ISSN 1515-7326, nº 13, 2|2013, pp. 213-230

Acerca de los presupuestos metateóricos de "Las pretensiones normativas del Derecho"

Posibilidad de error y desacuerdo sobre el concepto de derecho

Lucila Fernández Alle*

Recepción: 20/9/2013
Aceptación: 28/10/2013

Resumen: En este trabajo me propongo realizar un análisis del libro "Las pretensiones normativas del Derecho", de Paula Gaido, en que la misma aborda comparativamente las construcciones teóricas de Raz y de Alexy acerca de la naturaleza del Derecho. Gaido reconstruye, siguiendo a estos dos autores, la naturaleza del concepto de Derecho, su elemento normativo y la vinculación entre Derecho y Moral que aquel implica, como cuestiones de naturaleza conceptual. Mi objetivo en este ensayo es reconstruir críticamente la noción de concepto y de la relación entre concepto –de Derecho– y objeto, que la autora utiliza en su análisis. Estas nociones resultan especialmente relevantes en relación con la distinción entre manejo acabado y posesión mínima de conceptos y, por lo tanto, en la posibilidad de dar cuenta de errores y desacuerdos acerca del concepto de Derecho.

Palabras clave: concepto de derecho - manejo acabado/posesión mínima de un concepto - desacuerdo- esencialismo - convencionalismo.

El presente trabajo se propone la discusión de algunas cuestiones planteadas en el libro de Paula Gaido titulado *"Las pretensiones normativas del Derecho"*, versión de su tesis doctoral. La intención no es

* Universidad Nacional de Córdoba.

analizar exhaustivamente todos los aspectos abarcados en su investigación, sino los principales presupuestos metodológicos tanto de su propio análisis como aquellos que adscribe a las teorías del derecho que examina comparativamente.

En el libro discutido, Gaido analiza el elemento normativo del derecho como así también ciertos aspectos de la vinculación entre el derecho y la moral a partir del análisis comparativo de las teorías del derecho de Raz y Alexy. Partiendo de una idea bastante generalizada en la teoría del derecho, consistente en identificar a las teorías positivistas con la tesis de la separación entre derecho y moral y, en cambio, a las teorías anti-positivistas del derecho, con la tesis de vinculación entre derecho y moral, señala que precisamente son dos de los más reconocidos representantes de una y otra tradición –Raz y Alexy, respectivamente–, quienes parecen contradecir esta generalizada intuición.

Las ideas centrales defendidas en este texto consisten en que, tanto desde la perspectiva de Raz como de Alexy:

1. La comprensión del derecho –y, especialmente, de su naturaleza normativa– requiere la comprensión de un valor moral, consistente en el valor que el derecho aspira a realizar.
2. La consecución del objetivo planteado en 1. –esto es, la comprensión del derecho y, por lo tanto, del valor moral que el mismo aspira a realizar–, requiere asimismo otorgar un privilegio conceptual al punto de vista interno. Este privilegio conceptual, desde el punto de vista del participante, se trata específicamente de un compromiso conceptual y consiste, para Raz, en la pretensión de autoridad y, para Alexy, en la pretensión de corrección.
3. El punto central de la discusión sobre la relación entre derecho y moral es de naturaleza conceptual.

El contenido, no obstante, que Raz y Alexy dan a ese valor moral es el punto en el que difieren entre sí. A partir de preguntarse qué es el Derecho, ambos acuerdan en que responder a este interrogante,

explicando su naturaleza, es equivalente a explicar cuáles son las condiciones necesarias para que haya Derecho. Sin embargo, la diferencia entre Raz y Alexy parece replantearse en torno a tres cuestiones: la idea de concepto implicada en sus respectivos análisis, la teoría de referencia implicada y la idea acerca de cuál es el rol o función del análisis conceptual en la tarea filosófica. La elucidación de estas cuestiones, asimismo, incide en la caracterización que en una y otra teoría se hace respecto del valor que el Derecho aspira a realizar.

Con esto en mente, me propongo analizar la lectura de esta autora respecto de los presupuestos metodológicos de Raz y Alexy, particularmente en lo referido a la noción de concepto y la relación entre concepto y objeto que sus respectivas teorías albergan. Posteriormente, me propongo relacionar este análisis con algunas discusiones entre diversas corrientes de teorías de la referencia; específicamente, el modelo de semántica propuesto por Kripke y Putnam –semántica K-P– y el convencionalismo.

