

LA POLÉMICA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. ROBERT ALEXY Y EUGENIO BULYGIN*

THE DEBATE ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND
MORALITY. ROBERT ALEXY AND EUGENIO BULYGIN

NATALINA STAMILE
Università degli studi di Bergamo

Fecha de recepción: 8-1-18

Fecha de aceptación: 24-7-19

Resumen: *Uno de los objetivos de este estudio es analizar la polémica sobre las relaciones entre Derecho y moral de Eugenio Bulygin y Robert Alexy, considerados dos de los mayores teóricos y filósofos del Derecho. Primero, en el estudio se considera las características de los aspectos fundamentales de la controversia entre el Derecho y la moral. Luego, el enfoque se dirige a la tesis no positivista de Alexy sobre el argumento de la pretensión de corrección como un elemento necesario del Derecho y sus argumentos a favor de una conexión entre Derecho y moral. A continuación se analiza la tesis positivista de Eugenio Bulygin, que sostiene la concepción contraria, es decir, enfatiza la separación entre el Derecho y la moral, y sus críticas basadas en la afirmación de la concepción del Derecho como una ciencia puramente descriptiva y no evaluativa, con un escepticismo ético. Ciertamente algunas de las características de la filosofía de Alexy y de Bulygin y algunos de sus escritos sobre la filosofía jurídica han provocado frecuentes cuestionamientos.*

* Estas notas reproducen, con variaciones y adiciones, el texto presentado al Congreso IVR Washington 2015, Especial Workshop: Bulygin's Philosophy of Law/La filosofía del Derecho de Eugenio Bulygin. Agradezco a todos quienes han intervenido en este debate, a los organizadores y a los participantes por los comentarios que hicieron. Especialmente a Juan Pablo Alonso, Pablo E. Navarro, Fco. Javier Ansuátegui Roig y Valerio Maria Cuteri, les agradezco la oportunidad de desarrollar reflexiones y de debatir sobre el tema. A Rosana Gatto y a Myriam Janeth Silva Pabón por sus consejos sobre estilo. La autora desea agradecer también al Centro de Asesoramiento a la Publicación académica, CAPA (<http://www.capa.ufpr.br>) de la Universidade Federal do Paraná (UFPR) por la asistencia en la edición en lengua española.

Abstract: *One of the aims of this study is to analyze the relationship between Law and morality through Eugenio Bulygin and Robert Alexy who could be considered two of the most important legal theorists and legal philosophers. First, the paper considers characteristics of the fundamental features of the controversy between Law and morality. Then, the focus turns to Alexy's non-positivist thesis about the argument of the claim of correctness as a necessary element of the Law and his arguments in favor of a connection between Law and morality. Next, on the contrary, Bulygin, a positivist, emphasizes the separation between Law and morality. Criticisms formulated by Eugenio Bulygin affirm the conception of the Law as a purely descriptive and non-evaluative science, in addition to an ethical skepticism. Undoubtedly some of the characteristics of Alexy's and Bulygin's philosophies and some of their writings on legal philosophy have caused frequent questioning.*

Palabras clave: Derecho y moral, pretensión de corrección, Teoría de la argumentación jurídica, positivismo jurídico, justicia

Keywords: Law and morality, claim of correctness, Theory of legal argumentation, legal positivism, justice

1. INTRODUCCIÓN

Para introducir y desarrollar el análisis sobre el diálogo entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin se podría reportar la afirmación de Jürgen Habermas sobre el positivismo jurídico, es decir que este no garantizaría la corrección sino sólo la seguridad jurídica¹. Con el fin de entender mejor el diálogo entre ellos es necesario hacer una pequeña introducción a sus distintos antecedentes culturales. Es así que, con referencia a Alexy, por un lado es necesario introducir, sucintamente, el debate sobre algunas reflexiones formuladas por Ronald Dworkin que junto a Habermas elabora una visión deontológica pero no axiológica de la teoría sobre los derechos². Según Dworkin, en el discurso jurídico no hay sólo razones jurídicas, sino también razones que tienen una naturaleza extrajurídica, especialmente la moral y ética, y su propio consumo puede ser capaz de superar la visión de separación formulada por el positivismo jurídico. De hecho, si pensamos en la decisión que un juez toma en relación con un caso en particular, él mues-

¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado de Derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010, p. 249.

² G. BONGIOVANNI, "La teoría "costituzionalista" del diritto di Ronald Dworkin", en G. ZANETTI, (ed.), *Filosofi del diritto contemporaneo*, Raffaello Cortina editore, Milano, 1999, pp. 247 ss.

tra que ha sido influenciado también por instancias teleológicas y principios morales. Así que el discurso jurídico parece abierto a razones de carácter extrajurídico. Por lo tanto, esta visión parece adaptarse perfectamente a la distinción entre principios y reglas de las que hablan tanto Dworkin, Alexy y Habermas. El positivismo jurídico parece aceptar con recelo la presencia de los principios y por eso admite sólo las reglas, como ha notado Habermas

“[...] el positivismo llega a una falsa tesis de autonomía, porque entiende el Derecho como un sistema cerrado de reglas que vienen ya determinadas pensando en su aplicación específica, las cuales harían menester en caso de coalición, una decisión todo-o-nada, dejada a la discreción del juez. Y es sólo esta concepción unidimensional del Derecho, como un sistema de reglas exento de principios, el que obliga a sacar la conclusión de que las colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que cabe sólo eliminar ya en términos decisionistas. En cuando se admiten los principios, y se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, efectuada a la luz de principios, y se reconocen, por tanto, los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas”³.

