

## INTRODUCCION

Paula Gaido

Carlos Rosenkrantz propone la discusión de una tesis fuerte, y esta es la que sostiene que no hay derecho sin autoridad; o, en otras palabras, que afirmar la existencia del derecho es afirmar su fuerza obligatoria. A su vez, extrema las conclusiones que de ella se derivan al sostener que hay circunstancias en las que el derecho puede vincular incluso a aquellos que son víctimas de la injusticia económica y social producida por las reglas de juego que el propio derecho genera. La empresa con la cual está comprometido Rosenkrantz es una filosófica y normativa. Es así como lo que le interesa es proponer un concepto de derecho que incluya la idea de autoridad, de manera tal que sea posible sostener que el derecho es fuente de razones *pro tanto* para actuar.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cabe aquí precisar aquello que en la literatura vinculada a las razones para la acción se entiende por razones *pro tanto* para actuar. Usualmente, cuando se usa la expresión “razones *pro tanto*” lo que se busca es marcar una diferencia respecto de las razones *prima facie*, o, en todo caso, señalar una especificidad. De esta manera, cuando se intenta distinguir entre razón *prima facie* y razón *pro tanto*, al usar la expresión “razón *prima facie*” se hace referencia a algo que “a primera vista” parece ser una razón o “creemos” que es una razón, pero -todas las cosas consideradas- puede no serlo. Desde esta perspectiva, una razón *prima facie* no sería una auténtica razón y, en este sentido, nunca entra en genuino conflicto con otra razón, ya que todo conflicto es aparente. Es así como esta visión permite articular una concepción epistémica del conflicto práctico, esto es, una concepción que sostiene que todo conflicto de razones es aparente y que lo que en realidad sucede es que no sabemos qué razones para actuar tenemos. Cuando, en cambio, se usa la expresión “razones *pro tanto*” -como algo distinto o como una variante de las razones *prima facie*- se quiere hacer hincapié en la idea de que son razones que siempre tienen una valencia aun cuando sean superables por otras que determinen aquello que -todas las cosas consideradas- se debe hacer. Una razón *pro tanto* para actuar, en este sentido, es siempre una consideración relevante y contribuye al resultado. A su vez, puede

Toda teoría plausible de la autoridad del derecho tendrá que explicar, según Rosenkrantz, por qué los ciudadanos tienen la obligación de obedecer el derecho simplemente porque es derecho. A su vez deberá satisfacer dos requisitos: a- de generalidad, ya que tendrá que explicar por qué *todos* los súbditos del derecho deben obedecerlo, y b- de particularidad, ya que tendrá que explicar por qué *sólo* los súbditos del derecho deben obediencia. A partir de establecer estos requisitos teóricos, Rosenkrantz concluye que sólo una concepción asociativa de la autoridad puede satisfacerlos, ya que una concepción de este tipo circunscribe la vinculatoriedad del derecho a los miembros de la comunidad política. Su estrategia se basa en la asignación a la comunidad política de un valor digno de preservación, del cual deriva el valor del derecho como instrumento constitutivo de la comunidad y herramienta que hace posible el cambio de la comunidad en tanto comunidad (lo que Rosenkrantz denomina *valor del cambio sistémico*). Así llega a la conclusión de que dado que no hay derecho sin autoridad no hay derecho fuera de la comunidad política.

Un punto central del trabajo de Rosenkrantz es, de esta manera, la articulación del test de membresía o pertenencia a la comunidad política, que

---

entrar en conflicto genuino con otras razones y luego ser vencida, pero no neutralizada (aquí lo que traza la diferencia entre “ser vencida” y “ser neutralizada” es que cuando una razón es vencida no determina el resultado pero deja una *huella* –i.e. remordimiento- por no haber podido actuar como ella requiere; cuando una razón es neutralizada, por el contrario, no deja *huella* alguna). De esta manera, esta perspectiva permite articular una concepción no epistémica del conflicto práctico. Ello implica que pueden darse auténticos conflictos de razones que no consisten en un defecto o límite de nuestro conocimiento, sino en el hecho de que se aplican al caso razones que requieren cosas incompatibles. Es bajo esta luz que hay que entender la idea de razón *pro tanto* de Carlos Rosenkrantz. Debo todas las distinciones trazadas en esta cita a Cristina Redondo. Para profundizar en ellas se puede recurrir a su trabajo ‘Reglas “genuinas” y positivismo jurídico’, *Analisi e Diritto* 1998, *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Paolo Comanducci y Ricardo Guastini (eds.), editorial Giappichelli, págs. 243-276. Es oportuno recordar que la discusión contemporánea sobre este tema parte del trabajo de David Ross *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 1930.