Comencemos por la reseña que realiza la autora sobre la cuestión de la teoría de la referencia implicada por Raz y Alexy. Gaido analiza el presupuesto relativo a teorías de la referencia y nos introduce en la cuestión señalando que existen, a grandes rasgos, dos corrientes teóricas que explican la relación mundo-lenguaje-mente: el esencialismo y el relativismo; y que ambos pueden estar referidos, asimismo, a una dimensión ontológica, semántica o conceptual. Comenzando por el esencialismo, sus notas esenciales serían las siguientes:

1- Presupone que existe un mundo externo al sujeto.
2- Hay una relación necesaria entre el concepto y el significado de los términos y la esencia del objeto que refieren.
3- No es concebible desde esta corriente la idea de conceptos o significados correctos o incorrectos, sino de problemas de tipo epistémico respecto del concepto o significado de un objeto.
4- Los conceptos, desde esta corriente de pensamiento, reflejan una esencia; de qué se trata esa esencia depende del enfoque en particular –platónico, kantiano, de las semánticas K-P, entre otros–.

Por su parte, respecto de las corrientes teóricas relativistas podemos señalar las siguientes características generales:

1- El presupuesto de la existencia de un mundo externo al sujeto es posible desde estas teorías, pero no necesario.
2- Existen diferentes maneras de clasificar el mundo y carece de sentido pretender conocer cuál es mejor porque ese juicio es externo a nuestra mente.
3- Los conceptos 'recortan' el mundo, fijando características definitorias.
4- Tiene una variante individualista y una anti-individualista o convencionalista.

El motivo por el que la autora introduce este análisis sobre teorías de la referencia, responde al objetivo de comprender cuál es la idea de relación mundo-lenguaje-mente que las teorías de Raz y Alexy, respectivamente, presuponen y cuál es, por lo tanto, su noción de concepto; para poder así establecer las diferencias y puntos en común entre las construcciones teóricas de uno y otro. Sin embargo, esta tarea se ve dificultada porque, como expresa Gaido, *"…en el marco general de las concepciones delineadas, no resulta siempre claro bajo cuál de ellas encuadrar las teorías del derecho que proponen Alexy y Raz. Sus teorías pareciera que buscan transitar caminos intermedios, incorporando distinciones que hacen más compleja la discusión, convirtiendo en difusos sus acuerdos y desacuerdos"*[1].

Sin embargo, pese a esta indefinición inicial, la autora concluye su trabajo adscribiendo a la noción de concepto de derecho utilizada en las teorías de Raz y de Alexy una naturaleza total y parcialmente convencional, respectivamente. Sostiene Gaido en tal sentido que *"Raz y Alexy coinciden en que el propósito principal de toda teoría del derecho consiste en explicar la naturaleza del derecho, y que, tal tare, el análisis conceptual entendido como elucidación conceptual, es ineludible. Entender que la naturaleza del concepto de derecho es total o parcialmente convencional –según sea*

[1] Gaido, P., *Las pretensiones normativas del derecho: un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz,* Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 27.

la teoría de Alexy o la de Raz la que esté en cuestión–, no impide presentar los argumentos analizados en este trabajo, y que sustentan conclusiones opuestas acerca de la naturaleza normativa del derecho, como posiciones que desacuerdan de manera genuina acerca de aquello que el derecho es"[2].

Entiendo que la relevancia de esta cuestión –la de saber si las teorías del derecho propuestas por Raz y Alexy pueden ser encuadradas como teorías que presuponen una noción de concepto, y por lo tanto, una semántica esencialista o convencionalista– es importante por cuanto las conclusiones acerca de cuál es la naturaleza del derecho no son las mismas en uno y otro caso, tal como afirma la autora. Esto es así particularmente debido a que la elucidación de esta naturaleza y de la relación entre Derecho y Moral, es presentada y explicada como un problema de tipo conceptual. Cabe, pues, preguntarnos en primer lugar cuál es la caracterización de concepto adscripta a Raz y a Alexy.