Sin embargo, pensar en la validez de la norma (o la regla), como es entendida por parte de los positivistas, no dice nada sobre su contenido, es decir que una norma (o una regla), no obstante haya sido promulgada de manera imparcial, podría realizar cualquier contenido. Por lo tanto, como señala Habermas, no es suficiente que la norma sea válida para garantizar la justicia en cada caso⁴. Tal consideración, así formulada, también podría valer con respecto a los principios, de hecho la validez de un principio no tiene nada que ver con su correcta o imparcial aplicación. Pero para Dworkin los principios tienen un significado deontológico y no podrían ser interpretados como valores de la que deriva su validez universal. Sin embargo, definir un principio como carácter deontológico significa atribuirle un espacio de indisponibilidad y esto se traduce como una irreductibilidad de las razones extrajurídicas al Derecho positivo.

Por ello, Dworkin esboza la llamada “Comunidad de principio”, donde nace y florece la “interpretación constructiva” y el juez, el moderno

³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 279.

⁴ *Ibidem*.

Hércules, en este contexto, será capaz de tomar la única respuesta correcta sobre la base de los principios que son el resultado tanto de un desarrollo histórico específico como de una concepción unitaria de una constitución. Dworkin, de este modo, intenta argumentar que los precedentes tienen un peso diferente en las decisiones hodiernas, por lo que al final Hércules también puede “dejar como errónea cualquier parte de la historia institucional”⁵. Procediendo de esta manera constructiva, la teoría jurídica debe ser tan selectiva como para ser capaz de autorizar cada vez “la única solución correcta”⁶.

No obstante, Habermas que reconoce la importancia de los principios, entra en polémica con Dworkin, sosteniendo que la única seguridad posible es una seguridad jurídica producto de un procedimiento, en cuanto

“la formulada teoría del Derecho da la posibilidad de cambiar las decisiones correctas (para cada caso concreto “la única solución correcta”) que garantizan la seguridad jurídica en un plano distinto. Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión de un procedimiento fair, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de Derecho que resultan pertinentes”⁷.

Por lo tanto, la presencia de los principios admite la concepción procedimentalista del Derecho y

“al contrario de lo que supone la exigencia de coherencia ideal del Derecho vigente, la interpretación coherente de un caso dentro de un paradigma jurídico fijo permanece esencialmente infradeterminada; pues tal interpretación ha de competir con otras interpretaciones asimismo coherentes del mismo caso en paradigmas jurídicos alternativos. Y por esta razón habrá de ser una comprensión procedimentalista del Derecho la que señale el nivel o plano en el que los

⁵ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavano, Ariel, Barcelona, 1984, passim.

⁶ Ibidem.

⁷ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 291, el cual precisa que: “así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera de las razones, sino sólo razones relevantes. Si consideramos el Derecho vigente como un sistema normativo idealmente coherente, esta seguridad jurídica dependiente del procedimiento puede satisfacer las expectativas de una comunidad jurídica preocupada por su integridad, orientada por principios, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten”.

paradigmas jurídicos, convertidos en reflexivos, se abran los unos a los otros y puedan acreditarse en la diversidad, movilizada en cada caso, y que representen las distintas interpretaciones posibles de la situación”⁸.

Entonces, es claro cómo las múltiples interpretaciones, de las cuales habla Habermas, no pueden ser atribuidas a un sólo y único juez, contrariamente a cuanto sostiene Dworkin, como hemos visto antes. Tales consideraciones son necesarias para Habermas, vale aquí sólo a modo indicativo, para introducir la interpretación procedimental del Derecho en la teoría de la democracia, porque en su opinión sólo una concepción procedimental del Derecho es capaz de legitimar la democracia⁹. A través de tales interpretaciones procedurales se pueden obtener argumentaciones jurídicas que hacen aceptar los juicios normativos de manera racional. Entonces, son los argumentos a fundar las “pretensiones de validez” precedidos por enunciados descriptivos o normativos en los que Habermas desarrolla su teoría del discurso del Derecho. Por tanto, como algunos estudiosos han comentado, la teoría del discurso hace depender la aceptabilidad racional de las normas o de las decisiones judiciales del cumplimiento de las condiciones de validez, y esto se hace a través de motivaciones producidas mediante argumentos¹⁰. Sin duda, también, la tesis formulada es susceptible de una serie de críticas y objeciones, *in primis*: ¿cómo hacen las condiciones procedurales para permitir decisiones justas y correctas? Frente a esta crítica Habermas toma una posición de integración entre cuestiones jurídicas y morales, y afirma que

[...] el principio de discurso, que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimientos que regulen las negociaciones de suerte que estas resulten ser fair. [...] Pues, las condiciones procedimentales bajo las que los

⁸ Ivi, pp. 292 y 293. El autor afirma que «los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida en que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación, y contra otras posibles interpretaciones pertinentes de los derechos y de los principios, efectuadas a la luz de nuevas experiencias históricas [...] Paradigmas “cerrados”, que a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación se estabilizan ellos mismos y sólo pueden ya revisarse internamente, es decir, recurriendo a sus propios criterios, se exponen además a una objeción metodológica mediante la cual vuelve a hacerse valer el escepticismo del realismo jurídico».

⁹ G. GOZZI, “Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva” en G. ZANETTI, *Filosofía del diritto contemporanei*, cit., pp. 305 ss.

¹⁰ Ivi, p. 290.

compromisos a que fácticamente se llegue pueden tener también a su favor la presunción de ser fair, tienen que ser justificadas en un discurso moral. Además las negociaciones sólo pueden ser admisibles o necesarias cuando están en juego intereses particulares, es decir, intereses que por principio no sean susceptibles de universalización, lo que a su vez ha de comprobarse en discursos morales. Las negociaciones fair no destruyen, el principio de discurso, sino que lo presuponen”¹¹.