tendría como patrón evaluativo su propia concepción de la comunidad política. Una comunidad política es para Rosenkrantz el resultado de la conjunción entre la *aspiración* de moldear en conjunto un *destino común* y la *convicción* de que en comunidad es más fácil proveer a la satisfacción de las *necesidades o intereses individuales*. Es esta concepción de la comunidad política la que Rosenkrantz propone que hay que tener en cuenta para evaluar el carácter satisfactorio de todo test de membresía o pertenencia. De esta manera, el test de membresía que elabora exige tanto que se tenga la *posibilidad normativa* de ser partícipe y beneficiario en los procesos de decisión colectiva (no la efectiva participación), cuanto la *posibilidad empírica* de participar o la *posibilidad empírica* de que los intereses propios cuenten. La idea subyacente en este test es que la agencia individual es secundaria como valor político. Para Rosenkrantz la cuestión relevante cuando lo que se busca es explicar por qué debemos obedecer al derecho es si podemos afirmar que el derecho es el *producto colectivo* de la comunidad a la que pertenezco o de la que soy miembro. Como se dijo, el valor del derecho es subsidiario del valor de la comunidad, y para Rosenkrantz la existencia de cualquier comunidad -superado el test de membresía- tiene un valor para aquellos que a ella pertenecen.

\*

Lucas Grosman, Marisa Iglesias, Jorge Rodríguez y Hugo Seleme son los encargados de someter a crítica la concepción sobre la autoridad del derecho de Rosenkrantz. Las objeciones desarrolladas por los autores recorren argumentos complejos que, simplificando de manera radical, podrían nuclearse en cuatro puntos principales:

- 1- carácter de la empresa filosófica de Rosenkrantz
- 2- plausibilidad de las teorías asociativas en la explicación de la autoridad del derecho
- 3- plausibilidad de las condiciones del test de membresía

4- vinculatoriedad de las víctimas de la injusticia económica y social al derecho

\*

La primera crítica apunta al modo ambiguo en que Rosenkrantz plantea su empresa filosófica. En la versión inicial de sus argumentos no queda claro desde qué perspectiva la membresía es una condición necesaria para poder hablar de la autoridad del derecho. No queda claro si es una condición que Rosenkrantz observa en nuestras prácticas jurídicas, si es una condición que resulta de una elucidación de nuestro concepto de derecho, o si es una condición que propone como necesaria de un concepto satisfactorio de derecho. Éste es un punto que Grosman lo obliga a fijar, y es relevante ya que críticas posteriores dependerán en parte de su respuesta. Como se advirtió, Rosenkrantz está comprometido con una empresa filosófica y normativa, y su propósito es ofrecernos un concepto de derecho que comprenda su fuerza vinculante. Para ello, desarrolla un concepto de derecho que incluye a la membresía como una de sus condiciones necesarias. Si el concepto de membresía que Rosenkrantz propone es normativo, lo que pasa a estar en cuestión son las razones que justifican su diseño. Y si su respuesta fuera -como es- que su concepto de membresía es el que mejor sirve a su concepto de comunidad política, y que toda comunidad política tiene un valor que el derecho tiene que preservar, lo que está en cuestión es la plausibilidad de la (*su*) idea de comunidad política como condición necesaria y suficiente para dar cuenta de la obligatoriedad del derecho.

Ésta es la segunda línea de crítica que se recoge cuando se critica a Rosenkrantz por considerar a las teorías asociativas adecuadas para la explicación de la autoridad del derecho. Aquí se apuntaría fundamentalmente a dos cuestiones. Por un lado, se objetaría el carácter fragmentado con que cualquier teoría asociativa podría dar cuenta del derecho como fuente de obligaciones. Se sostiene que desde una teoría asociativa sólo se podría dar cuenta, en principio, de la autoridad del derecho respecto de los miembros de

la comunidad política dejando sin explicar las obligaciones que el derecho genera para todos los destinatarios de sus normas. Por otro lado, se apunta a que el carácter obligatorio o no del derecho no depende de la pertenencia a ninguna comunidad política, sino de su ajuste a ciertos principios de justicia. Es así como se afirma que la relación de membresía a una misma comunidad política no constituye un hecho normativamente relevante que permita justificar la autoridad del derecho. A su vez, también se sostiene que, aun admitiendo que la pertenencia sea una condición necesaria para la vinculatoriedad del derecho, ésta no sería una condición suficiente. Grosman, Rodríguez y -también en algún sentido- Seleme son quienes desarrollan distintos aspectos de este argumento.