Gaido analiza las teorías del Derecho propuestas por Raz y Alexy, siguiendo la siguiente estructura: se pregunta, en primer lugar, por el concepto de derecho; luego por la noción de concepto implicada y, por último, por el rol del análisis conceptual en la tarea filosófica. En este trabajo me centraré en la idea de concepto de una y otra teoría.

Podríamos preguntarnos, en primer lugar, qué particularidades presenta la noción de concepto implicada en la teoría de Raz. Gaido subraya que de su análisis deriva una ambigüedad en su concepción misma de Derecho. Raz, en efecto, hace dos afirmaciones respecto de la naturaleza del Derecho que parecieran, en principio, incompatibles. Expresa la autora al respecto: "¿e*n qué sentido es compatible decir que el propósito de la teoría del derecho es la explicación de las propiedades necesarias del derecho dado nuestro concepto de derecho –entendido como entidad social–, con decir que su propósito es la explicación de la naturaleza del derecho cuya existencia es independiente de todo concepto de derecho?"*[3].

Es a partir, entonces, de este interrogante que surge la pregunta por la concepción o idea de concepto según Raz. Sintéticamente, las

[2] Gaido, ob. cit, p. 185.

[3] Gaido, ob. cit, pp. 33-34.

conclusiones a las que arriba la autora respecto de la idea de concepto en la teoría de este autor son las siguientes:

1. Raz distingue entre palabras, significados y conceptos.
2. Los conceptos están vinculados a cosas, no al uso de palabras; el uso correcto de estas últimas es establecido por los significados, mientras que los conceptos *identificarían* las propiedades necesarias de las cosas.
3. La distinción del punto (2) determina que exista una diferencia entre práctica lingüística y práctica conceptual.
4. Los conceptos son comprendidos como construcciones producto de una determinada cultura.
5. Distingue entre manejo acabado de un concepto –conocimiento completo de la cosa que el concepto designa- y posesión mínima –capacidad de identificar ejemplos de derecho en circunstancias normales, ya sea a través de la identificación de propiedades esenciales o no esenciales.

Lo expresado, entre otras cosas, refuerza la relevancia que en la teoría de Raz tiene la relación entre el concepto de derecho y el objeto derecho. Expresa Gaido: *"La importancia de este punto radica en que, para Raz, la manera en que una cultura entiende sus propias prácticas e instituciones no está separada de lo que estas prácticas e instituciones son. De esta manera, aun cuando Raz distingue entre concepto de derecho y objeto derecho, también subraya su interdependencia"*[4].

Esta noción de interdependencia entre el concepto de derecho y el objeto derecho se corresponde, asimismo, con la idea de posesión mínima del concepto de derecho como un grado de comprensión del concepto y no como constitutivo del mismo. De otro modo, esta idea sería incompatible con el hecho de que Raz vincula el concepto de derecho con la identificación de las propiedades necesarias del objeto derecho –tesis (1)–.

¿Qué conclusiones, entonces, extrae Gaido del análisis apenas reseñado sobre la noción de concepto –y de concepto de derecho, en

[4] Gaido, ob. cit, p. 38.

particular– en la concepción de Raz? En primer lugar, concluye que para Raz el concepto de derecho es de naturaleza convencional –porque el concepto relevante sería 'nuestro' concepto de derecho–. En segundo lugar, aun teniendo naturaleza convencional, es posible dar cuenta del desacuerdo y del error a través de la distinción conceptual entre privilegio conceptual y privilegio epistémico. Brevemente, el privilegio conceptual es el privilegio del concepto de derecho –y de conceptos asociados, como el de regla, por ejemplo–, que tiene el participante y que resulta esencial en la explicación de la naturaleza del derecho. Esto no implica afirmar que el participante, por el hecho de tener privilegio conceptual, tenga también privilegio epistémico y esta diferencia permite explicar que puede estar equivocado acerca de lo que entiende como referencia o extensión de derecho –o, reiteramos, de los conceptos afines utilizados en la práctica social. Volveremos sobre estas conclusiones al analizar la discusión sobre concepciones de la referencia que esta discusión pone de relieve.

Al igual que respecto de la teoría del derecho de Raz, Gaido entiende que en la teoría elaborada por Alexy también existe una ambigüedad respecto de aquello que significa elucidar la naturaleza del Derecho –en el sentido de dar cuenta de cuáles son sus características necesarias–. Alexy, de acuerdo con la lectura aquí analizada, no aclara del todo si esta naturaleza depende de lo que sea considerado propiedades necesarias del derecho para cierta comunidad o si es independiente de esa visión comunitaria.