Además, parece que la tesis de la conexión entre Derecho y moral llamada “argumento de la mera existencia” se acerca a la posición de Habermas en cuanto sostiene que el Derecho tiene la función de sanar los defectos típicos de la moral haciéndola llegar a ser cierta y eficaz¹². Entonces, parece claro cómo la relación de integración y de complementariedad entre el Derecho y la moral es una relación que se caracterizaría por ser peculiar, en el sentido de que el consenso moral conduciría a una forma de integridad política¹³. Por tanto, volviendo a dirigir nuestra atención al pensamiento formulado por Alexy y al diálogo con Bulygin, porque la intención es la de incluirlos en el debate, es necesario señalar que Alexy comparte la postura sobre la conexión entre Derecho y moral no obstante ofrece argumentos distintos con respecto a Dworkin. Por ejemplo, Alexy comparte la distinción entre reglas y principios pero contrasta con Dworkin justo en este aspecto, es decir, cuando Dworkin sostiene que entre un contexto institucional, los jueces virtuosos, como Hércules, pueden encontrar la “única respuesta correcta” para cada caso de colisión entre principios. Alexy rebate diciendo que hay sólo respuestas procesalmente racionales, compatibles también con respuestas absoluta y totalmente contradictorias.

¹¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., pp. 234 y 235.

¹² Véase: M. LA TORRE, *Norme istituzioni valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma - Bari, 1999, p. 306, el cual sostiene que el Derecho se justifica por el hecho de que los principios de la moral sufren de una elevada indeterminación y vaguedad cognitiva y normativa, es decir que son vagos en sus contenidos y sin una fuerte capacidad de motivación de las conductas. El Derecho, con sus procedimientos públicos de accertamiento, deliberación y ejecución, ofrece una brillante solución a ambos problemas de indeterminación.

¹³ Para una mayor profundización véase: M. LALATTA COSTERBOSA, “Diritto e Potere”, en M. LA TORRE - A. SCERBO (eds.), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 163 ss; Sobre el concepto de democracia, véase: M. LA TORRE, “Democrazia”, en M. LA TORRE - G. ZANETTI (eds.) *Seminari di Filosofia del diritto. Categorie dal dibattito contemporaneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000, p. 177 ss; también, J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., passim.

Bulygin, en cambio, tiene un antecedente cultural diferente y en la base de su concepción de la filosofía del Derecho están sobre todo la filosofía analítica y la lógica y la teoría pura del Derecho, debido en buena medida a la influencia de dos grandes lógicos y filósofos. Por un lado, Georg Henrik von Wright, cuya obra fue un modelo de análisis conceptual, y por otro lado Carlos E. Alchourrón. Los dos han dejado una profunda huella en su actividad filosófica¹⁴. Bulygin es uno de los mayores exponentes del positivismo jurídico y observa, a este respecto, que el mismo consiste en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. Esto implica varias consecuencias: el Derecho, siendo un producto de la actividad humana, puede ser bueno o malo, justo o injusto y consecuentemente no existe algo llamado Derecho natural. Además, si se considera la fórmula de Radbruch, es decir una norma injusta no puede ser una norma jurídica, todo Derecho sería justo porque “[...] no hay posibilidad de criticarlo por injusto, pero la crítica del Derecho es una parte muy importante del quehacer de los juristas. Para poder valorar y criticar el Derecho hay que conocerlo, pues el conocimiento de un objeto es lógica-

¹⁴ Véase: E. BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 86; para una mayor profundización véase también: P. E. NAVARRO, “Prólogo. Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea” en J. J. MORESO - M. C. REDONDO (eds.), *Un dialogo con la teoría de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid, 2007, el cual subraya las importantes contribuciones a la filosofía del derecho contemporánea por “un mítico ser filosófico: Carlos Eugenio Bulyrrón” y señalando también los aportes individuales. Además, el autor precisa que “aunque estas últimas reflexiones no pretenden desdibujar la importancia de su obra conjunta con Alchourrón ni matizar la enorme influencia que él tuvo en la obra independiente de Bulygin”, p. 17. Véase también: P. E. NAVARRO, *Laudatio de Eugenio Bulygin*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 20 de octubre de 2011. El autor reporta que el trabajo conjunto de Alchourrón y Bulygin “ha fluido a lo largo de 35 años con tal homogeneidad que -como recuerda David Mackinson en tono de broma- “[...] una generación de estudiantes en Buenos Aires creció bajo la ilusión de que el autor de la versión española del libro, publicada en 1975, bajo el título *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, fue un tal Alchourrón-Bulygin”, p. 4; y C. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. XVII, donde los autores precisan que “aunque algunos artículos aparecen firmados por Alchourrón, otros por Bulygin y muchos por Alchourrón y Bulygin, esto ocurre tan sólo para preservar la verdad histórica; en la realidad la coincidencia entre los enfoques teóricos es tan grande que no sería demasiado exagerado considerar que todos esos trabajos hayan salido de la misma pluma empuñada -según algunas malas lenguas “Alchourron-Bulygin”- por Carlos Eugenio Bulyrrón un personaje mítico, que sólo realiza actividades filosóficas”.

mente previo a su valoración”¹⁵. Y siempre Bulygin subraya que, sin duda alguna, el Derecho se compone también de valoraciones y que estas últimas sin embargo se pueden describir sin valorarlas. De esta manera, se puede afirmar que la “ciencia no valorativa” es un pleonasma y la “ciencia valorativa” una contradicción en los términos¹⁶. Bajo estas premisas el filósofo argentino considera el caso de que el Derecho no contiene una respuesta unívoca a un problema jurídico. Por ejemplo, en el caso de las antinomias o contradicciones normativas, se supone la existencia de más de una respuesta pero que son incompatibles; mientras que cuando no hay respuesta se delinean las lagunas normativas; además, considéranse los casos de penumbra y de lagunas de reconocimiento, es decir, cuando el lenguaje se presenta vago generando dudas si el caso cae o no dentro del ámbito de aplicación de la norma¹⁷. Por último, siempre en la perspectiva de Bulygin, la hipótesis más interesante se configura cuando el Derecho ofrece una solución clara y unívoca pero el juez la considera injusta o inconveniente¹⁸. A pesar de esta discrepancia, “si el juez encuentra una solución clara y unívoca, debe aplicarla. Pero si no la encuentra, igualmente tiene que resolver el caso y es aquí donde los caminos de la ciencia descriptiva del Derecho y la función del juez se bifurcan”¹⁹.

