kant en materia de metafísica.

Finalmente, esta referencia parece recuperarse de una estrategia retórica que apunta a extender el alcance de ciertas conclusiones teóricas más que como una referencia adecuada y bien integrada, al pensamiento de Frege. En efecto, se entiende claramente el uso que puede darse al pensamiento del filósofo austriaco en el cuadro de la elaboración de la metafísica idealista. Tal referencia permite asimismo “elevar” y “conferir” una gran solidez a conclusiones teóricas colocándolas bajo el reino de un concepto de “objetividad” tan fuerte como aquel de Frege. No obstante, permanece cierto que tal uso puede ser entendido como retórico por dos razones: 1) el contenido de las normas jurídicas no puede ser asimilado al contenido de los pensamientos como han sido concebidos por Frege; 2) la conclusión de objetividad y de necesidad de los derechos humanos a la cual llega Alexy depende de la existencia de una práctica contingente y del análisis de su sistema conceptual inmanente. Por

consecuencia, en la ausencia de tal práctica, la objetividad y la necesidad de tal sistema conceptual se derrumba. Tomando en serio la demostración propuesta por Alexy, la calificación de los derechos humanos como elementos cuya existencia es “objetiva” no expresa en este contexto la densidad ontológica del concepto fregeano. El concepto de “necesidad”, como ha sido aplicado a elementos delimitados a una práctica contingente se entiende en un sentido relativo a que su mismo uso parece esencialmente retórico y abusivo. Creo que una gran parte del carácter problemático del pensamiento de Alexy se juega específicamente al nivel de esos términos modales que sugieren una opción metafísica no explícitamente dada en sus escritos. Esos términos constituyen un punto de debilidad de su pensamiento.

Para concluir, el uso de una herramienta argumentativa que surge del “idealismo” en materia de metafísica (el argumento lógico-transcendental) no puede llegar a una conclusión cuyo estatuto ontológico surge del platonismo (la “objetividad” de Frege). Los elementos demostrados por el uso del primero gozan de una existencia contingente, los segundos son absolutos. La metafísica de Alexy es construida usando elementos metafísicos que surgen de dos universos ontológicos diversos y que, por esta misma razón, no pueden ser adecuadamente combinados sin cometer un “salto ontológico” falaz.

2. La irreductible debilidad del constructivismo y la insuperable contingencia del “necesario”, la no-existencia de los derechos humanos

Como lo podemos ver, Robert Alexy, además de identificar el estatuto de los derechos humanos basándose en una metafísica incoherente, no contesta adecuadamente al problema de la existencia de los valores necesarios como fue concebido por Kelsen. El uso del argumento lógico-transcendental surge de una metafísica idealista cuyo pendiente a nivel metaético es el “constructivismo objetivo”. El constructivismo, como fue explicado en la primera sección de este trabajo, es una forma de relativismo ético que concibe los valores morales como ontológicamente dependientes de la mente o de las prácticas humanas. En este sentido, y por definición, tal tentativa de fundamentación de los derechos humanos, aunque se benefician de una validez universal si en la práctica son inmanentes, es por definición incapaz de responder al argumento de los positivistas por varias razones: 1) los valores morales identificados no son a priori sino más bien, contruidos a posteriori en seguida de la interpretación de una práctica específica; 2) son dependientes de condiciones espacio-temporales por la misma razón que son identificados a posteriori, por eso, no pueden ser dichos absolutos. La debilidad de tal opción constructivista se da también a la luz del segundo paso argumentativo propuesto para remediar a la limitación del argumento lógico-transcendental.

No me ha parecido necesario comentar más adelante este argumento en razón de que el subjetivismo al cual se refiere se entiende como un deseo inútil.

Para concluir, la vía constructivista elegida por Alexy para contestar a Kelsen, tomada independientemente de la referencia a Frege, es estructuralmente inadecuada. Sin embargo, me parece que, si abandonamos la referencia problemática a Frege, la argumentación propuesta por Alexy a la luz del argumento lógico-transcendental es aceptable por los positivistas. En efecto, el constructivismo en materia ética surge claramente de una forma de relativismo a la cual los positivistas se adhieren. Pero, a la luz de tal argumentación, no se puede concluir que los derechos humanos – concebidos como elementos morales – no existan objetivamente en el sentido fuerte que necesita la respuesta al escepticismo positivista, ya que su existencia es relativa al compromiso de los seres humanos en una práctica contingente.