En primer lugar, vale aclarar que Alexy identifica la necesariedad de las propiedades del derecho como necesidad relativa[5]; ello quiere

[5] Gaido, ob. cit, p. 56-57, Alexy diferencia entre cuatro tipos de necesidad, a saber, absoluta, relativa, conceptual y normativa. Una necesidad es relativa cuando "… *los límites de lo necesario son fijados por un esquema conceptual o práctica social, que puede variar. Una necesidad es absoluta, por el contrario, cuando los límites de lo necesario son fijados por un esquema conceptual o práctica social, que es inmune a la revisión (…) Una necesidad es conceptual cuando depende de las convenciones lingüísticas de una determinada práctica, dentro de las cuales están incluidas, en el presente contexto, las reglas constitutivas de los respectivos actos lingüísticos (…). Por último, cuando una necesidad es normativa lo necesario está vinculado con los valores subyacentes a la práctica jurídica*".

decir que se trata de necesidades que dependen de esquemas conceptuales o prácticas sociales que no son inmunes al cambio.

Hay aquí, entonces, una idea de necesidad dependiente de un objeto –prácticas sociales– o de un concepto mutable. Pero, ¿cuál es, en definitiva, la noción de concepto presupuesta en la teoría de Alexy? Podemos señalar que:

1. Alexy distingue entre conceptos 'vigentes' y concepto 'correcto' de derecho. Los primeros son dependientes de una práctica contingente y tienen una dimensión convencional –ligada a las reglas sociales que establecen el significado de las palabras– y una dimensión ideal –vinculada a una pretensión de adecuación de los conceptos a los objetos a los que se refieren. El concepto correcto de derecho, por su parte, reflejaría la verdadera naturaleza del derecho.
2. La afirmación precedente, sumada al hecho de que para este autor la naturaleza del derecho es única, lleva a afirmar que mientras puede haber más de un concepto vigente, solo puede existir un concepto –correcto– de derecho.
3. Existe una interdependencia entre concepto y naturaleza del derecho, conforme a la cual no puede concebirse la existencia de una práctica jurídica sin la posesión de algún concepto de derecho.

Respecto de Alexy y de su idea de concepto de derecho, Gaido concluye que, al igual que en el caso de Raz, en su teoría la elucidación de la naturaleza del derecho es de naturaleza conceptual y otorga privilegio –también conceptual, no epistémico– al participante. Sin embargo, como señala expresamente, entre sus teorías existe la siguiente diferencia en torno a la idea de concepto: *"Para Alexy el concepto relevante de derecho que hay que elucidar es el concepto correcto de derecho, que depende parcialmente de nuestras convenciones sociales; mientras que para Raz lo que hay que elucidar es nuestro concepto de derecho, que depende enteramente de nuestras convenciones sociales"*[6]. Ahora bien, Gaido resta im-

[6] Gaido, ob. cit. p. 187.

portancia a esta diferencia entre ambos autores ya que entiende que, en definitiva y pese a esta diferencia, tanto para Raz como para Alexy el criterio a tener en cuenta para la comprensión del valor moral que el derecho aspira a realizar –condición necesaria dentro de su esquema para comprender la normatividad del derecho–, debe buscarse en la práctica jurídica misma y no se trata de algo que el teórico propone como criterio externo.

Hasta aquí las conclusiones de la autora acerca de los presupuestos metateóricos de las teorías de Raz y Alexy, particularmente referidos a su noción de concepto y de concepto de derecho. Ahora bien, llegados a este punto podríamos preguntarnos si la conclusión acerca de la naturaleza total o parcialmente convencionalista del concepto de derecho es una consecuencia, efectivamente, de sus afirmaciones y su análisis sobre cuáles son los conceptos relevantes para la comprensión del derecho. En otras palabras, y dado que tanto Raz como Alexy parecen vincular la noción de concepto de derecho relevante con el contenido dado por los participantes al interno de la práctica jurídica, la cuestión que se plantea es si esta interdependencia –entre concepto de derecho y práctica jurídica– implica una noción de concepto de tipo convencionalista. El desarrollo de esta cuestión requiere de una previa reseña de las principales tesis del esencialismo –particularmente de las denominadas semánticas K-P– y de algunas versiones de la corriente convencionalista.