En definitiva, el presente estudio se compone de una breve reseña sobre las tesis más importantes a favor y en contra de una relación entre Derecho y

¹⁵ E. BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, cit., pp. 87-88. El autor destaca también que “[...] Sostener que un Derecho injusto no es Derecho se reduce en el fondo a un mero cambio de nombre: en vez de llamar ‘Derecho’ a las normas injustas, le ponemos otro rótulo, pero el cambio de nombre no cambia las cosas y no elimina las injusticias. Es cierto que el positivismo jurídico parece estar a la defensiva en la actualidad. Así piensan no sólo sus adversarios, sino también muchos positivistas”.

¹⁶ Ivi, p. 88.

¹⁷ Ibidem. Bulygin señala que «tanto en el caso en que hayan más de una respuesta y éstas sean incompatibles (antinomias o contradicciones normativas), como cuando el Derecho no contenga ninguna respuesta (lagunas normativas). También puede suceder que la solución que ofrece el Derecho esté formulada en términos vagos, de modo que no se sepa si el caso individual que tiene que resolver el juez está dentro o fuera del ámbito de aplicación de una norma general (casos de penumbra o lagunas de reconocimiento)». Además, para una crítica a la distinción entre lagunas de conocimiento y reconocimiento en *Normative Systems*, formuladas por Alchourrón y Bulygin, véase P. E. NAVARRO, “Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento” *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, 2006, pp. 190-228.

¹⁸ Ivi, p. 89.

¹⁹ Ivi, p. 90.

moral y un análisis detallado sobre la polémica entre Alexy y Bulygin junto a algunas reflexiones conclusivas.

2. BREVE INFORME SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Como sostiene Francisco Laporta: “Todo aquél que se aventura por los vericuetos de la filosofía del Derecho se topa antes o después con el tema de las relaciones entre Derecho y moral. Parece ser una aduana ineludible, un precio que hay que pagar por el viaje”²⁰. Una de las cuestiones más discutidas en el Derecho, no sólo en el ámbito de la filosofía del Derecho, es la relación que existe entre Derecho y moral, un asunto que parece estar inevitablemente condenado a la polémica. Por lo tanto, el problema central de ella, parece relacionarse con el concepto mismo de Derecho, por lo que ocupa un lugar fundamental en la filosofía del Derecho. Aunque los autores no siempre estén de acuerdo sobre cómo caracterizar este concepto, ni sobre cómo explicarlo, se entiende que la relación entre Derecho y moral constituye una base para la caracterización y descripción del Derecho en general. Por ejemplo, se ha señalado que “toda discusión acerca del concepto de Derecho, por compleja y aparentemente novedosa que pueda ser, deviene, tarde o temprano, en una discusión acerca de la relación entre Derecho y moral; se trata, en definitiva, de dilucidar si existe entre ambos algún tipo de conexión ineludible en algún sentido”²¹.

Por consiguiente, de manera sencilla y no exhaustiva, se pueden individualizar tesis y tipos de argumentos posibles a favor tanto de la separación, como también de la conexión entre Derecho y moral. Sin ninguna pretensión de agotar o enumerar por completo a las mismas, aquí se discuten de manera crítica las más importantes. Por un lado, en el primer caso, en el ámbito de la separación, se puede individualizar una tesis clásica, basada sobre la distinción entre la convicción (convencimiento) o conciencia y acción o conducta, es decir, el Derecho regula la conducta externa (acción) mientras que la moral se refiere a la actitud interna de cada persona (conciencia). Dicho de otra manera, la moral tiene que ver con los *fin*es de una conducta y el Derecho se ocupa de los medios adecuados para lograr esos objetivos y fines. Además,

²⁰ F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 7. El autor argumenta sobre la separación entre Derecho y moral y sus problemas.

²¹ Véase: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, *Anuario de filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, p. 131.

un criterio podría estar identificado con la idea de sanción, es decir que el Derecho necesita utilizar la fuerza por medio de la sanción, pero la moral no está garantizada desde cualquier mecanismo sancionatorio ni puede realizarse por medio de una utilización externa de la fuerza. Así que si el Derecho es coercible, la moral no lo es, pero se puede rebatir que algunas normas jurídicas no incluyen o formalizan siempre sanciones. Otro criterio podría ser la universalidad, es decir, la moral tiene una validez universal, contrariamente al Derecho, que tiene validez sólo en un determinado sistema jurídico, y su pretensión de validez tiene límites temporales y espaciales²². Cerca de esta consideración está la tesis formulada por Klaus Günther, discípulo de Jürgen Habermas, que ha criticado la teoría del caso especial de Alexy. El autor afirma que es necesario distinguir en el discurso práctico-moral un discurso de justificación y un discurso de aplicación. El primero se refiere solamente a la esfera del discurso moral y el segundo al discurso jurídico, entonces implicaría también la aplicación de la norma²³. Con respecto a la tesis de Günther, Habermas nota que dentro del discurso práctico-moral se distingue un aspecto de fundamentación y uno de aplicación, entendiendo, por un lado, la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación y, por otro, que el discurso jurídico queda descargado de cuestiones de fundamentación²⁴. Aunque Günther hace esta distinción, él mismo admite que en el ámbito de la moral están presentes tanto un momento típicamente de justificación cuanto otro de aplicación y la consecuencia de esta consideración es evidente: no se obtiene más una distinción homogénea.