CONCLUSIÓN GENERAL Y CONSECUENCIA POR EL PROYECTO ALEXYANO

Como ha sido demostrado anteriormente, la argumentación de Robert Alexy relativa a la demostración de la existencia “objetiva” de los derechos humanos es poco convincente. La consecuencia de tal falta en su sistema es, según las palabras de Alexy mismo, ruinoso ya que tal demostración y la verdad de la “tesis de la existencia” era necesaria por la viabilidad del no-positivismo inclusivo y que la falsedad de esta tesis llevaba automáticamente a la prevalencia del positivismo sobre el no-positivismo. Es precisamente la razón por la cual Alexy insiste sobre el hecho que el “problema de la existencia” constituye no uno, sino el problema principal respecto al cual el no-positivismo se encuentra confrontado (Alexy, 2012, p. 8). Su metafísica es inconsistente porque mezcla elementos enraizados en ámbitos que se excluyen: el idealismo kantiano por parte del argumento lógico transcendental, el platonismo por parte de la noción de objetividad, y que la aplicación de la segunda noción a un elemento producido por el primer argumento representa un salto ontológico falaz. Aunque dejamos de lado su referencia a Frege, su demostración compete al constructivismo en materia de metaética. Tal orientación, como lo he mostrado, es en sus premisas estructuralmente inadecuada para lograr a una respuesta satisfactoria al reto escéptico de los positivistas. La conclusión es que, en el estado presente de su elaboración y desarrollo, el no-positivismo propuesto por Alexy no es una teoría adecuada, ni siquiera viable, por lo tanto no es solamente auto-derrotante sino que implica también dar a los jueces la oportunidad de hacer prevalecer sus preferencias éticas subjetivas sobre la positividad de las normas. Sin embargo, tal conclusión es provisoria en el sentido el en que no me puedo pronunciar en el ámbito de este

trabajo sobre si el problema de la existencia puede recibir una respuesta adecuada en el absoluto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, 1989. *A Theory of Legal Argumentation*. Traducido por Ruth Adler y Neil MacCormick. Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, Robert, 1996. "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris*, v. IX, n. 3.
- Alexy, Robert, 2008. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Traducción y estudio preliminar por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, Robert, 2012. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, v. XXV, n. 1.
- Alexy, Robert, 2013. "The Existence of Human Rights", en Ulfrid Neumann, Klaus Günther y Lorenz Schulz (eds.), *Law, Science, Technology*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Alexy, Robert, 2015. "Diritti umani senza metafisica?", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, v. XCII, n. 1.
- Brandom, Robert, 2000. *Articulating Reasons*. Cambridge: Harvard University Press.
- Brink, David O., 1989. *Moral realism and the foundations of ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Burge, Tyler, 2005. "Frege on Knowing the Third Realm", en *Truth, Thought, Reason, Essays on Frege*. New York: Oxford University Press, pp. 299-316.
- Frege, Gottlob, 1984. "El pensamiento: una investigación lógica", en Gottlob Frege, *Investigaciones lógicas*, traducción y presentación por Luis Ml. Valdés Villanueva, Madrid: Editorial Tecnos, pp. 49-85.
- Garrett, Brian, 2011. *What is this thing called metaphysics?* (2ª edición). New York: Routledge.
- Harman, Gilbert; Thomson, Judith Jarvis, 1996. *Moral Relativism and Moral Objectivity*. Cambridge y London: Blackwell Publishers.
- Hart, H.L.A., 1962. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*. Traducción y nota preliminar por Genaro Carrió, Buenos Aires: Ediciones Depalma, pp. 1-64.
- Kelsen, Hans, 1936. "Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure", *Annales de l'Institut de droit comparé*, v. II, pp. 17-59.
- Kelsen, Hans, 1982. *Teoría pura del derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, México: Universidad Nacional de México.
- Platón, 1988. *Fedón*, en *Diálogos III*, traducciones, introducciones y notas por Carlos García Gual, M. Martínez Hernández, E. Lledó Iñigo, Madrid: Editorial Gredos.
- Shafer-Landau, Russ, 2002. *Moral Realism. A Defence*. Oxford: Clarendon Press.
- Silverman, Allan, 2014. "Plato's Middle Period Metaphysics and Epistemology", en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/plato-metaphysics/>.