Las semánticas K-P objetan el principal argumento de una de las semánticas relativistas, argumento denominado 'Modelo Criterial'; desde este modelo teórico, asimismo, se explican las tesis fundamentales del convencionalismo.

De acuerdo al Modelo Criterial, a cada concepto la corresponde un *dossier* de información que es común entre los hablantes, es decir, *"…un dossier que consiste en descripciones de las propiedades comúnmente asociadas al concepto-término. Ese dossier proporciona una serie de criterios que determinan la extensión del concepto. Esos criterios describen cómo deben ser los hechos para ser considerados como, por ejemplo, un contrato"*[7].

[7] Stavropoulos N., *Objectivity in law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 2: *"The Criterial Model holds that corresponding to each concept there is some*

En otras palabras, lo que este modelo plantea es que la extensión de los conceptos está determinada por las propiedades convencionalmente asociadas al mismo. Una de las principales críticas dirigidas en contra de este modelo plantea que no es posible desde el mismo explicar el desacuerdo dado que si lo que determina la extensión del concepto son sus propiedades definitorias, al no haber acuerdo sobre estas últimas, el desacuerdo es aparente porque sencillamente se está haciendo referencia a distintos objetos. Afirma Stavropoulos al respecto: *"El principal problema que la asunción semántica plantea para la práctica jurídica es que el desacuerdo no puede ser representado adecuadamente. Si el contenido de los conceptos está determinado por criterios compartidos, los abogados no pueden desacordar acerca de si algo es, por ejemplo, un contrato. Desacordar es dejar de emplear los criterios compartidos"*[8].

Por otra parte, se afirma desde estas teorías que es posible hablar de casos en los que la referencia puede ser identificada por parte de personas que carecen de conceptos –entendiendo conceptos en términos de propiedades necesarias y suficientes–.

La contrapropuesta de las semánticas K-P –con variantes según la teoría que se tome como referente y dicho de modo muy general– consistiría en afirmar que la referencia de los conceptos tiene una relación causal con el concepto. Son las cosas las que causan –determinan– los conceptos y no a la inversa. En este trabajo expondremos las principales ideas de esta semántica a partir del análisis de la teoría de Putnam y los conceptos de 'clase natural' –*natural kind concepts*–.

information dossier which is common among speakers, that is, a dossier consisting of descriptions of the properties commonly associated with the concept-word. That dossier –comunal sense– supplies a list of criteria that determine a concept's extension. The criteria describe how the facts must be for something to count as, say, a contract".

8 Stavropoulos, ob. cit, pp. 4-6: *"The chief problem the Semantic Assumption creates for legal theory is that disagreement cannot be adequately represented. If concepts' content is determined by shared criteria, then lawyers cannot genuinely disagree over whether something is, say, a contract. To disagree is to cease employing shared criteria"*.

Putnam desarrolla una teoría, a partir de la crítica al denominado Modelo Criterial. La idea fundamental en su teoría es, como decíamos, que no son los estados psicológicos de los hablantes los que determinan la extensión del concepto. Resalta la importancia del contexto centrándose en conceptos que denomina *natural kind concepts*. Con esto en vista, desarrolla un experimento mental de acuerdo al cual concluye que existe una relación de 'igualdad' –relación '*sameness'*– de acuerdo a la cual la determinación de que cierto objeto sea o no el mismo que *esto* –objeto referido por definición ostensiva– puede requerir un cúmulo indeterminado de conocimiento científico al respecto. Conforme a esto, y dado que ese conocimiento puede variar temporalmente o conforme a supuestos contrafácticos, Putnam afirma que *"…la condición necesaria y suficiente para ser agua es poseer la relación 'sameness' con el objeto en el vaso* [otra vez, por definición ostensiva, agua]; *pero esta es la condición necesaria y suficiente solo si el presupuesto empírico se encuentra satisfecho"*[9].