Una distinta pero más conocida tesis a favor de la separación, es aquella formulada por Hans Kelsen. Es evidente la referencia a la teoría pura del Derecho, donde la moral representa el deber ser (*sollen*) contrariamente al Derecho, que se refiere a la esfera del ser (*sein*). Por lo tanto detrás de esta concepción está la descripción del Derecho como un sistema de normas que tienen un contenido de coacción, es decir, sanción²⁵. La distinción entre *sollen* y *sein* se encuentra también en la base de la tesis lógica defendida por Hart, “El Derecho así como es” determina el punto de vista jurídico y “el Derecho

²² Para una mayor profundización véase: L. L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630 ss.

²³ Véase: K. GÜNTHER, “Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation”, *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp.163-190.

²⁴ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 304.

²⁵ Véase: H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, *passim*.

así como debería ser” implica el punto de vista de la moral. La tesis lógica reclama la distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos, porque la moral, desde esta perspectiva, sería puramente subjetiva y sin posibilidad de un momento de conocimiento²⁶.

Por último, se señala la tesis formulada por el institucionalismo, es decir que sólo el Derecho es institucional porque es heterónomo y la moral es autónoma porque no puede ser institucional. La afirmación de que las normas jurídicas son casi siempre regulativas, es decir que se refieren solamente a conductas posibles, no tiene en cuenta que las normas jurídicas se componen tanto de normas regulativas como de normas constitutivas, que producen ámbitos posibles de acciones²⁷. Abreviadamente, utilizando las palabras de Bulygin, se puede resumir que el positivismo jurídico define el Derecho como un fenómeno social:

“un artefacto creado por el hombre, basado en hechos sociales complejos y fundado en última instancia en convenciones sociales. Una consecuencia directa de esta posición es una clara separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser (Bentham, Austin), entre descripción y valoración (Kelsen), entre Derecho y moral (Hart, Raz). Esta es la famosa tesis de separación (Trennungsthese, como se la llama en la literatura alemana) que consiste en sostener que no hay una conexión necesaria (conceptual o lógica) entre Derecho y moral y que es considerada habitualmente (y con razón) una característica definitoria del positivismo jurídico”²⁸.

Por otro lado están las tesis formuladas a favor de cualquier tipo de conexión entre Derecho y moral. Un primer argumento, conocido como “argumento de la injusticia”²⁹, se mueve en torno a la fórmula de Radbruch, es decir que cuando hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, se solucionaría atribuyendo prioridad al Derecho positivo, garantizado por el ordenamiento, y también cuando su contenido sea injusto e irracional; excep-

²⁶ Véase: H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, passim y también véase: Id., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, passim.

²⁷ Véase: J. R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, passim.

²⁸ E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?”, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 16.

²⁹ Ralf Dreier y Robert Alexy hablan de *Unrechtsargument*, véase: M. LA TORRE, *Norme istituzionali valori*, cit., p. 304.

to en el caso en que el contraste entre el Derecho positivo y la justicia resulte ser tan intolerable que “el Derecho injusto” debe ceder ante la justicia³⁰. Por ello, al comentar esta fórmula, Robert Alexy señala que consta de dos partes:

“En la primera parte se dice que las leyes positivistas pierden validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “medida insostenible”. Esto puede ser designado como “la fórmula de la intolerancia”. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es negada conscientemente” la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar “la fórmula de la negación””³¹.

Por lo tanto, mientras la fórmula de la intolerancia parece tener un carácter objetivo, por el contrario, la fórmula de la negación parece implicar un carácter subjetivo. Dicha fórmula de Radbruch no es así de simple como parece tras una primera lectura y, no obstante, lo característico es que no exige una perfecta coincidencia entre Derecho y moral, porque permite la existencia de un Derecho promulgado, eficaz y válido pero injusto, que ha creado una serie infinita de críticas y polémicas³².

El segundo argumento a favor de una vinculación entre Derecho y moral es llamado “argumento de la mera existencia”. Se trata de un argumento que se compone de dos variantes, una débil y otra fuerte. La primera versión es adoptada, por ejemplo, por Aleksander Peczenick, que ha señalado que la moral no es arbitraria y que es nuestra cultura la que nos obliga a aceptar algunas razones morales *prima facie*³³.

De esta manera, él elabora una teoría sobre la existencia de algunas razones a favor de la obligación moral *prima facie* general de obedecer al Derecho y propone la siguiente justificación de relaciones entre el Derecho y los deberes o pretensiones morales *prima facie*:

³⁰ G. RADBRUCH, “Gezetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” en Id., *Gesamtausgabe*, A. KAUFMANN (HG), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, v. 3, p. 89. La versión sucinta de la fórmula de Radbruch es la siguiente: “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas [...] La extrema injusticia no es Derecho”, p. 121 y p. 154.

³¹ R. ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Coruña*, núm. 5, 2001, p. 76.

³² Al respecto véase la infinita cantidad de referencias bibliográficas sobre este tema.

³³ A. PECZENICK, “Dimensiones morales del Derecho”, *Doxa*, núm 8, 1990, p. 100.

“El razonamiento moral es relativamente indeterminado, como consecuencia de su dependencia última de la intuición y la voluntad. [...] Sin embargo, la moral consiste, ante todo, en principios que uno debe sopesar y equilibrar entre sí. Distintas personas pueden estar de acuerdo acerca de cuáles son los principios relevantes para el problema moral en cuestión, y sin embargo, discrepar al sopesarlos y equilibrarlos. Un caos moralmente objetable podría darse en una sociedad moderna, si ésta ya no tuviera un ordenamiento jurídico, es decir, un sistema normativo que esté bien determinado y hecho público. Es, por tanto, moralmente mejor tener una sociedad que posea un ordenamiento jurídico que en algunos casos conduce a decisiones moralmente incorrectas, que forzar a los individuos a confiar en sus propios juicios morales en todos los casos”³⁴.

La versión fuerte del argumento de la mera existencia es representada por Lord Devlin, que sostiene, sucintamente, que el Derecho tiene la función de proteger la vida y la continuidad de una comunidad o de una sociedad y por eso tiene el deber de implementar la moral positiva independientemente de la moral crítica³⁵.