La tercera y cuarta línea de crítica vienen de parte de aquellos que, aun aceptando los compromisos asociativistas de Rosenkrantz, disputan las condiciones de membresía de su test por ser poco robusto. Interesan en particular estas críticas ya que es principal interés del debate poner a prueba la concepción de la autoridad del derecho de Rosenkrantz en circunstancias donde decir que las víctimas de la injusticia económica y social están obligadas por el derecho parece difícil de justificar. La crítica busca mostrar a Rosenkrantz por qué desde la propia concepción de la comunidad política que sostiene -o desde una concepción de la comunidad política que se considera más plausible- no es posible incluir como miembros a aquellos a los cuales el derecho no garantiza mínimos sustantivos. Esto es así por las razones subyacentes que justifican a las condiciones que es necesario satisfacer para superar el test de membresía, y que hacen pie en la consideración de todo individuo como fuente de razones (o igual fuente de razones). Iglesias y Seleme son los encargados de articular estas críticas en distintas direcciones, coincidiendo en que no sería posible sostener que el derecho conserva autoridad si no garantiza mínimos sustantivos que permitan el efectivo ejercicio de su membresía.

\*

Lo que está en cuestión en la discusión es si se puede ofrecer una teoría

sobre la autoridad del derecho en particular, o si ella será siempre subsidiaria de una teoría de la autoridad en general. Dicho con otras palabras, es parte central del debate que se presenta si el derecho es fuente de razones genuinas para actuar o si ello siempre dependerá de su ajuste a otro tipo de razones (i. e. morales). Es así como en el desarrollo de todos los argumentos hay una tensión que se basa en la presuposición de dos puntos de partida opuestos: unidad o fragmentación del razonamiento práctico.<sup>2</sup> Para Rosenkrantz la Filosofía del Derecho debe estar comprometida con una tarea práctica; esto es, una que nos muestre por qué debemos obedecer al derecho *qua* derecho, por qué el derecho es fuente de razones genuinas para actuar, lo cual lo compromete con la concepción que sostiene la fragmentación del razonamiento práctico.<sup>3</sup> Parte en su búsqueda filosófica de una doble intuición: que la vida en comunidad tiene un valor intrínseco -esto es, que sin un contexto comunitario no habría convivencia justa posible-, y que el valor del derecho

---

<sup>2</sup> No siempre es claro aquello a lo que se hace referencia con la expresión “unidad del razonamiento práctico”. De manera usual se hace referencia a un sistema ordenado de razones de forma tal que en caso de conflicto siempre es el mismo tipo de razones el que prevalece. Por oposición, quienes sostienen la fragmentación del razonamiento práctico admiten que las razones para actuar no se presentan como un todo ordenado y que, a su vez, sería posible la existencia de conflictos entre razones de distinta clase (jurídicas, morales, religiosas, etc.) susceptibles de ser resueltos de modo diverso, y en los que las razones jurídicas algunas veces tienen prioridad, pero no siempre. Un desarrollo de estas ideas puede encontrarse en Cristina Redondo ‘El carácter práctico de los deberes jurídicos’, *Doxa 21-II*, 1998, págs. 355-370.

<sup>3</sup> Como se advirtió, para Rosenkrantz las razones jurídicas son razones genuinas para actuar pero *pro tanto*, no concluyentes. De esta manera, según Rosenkrantz uno explica la autoridad del derecho si explica por qué el derecho nos da razones para actuar en todos los casos, independientemente de que las razones que el derecho nos da sean o no razones concluyentes o determinantes de lo que debemos hacer todas las cosas consideradas. A su vez, teniendo en cuenta la ambigüedad de la expresión “razón excluyente”, cabría advertir que Rosenkrantz considera a las razones jurídicas como razones excluyentes en el sentido de que ni su identificación ni su relevancia práctica depende de su ajuste a pautas morales, sino del hecho de tener como origen a la comunidad política relevante. Las razones jurídicas, no obstante, no indican todas las cosas consideradas cómo debemos actuar, y podrían competir con otro tipo de razones sobre aquello que deba hacerse. Hay que destacar que Rosenkrantz, sin embargo, no ofrece en su argumentación ningún criterio que permita determinar el peso de las razones en caso de conflicto.

es que hace posible la vida en comunidad. De ahí su conclusión de que el derecho es una precondición para la justicia. Es esta idea nuclear -y la red de argumentos que la articulan- la que sus críticos desafían en esta discusión.