La otra cuestión fundamental en el desarrollo de la teoría de Putnam consiste en la cuestión de la competencia necesaria para el reconocimiento del objeto referido por un concepto. La idea es que existe lo que él denomina una 'División del Trabajo Lingüístico'. De acuerdo a la misma, dentro de cualquier comunidad existe un subgrupo que, debido al rol que cumple dentro de las prácticas sociales de esa comunidad– tiene que adquirir el método para reconocer si algo es o no es, por ejemplo, agua. Este subgrupo se diferencia de los restantes miembros de la misma comunidad, quienes tan solo tienen que adquirir el 'termino' agua, saber emplearlo en condiciones usuales. Afirma Putnam al respecto: *"Las propiedades que generalmente consideradas en conexión con un nombre general –condiciones necesarias y suficientes para formar parte de la extensión, formas de reconocer si algo se encuentra dentro de la extensión, etc– están presentes en toda la comunidad lingüística considerada*

[9] Putnam H., "Meaning and reference", en *Meaning and reference*, ed. por Moore A.W., Oxford University Press, 1993, pp. 150-161, p. 153, *"…the necessary and sufficient condition for being wáter is bearing the relation 'same' with the stuff in the glass; but this is the necessary and sufficient condition only if the empirical presupposition is satisfied"*.

como un cuerpo colectivo; pero ese cuerpo colectivo divide su 'trabajo' en conocer y emplear estas diversas partes del significado de 'oro'"[10].

Las principales ideas, entonces, planteadas desde esta concepción son las siguientes: *"…la extensión de un término no está fijada por un concepto que el hablante individual tiene en su mente, y esto es verdadero tanto por el hecho de que la extensión es, en general, determinada socialmente –existe una división del trabajo lingüístico tal como existe una del trabajo 'real'–, como por el hecho de que la extensión es determinada, en parte, indexicalmente. La extensión de nuestros términos depende de la naturaleza que efectivamente tienen las cosas en particular que constituyen paradigmas, y esta naturaleza real no es, en general, completamente conocida para el hablante"*[11].

Hay dos cuestiones sobre esta teoría que me interesa resaltar, aclarando que un análisis exhaustivo de la misma excede los límites de este trabajo; a saber, la posibilidad de relacionar los conceptos con el contexto de la comunidad que los utiliza y la cuestión de la *división lingüística del trabajo.* En lo que sigue, procuraré relacionar estas dos cuestiones con algunas de las conclusiones sobre la teoría del derecho de Raz y de Alexy, presentes en el libro discutido.

La refutación de la idea de que los conceptos están determinados por las convenciones acerca de sus propiedades definitorias, como decíamos, se relaciona con la crítica a la imposibilidad de dar cuenta desde el Modelo Criterial, del desacuerdo y del error en el derecho.

[10] Putnam, ob. cit, p. 155: "*The features that are generally thought to be present in connection with a general name –necessary and sufficient conditions for membership in the extension, ways of recognizing whether something is in the extension, etc., are all present in the linguistic community considered as a collective body; but that collective body divides the 'labour' of knowing and employing these various parts of the 'meaning' of 'gold'"*.

[11] Putnam, p. 161: *"We have now seen that the extension of a term is not fixed by a concept that the individual speaker has in his head, and this is true both because the extension is, in general, determined socially –there is division of linguistic labour as much as of 'real' labour– and because extension is, in part, determined indexically. The extension of our terms depends upon the actual nature of the particular thins that serve as paradigms, and this actual nature is not, in general, fully known to the speaker"*.

Existe una alternativa a este problema desde las mismas teorías convencionalistas en la que nos detendremos luego. Por el momento, basta reiterar que la crítica al Modelo Criterial consiste en que si la intensión determina la extensión y no hay acuerdo acerca de la intensión, la extensión, en consecuencia, no es la misma para las dos partes entre las que se plantea el supuesto desacuerdo que, por ende, es superficial o no genuino. En cambio, cuando es el caso que dos personas comparten sus pensamientos acerca de dos objetos distintos, sus pensamientos son por ello mismo distintos y el elemento que permite identificar esa diferencia se encuentra en algo externo; específicamente, en el contexto[12]. La idea que Putnam refuerza sobre este punto es que este factor, que se encuentra en el contexto, puede ser desconocido –aunque es cognoscible– por el sujeto y la consecuencia de su enfoque es, como señala Stavropoulos, el contraste entre competencia –entendida como la habilidad para pensar con un concepto– y habilidad para discriminar su extensión y su conclusión es que esta última no está conectada con la primera del modo en que el Modelo Criterial indica[13].