Por último, pero no menos importante, se señala “el argumento hermenéutico trascendental”³⁶, es decir que cualquier tipo de toma de decisión jurídica por parte de un juez implica también una decisión moral. Como se señalaba antes en la introducción, una versión de este tipo de argumentación a favor de la conexión es formulada por Ronald Dworkin, es decir “el argumento de los principios”³⁷. A lado de eso está “la tesis del caso especial” defendida por Rober Alexy. La conexión entre Derecho y moral es basada sobre la descripción que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general y del discurso moral en particular, así que el Derecho sería dotado de una pretensión de corrección. Este último aspecto es muy controvertido y no faltan polémicas. Más allá, se atenderá al diálogo sobre este punto entre Alexy y Bulygin.

³⁴ Ibidem, todavía Peczenick precisa que “Razones todavía más fuertes apoyan nuestro deber de obedecer al Derecho en una sociedad *democrática*. La autoridad de los Derechos democráticamente creados se apoya, *inter alia*, en el principio de la mayoría. Este principio es una aproximación de un cálculo de preferencias humanas, aproximándose él mismo a la idea de lo moralmente bueno”.

³⁵ Véase: L. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1959.

³⁶ Véase: M. LA TORRE, *Norme istituzioni valori*, cit., p. 306.

³⁷ Por ejemplo véase: R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986.

En conclusión, citando Alexy, se pueden individuar dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.

“La primera sostiene la tesis de la separación, es decir que el Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. Así que entre Derecho y moral no existe ninguna conexión. Por otro lado la posición no positivista sostiene la tesis de la vinculación, es decir que el Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Tanto en las teorías positivistas como en las teorías no positivistas se encuentran diversas interpretaciones y acentuaciones”³⁸.

Dicho de otra manera, sería considerar la relación entre Derecho y moral, como un mero resultado de la inevitable polémica entre iuspositivismo e iusnaturalismo. Así, brevemente, y dirigiéndose a los fundamentos, se puede afirmar que la primera posición básica, la positivista, sostiene en general la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral aunque no excluye que podría existir una cualquier otra forma de establecer relación o relaciones. Se suele distinguir un positivismo exclusivo y un positivismo inclusivo³⁹. Para el primer tipo de positivismo, defendido sobre todo por Raz, la moral es necesariamente excluida desde el concepto de Derecho⁴⁰. Por el contrario, el positivismo inclusivo, por ejemplo en la versión adoptada por Jules Coleman, asume que la moral no necesariamente se excluye o incluye en el concepto de Derecho: la inclusión de la moral es una cuestión contingente y convencional dependiendo de lo que el Derecho positivo afirma⁴¹. Como nota Bulygin el positivismo inclusivo destaca que la moral no es nece-

³⁸ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 13-14.

³⁹ En la opinión de Robert Alexy, dentro el iuspositivismo la distinción entre positivismo jurídico exclusivo y positivismo jurídico inclusivo es la distinción más importante con referencia a la relación entre Derecho y moral. Véase: R. Alexy, *La natura del diritto. Per una teoria non - positivista*, trad. it. de N. Stamile y P. Chiarella, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 6. También vease: Id., “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 25, 2012, p. 4. Sobre el papel dominante que ha desempeñado el positivismo en la filosofía contemporánea véase también: P. E. NAVARRO, “Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 133-163; VV. AA. “Positivismo giuridico e oggettività dei valori”, *Diritto&Questioni pubbliche*, núm. 1, 2001.

⁴⁰ J. RAZ, *The authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, en particular p. 47.

⁴¹ Véase, J. COLEMAN, “Authority and Reason”, en R. P. GEORGE (ed), *The Autonomy of Law. Essay on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, en particular, p. 316.

saría, sino contingente. al Derecho, al menos en las democracias constitucionales modernas⁴², aún más subrayando que:

*“los intentos de muchos positivistas y de casi todos los anti positivistas de dar cuenta de la normatividad del Derecho están basados en un malentendido. Mi tesis principal es que el problema de la normatividad del Derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico, sino moral y que, por lo tanto, su solución pertenece al campo de la filosofía moral y no al de la filosofía jurídica”*⁴³.

Por ello, las respuestas anti positivistas calificadas como iusnaturalistas se distinguen porque sostienen que, aunque el Derecho se refiere a hechos sociales, esto no agota el mismo concepto de Derecho, que se compone también de valores morales, especialmente el de la justicia⁴⁴. Así, por otro lado, la segunda posición básica, la no positivista, sostiene *la tesis de la vinculación*, es decir, que el Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Tanto en las teorías positivistas como en las teorías no positivistas se encuentran diversas interpretaciones y se resaltan distintos rasgos fundamentales, por ejemplo, las influencias que ejercen sobre algunos conceptos básicos, como la noción misma de Derecho, el Estado de Derecho, la democracia, y la discusión problemática sobre la relación entre Derecho y moral).

⁴² E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?” cit., pp. 16-17. El autor reporta que Jules Coleman sostuvo que el Derecho no sólo no impone deberes morales, sino que es un error pensar que una teoría jurídica adecuada debe explicar la fuerza normativa del Derecho. El Derecho sólo tiene valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que es una manera convencionalmente aceptada de producir consecuencias sociales deseables. Si hay un deber moral de hacer lo que el Derecho ordena, el hecho de que esa conducta es requerida por el Derecho no desempeña ningún papel en una teoría defendible que pretenda dar cuenta de ello. La conclusión de Coleman es que en vez de sentirse molestos sobre las implicaciones de la tesis de la separación, los positivistas deberían festejar el hecho de que ellos no pueden dar cuenta de la obligatoriedad del Derecho. La regla de reconocimiento no es más que una regla social y no proporciona ningún fundamento para la obligación.

⁴³ Ivi, p. 16.

⁴⁴ Ibidem. Al respecto Bulygin explícitamente afirma que “Las teorías jusnaturalistas sostienen que la referencia a hechos sociales en los que se origina el Derecho no agota el concepto de Derecho, que contiene, además, otro aspecto relacionado a valores morales y muy especialmente al valor justicia. Así, por ejemplo, Alexy habla de una dimensión ideal del Derecho, consistente en su pretensión de corrección moral; Nino considera que el Derecho es parte de la moral; otros autores como Dworkin o Garzón Valdés, sostienen que la moral necesariamente forma parte del Derecho”.

Precisamente, en este estudio se analiza la polémica sobre las relaciones entre Derecho y moral, de Eugenio Bulygin y Robert Alexy, que representan dos de los máximos teóricos y filósofos del Derecho. A partir de estas premisas, es decir, de una caracterización general y de una exposición breve de los rasgos fundamentales de la polémica entre Derecho y moral, se considera en detalle, a continuación, la discusión sobre el argumento de la corrección o de la pretensión de corrección, como un elemento necesario del Derecho para argumentar a favor de una relación entre Derecho y moral, así como la pretensión de que la corrección en el Derecho es una pretensión de justicia, propuesta por Robert Alexy, y las críticas formuladas por Eugenio Bulygin, que sostiene la concepción contraria, de la ciencia jurídica como ciencia puramente descriptiva y no valorativa, con escepticismo ético y de acuerdo totalmente con Coleman que los filósofos del Derecho deberían dejar de tratar de dar respuestas a preguntas que carecen de sentido⁴⁵. Ciertamente, algunas de las características de la filosofía de Alexy y de Bulygin y también algunos de sus escritos sobre la filosofía jurídica han provocado frecuentes cuestionamientos.

3. LA POLÉMICA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: ROBERT ALEXY Y EUGENIO BULYGIN

Se procede, en esta sección, a una reconstrucción de los puntos más relevantes para una comprensión clara de lo que Alexy ha sostenido en sus escritos, sobre todo respecto a su defensa de una cierta versión del concepto no positivista del Derecho, es decir, de la tesis de la conexión entre Derecho y moral formulada por medio de la pretensión de corrección del Derecho, y sucesivamente, se reconstruyen las críticas más eficaces que ha formulado Eugenio Bulygin.

3.1. Alexy y la pretensión de corrección del Derecho

Robert Alexy introduce la idea de la pretensión de corrección con el fin de argumentar a favor de la relación conceptual entre el Derecho y la moral. Tal pretensión de corrección es definida como una pretensión de justicia, elemento necesario del mismo concepto de Derecho para que se establezca una

⁴⁵ Ivi, p. 17.

conexión entre el Derecho y la moral⁴⁶. Alexy, junto a Dworkin, parece representar una de las expresiones más significativas del neoconstitucionalismo⁴⁷, en cuanto entiende tratar “la recuperación de las tendencias antipositivistas al lado de las teorías iuspositivistas orientadas”⁴⁸. La teoría de Alexy se caracteriza por la elaboración de la “doble naturaleza del Derecho” o “institucionalización de la razón práctica”⁴⁹. De hecho, el Derecho es compuesto necesariamente tanto por una dimensión real o fáctica –«se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social»⁵⁰– como por una dimensión ideal o crítica, es decir, la corrección argumentativa es el presupuesto de la producción jurídica y se refleja en una corrección moral.

Y es justamente este aspecto de la pretensión de corrección que parece evocar una dimensión iusnaturalística que, al mismo tiempo, se traduce en una posición intermedia entre las necesidades del Derecho de la razón y las perspectivas más realistas. De esto se sigue que el Derecho es definido como un proceso argumentativo que tiene un trato peculiar, es decir de la corrección, que lo distingue de una definición iuspositivista. Por esto Alexy afirma que para el no-positivista

⁴⁶ R. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, p. 177. El mismo Alexy destaca claramente que “This claim to correctness is a necessary element of the concept of law. The connection between law and morality is established by it”.

⁴⁷ La bibliografía sobre el debate acerca del significado y utilización del término “neoconstitucionalismo” es enorme. Aquí vale para todos: M. BARBERIS, “Neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2012, pp. 153-164; S. POZZOLO, “Apuntes sobre el “neocostitucionalismo”” en J. L. FABRA ZAMORA, Á. NUÑES VAQUERO (eds.), *Enciclopedia de filosofía del Derecho*, UNAM, México, vol. 1, 2015, pp. 363-405; R. GUASTINI, “A proposito del neocostituzionalismo”, *Teoria Politica*, Nuova serie, Annali I, núm. 1, pp. 147-158.

⁴⁸ L. DI CARLO, “Presentazione” en R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. de L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 13 ss. Véase también la reflexión formulada por Habermas: “la tesis que considera el discurso jurídico como caso especial del discurso moral, defendida en una u otra versión, resulta plausible desde puntos de vista heurísticos, pero sugiere una subordinación errónea del Derecho a la moral, no liberada del todo aún de las connotaciones del Derecho natural. La tesis pierde todo su interés en cuanto se toma en serio esa diferenciación paralela de Derecho y moral, que se produce en el nivel postconvencional de fundamentación”, cfr.: J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 305.

⁴⁹ Ivi, pp. 14 ss.

⁵⁰ R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 68.

*"[...] el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien concepción de que el Derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales"*⁵¹

y es evidente cómo contrasta con los autores que apoyan la separación conceptual entre Derecho y moral⁵².

De esta manera, el filósofo alemán intenta formular su teoría de la conexión entre Derecho y moral por medio de tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios⁵³. Dicho de otra manera, Alexy defiende la tesis de la conexión conceptual y normativamente necesaria entre Derecho y moral, simplemente recurriendo a estos tres argumentos. Además, el primero y el tercero de los tres argumentos refutan las tesis positivistas desde un punto de vista analítico, el segundo, desde un punto de vista normativo.