Esta distinción entre competencia y habilidad para determinar la extensión de un concepto nos lleva al otro punto fundamental en la teoría de Putnam, y que denomina División del Trabajo Lingüística. Conforme a esta idea, existe una diferencia entre subgrupos que, dentro de una única comunidad lingüística y por razones no lingüísticas, o bien adquieren el término correspondiente a un objeto, o bien los métodos para reconocer si ese objeto es o no el referido por el concepto tomado en cuenta.

A partir de esta División del Trabajo Lingüística, el autor formula su Hipótesis de la Universalidad del Trabajo Lingüístico, en los siguientes términos: *"Toda comunidad lingüística ejemplifica el tipo de división de trabajo lingüístico recién descripta; esto es, posee al menos algunos términos cuyo 'criterio' asociado es conocido solo por un subgrupo de los hablantes que adquieren esos términos, y cuyo uso por parte del resto de los ha-*

[12] Stavropoulos, ob. cit., p. 30.
[13] Stavropoulos, ob. cit., p. 32.

blantes depende de una cooperación estructurada entre ellos y los hablantes de los subgrupos relevantes"[14].

Ahora bien, ¿es posible trazar algún paralelo entre esta diferencia entre subgrupos de una misma comunidad lingüística y los diversos niveles de comprensión del concepto de derecho planteados en la teoría de Raz y de Alexy, de acuerdo al análisis presente en el libro de Gaido?

Recordemos las conclusiones de la autora sobre este punto. Respecto de Raz, en primer lugar, el mismo distingue entre manejo acabado y posesión mínima de un concepto. Lo primero indica el conocimiento completo de la cosa que el concepto designa[15], mientras que la posesión mínima del concepto implica la capacidad de identificar ejemplos de derecho en casos normales de aplicación. Alexy, por otra parte, distinguía entre conceptos vigentes y concepto correcto de derecho. Los conceptos vigentes dependen de convenciones lingüísticas contingentes –aun cuando siempre tienen una pretensión de adecuación al concepto correcto–, mientras que el concepto de derecho está vinculado a la naturaleza del derecho, que es única.

Considero que la idea de división del trabajo lingüística y la diferencia que plantea entre quienes adquieren un término y quienes adquieren los métodos para reconocer si ciertos objetos constituyen, efectivamente, la referencia de un concepto, es aplicable y permite comprender las categorías de posesión mínima y manejo acabado de un concepto –Raz– y de conceptos vigentes y concepto de derecho –Raz–.

Gaido, sin embargo, concluye que dado que la teoría de Raz como la de Alexy otorgan importancia radical a la idea de práctica jurídica

[14] Putnam, ob. cit, p. 156: *"HYPOTHESIS OF THE UNVERSALITY OF THE DIVISION OF LINGUISTIC LABOUR: Every linguistic community exemplifies the sort of division of linguistic labour just described; that is, it possesses at least some terms whose associated 'criteria' are known only to a subset of the speakers who acquire the terms, and whose use by the other speakers depends upon a structured co-operation between them and the speakers in the relevant subsets"*.

[15] Gaido incluso señala que, desde la concepción de Raz, cabe también distinguir el manejo acabado del concepto de su articulación –mínima o acabada–, de modo tal que aun quienes tienen un conocimiento acabado pueden incurrir en errores. Cfr. Gaido, ob. cit, p. 52.

–para identificar cuál es el valor que el derecho aspira a realizar, es decir, para identificar su normatividad–, la idea de concepto de ambos era de naturaleza convencional. En el caso de Raz, completamente convencional, porque este autor habla de la elucidación de 'nuestro' concepto de derecho; mientras que en el caso de Alexy, la concepción de concepto sería parcialmente convencional –solo en lo que no respecta a la idea de concepto correcto, o de pretensión de corrección–.

Sin embargo, esta conclusión implica una cierta concepción de práctica jurídica –y de práctica social, en general–, que identifica práctica con convención o que, al menos, entiende que la práctica es causada por la convención. Existe, no obstante, otro modo de concebir a las prácticas sociales que no explica las mismas a través de la idea de convenciones, sino a través de estándares o criterios sustantivos sobre los objetos –en este caso, los valores– que dichas prácticas involucran. Teniendo esto en cuenta, creo que es posible la comprensión de las conclusiones sobre teorías desde una clave esencialista, como la planteada por las semánticas K-P.

La idea de práctica social –y de práctica jurídica en particular–, como decíamos, puede ser individualizada de acuerdo, nuevamente, al Modelo Criterial. Es decir, de acuerdo a los criterios compartidos respecto de qué es, o en qué consiste, la práctica en cuestión; en nuestro caso, la práctica jurídica. Sin embargo, si para la comprensión de la práctica apelamos a standards sustantivos sobre lo que la práctica es –o sobre lo que la realización del valor al que aspira, requiere–, la consecuencia varía, permitiendo cierto grado de objetividad dentro de la misma práctica. Puede objetarse esta conclusión a partir de la propuesta del convencionalismo profundo. Si bien un análisis detallado de esta corriente exigiría un desarrollo mucho más extenso del que aquí puede abarcarse, sí podemos cuando menos señalar algunos puntos fundamentales sobre la misma. Como señala Gaido, esta corriente afirma que *"…existiría una manera diferente de entender los conceptos desde una posición criterialista, asociada a un convencionalismo profundo. De acuerdo con esta posible perspectiva, la existencia de conceptos se mostraría en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas del concepto. La posesión de un concepto,*

de esta manera, estaría más relacionada con una habilidad en su uso, en el sentido de ser capaz de identificar casos paradigmáticos de aplicación en condiciones normales. Los conceptos siguen siendo entendidos como el conjunto de propiedades necesarias y suficientes asociadas al objeto. Sin embargo, la transparencia de estas propiedades solo sería accesible a aquellos que manejan el concepto de manera acabada"[16].

En este sentido, el error (incluso generalizado) y el desacuerdo, como así también las distinciones de Raz y de Alexy respecto de posesión mínima y manejo acabado del concepto, podrían explicarse desde este tipo de convencionalismo. Sin embargo, y aunque la cuestión merece un análisis profundo, explicar el error y el desacuerdo desde esta concepción parece plantear otro problema: si la extensión del concepto de derecho –y de conceptos asociados– está determinada de acuerdo al Modelo Criterial –es decir, por las propiedades definitorias del concepto– no se explica el uso del concepto por quienes no tienen conocimiento de sus propiedades. Si este grupo puede identificar –y de hecho identifica– casos paradigmáticos de aplicación del concepto, esto parece estar ligado a la relación entre ese concepto y la práctica de la comunidad a la que ese subgrupo pertenece, y no al conocimiento de las propiedades definitorias como constitutivas de la extensión.

En otras palabras, si por práctica social se entiende exclusivamente convención social –y por convención, acuerdo acerca de las propiedades definitorias–, el modelo del convencionalismo profundo puede dar una respuesta a la cuestión del error y del desacuerdo en el derecho. Sin embargo, si tomamos en cuenta que existe otro modo de entender el problema, que consiste en ligar la práctica social no a los significados –no a las propiedades definitorias del concepto o de los conceptos implicados en esa práctica– sino a teorías sustantivas acerca de lo que esas prácticas refieren, la objeción no parece ser superable desde el convencionalismo. Desde este punto de vista alternativo sobre la práctica social, no se negaría la importancia del significado convencionalmente fijado dentro de la práctica, pero tampoco podría afirmarse que la práctica está determinada por la convención,

[16] Gaido, ob. cit, p. 25.

no al menos exclusivamente. Si esto es así, la respuesta del convencionalismo profundo no explica el error y el desacuerdo a partir de las convenciones, sino a partir de las prácticas, y las prácticas remiten a teorías sustantivas acerca de lo que el concepto de derecho –o de conceptos asociados– de hecho refieren.

Retomando entonces a la pregunta, central en el libro discutido, sobre los presupuestos metateóricos en las teorías del derecho de Raz y Alexy, creo que es posible analizar estos presupuestos –particularmente el presupuesto relativo a la idea de concepto implicada– desde la concepción de las semánticas K-P. Esto permitiría, según entiendo, explicar más acabadamente la noción de desacuerdo y de error respecto del concepto de derecho, dando lugar a que aun los contenidos de los conceptos –como ocurre con el contenido del concepto o de nuestro concepto de derecho– que dependen de las prácticas sociales, sean pasibles de críticas objetivas.