El primero, el argumento de la corrección, es a la base de los argumentos de la injusticia y de los principios, y es también el más criticado. Alexy define este argumento como aquel argumento que "afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión no son sistemas jurídicos"⁵⁴. De hecho los sistemas jurídicos que no tienen alguna pretensión de corrección no se pueden considerar como tales y «en este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria»⁵⁵. Por el contrario, la pretensión de corrección tiene relevancia de cualidad cuando los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión no la satisfacen. En este

⁵¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 14.

⁵² Ivi, p. 13. Especialmente, Alexy sostiene que: "Todas la teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser".

⁵³ Ivi, p. 41.

⁵⁴ Ivi, pp. 41-42. "En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección".

⁵⁵ Ibidem.

último caso los sistemas jurídicos son considerados jurídicamente deficientes⁵⁶. Sin duda, el argumento de la corrección ha planteado y todavía plantea muchas cuestiones; una primera objeción podría ser que el no cumplir con la pretensión no parece conducir siempre a la pérdida de la juridicidad de un sistema. Así, para evitar este rasgo, se recurre al argumento de la injusticia, mientras que la otra objeción basada sobre la obviedad de que la corrección no tendría implicaciones morales, Alexy la rebate por medio del argumento de los principios.

El más importante e influyente argumento de la injusticia, como ha subrayado el mismo Alexy, es la fórmula de Radbruch que, como hemos ya comentado, considera la hipótesis de conflicto entre Derecho y moral. Frente a este conflicto, un juez debe elegir a favor del Derecho, ya que el contraste entre Derecho y moral es tan insoportable que no se puede justificar la aplicación del Derecho en flagrante violación de los principios morales⁵⁷.

Por tanto, el argumento de la injusticia es utilizado para afirmar que el carácter jurídico se pierde, inevitablemente, cuando la injusticia alcanza una "medida insostenible" y, al contrario, el argumento de los principios, por su parte, se refiere a la cotidianidad⁵⁸. Utilizando las palabras de Alexy "el argumento de la injusticia apunta a una situación excepcional: la ley extremadamente injusta. En el argumento de los principios se trata de la vida jurídica cotidiana. Su punto de partida está constituido por un conocimiento de la metodología jurídica con respecto al cual existe acuerdo entre positivistas y no positivistas"⁵⁹. Por una parte, este último argumento conduciría a la afirmación de que el juez estaría vinculado a la ley en el sentido de una conexión entre Derecho y moral. Por otra parte, lo que caracteriza al Estado democrático es la existencia de los principios y sus propias incorporaciones dentro de una Constitución. Lo dice claramente Alexy cuando afirma que "la tesis de incorporación dice que todo el sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios. Una incorporación es fácilmente constatable cuando se trata de un sistema jurídico plenamente desarrollado. El sistema jurídico de la República Federal de Alemania ofrece un ejemplo instructivo"⁶⁰. Esto se comprende bien si se hace una clara referencia al con-

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Véase: G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., passim.

⁵⁸ G. GOZZI, "Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva", cit., p. 298.

⁵⁹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 73.

⁶⁰ Ivi, p. 76.

cepto de la doble naturaleza del Derecho, indeterminado y formal, que, sin embargo, “adquiere un contenido concreto y una estructura clara cuando se despliega en un sistema. La idea rectora de este sistema es la institucionalización de la razón cuya forma política es el constitucionalismo democrático”⁶¹. Así, Alexy utiliza la llamada “*tesis de incorporación*” para llegar a afirmar que:

*“La ley Fundamental ha incorporado [...] al sistema jurídico [...] los principios fundamentales del Derecho natural y racional y de la moral moderna del Derecho y del Estado como principios del Derecho positivo. Lo mismo vale para todos los sistemas de Estado de Derecho democráticos, cualesquiera que sean las técnicas de incorporación y el peso relativo que se les otorgue a estos principios”*⁶².

La tesis de la incorporación implica la idea de que un sistema dotado de un mínimo de evolución debe contener necesariamente los principios, de modo que dicha incorporación será aceptada con más facilidad si el sistema jurídico ha evolucionado y se ha desarrollado completamente. Por eso un nivel mínimo de evolución es dado y determinado de las constituciones, expresiones de un pluralismo ideológico traducido en principios. Además es también importante señalar que el argumento de los principios implica la distinción entre reglas y principios. Las primeras son definidas como “normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “*mandatos definitivos*”.

⁶¹ R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, cit., p. 68.

⁶² R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 76. El autor afirma claramente que “Ningún positivista discutirá esto siempre que admita que, además de las reglas, también los principios pertenecen al sistema jurídico. Pero, no admitirá que de aquí resulta alguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral. Para ello dispone de varios argumentos. El primero de ellos sostiene que es exclusivamente una cuestión de Derecho positivo la de si determinados principios están incorporados o no. Si esto fuera correcto, entonces el argumento de los principios fracasaría ya en la primera grada. Podría, cuando más, sostener una conexión entre Derecho y moral fundamentada a través del Derecho positivo, algo que sería conciliable con el positivismo jurídico ya que el positivismo no niega que el Derecho positivo [...] pueda ‘garantizar que se tome en cuenta la moral’. Tan sólo insiste en que es el Derecho positivo el que decide si ello debe hacerse o no. La cuestión no es pues saber si sólo algunos sistemas jurídicos, en virtud del Derecho positivo, poseen normas con estructura de principios sino si todos los sistemas las poseen necesariamente”.

Su forma de aplicación característica es la subsunción⁶³. Contrariamente, los principios son “mandatos de optimización”, es decir “[...] son normas que [...] pueden ser realizadas en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas”⁶⁴. Si embargo, los principios se determinan por medio de la técnica de la ponderación, que representa la forma característica de sus aplicaciones. La distinción entre reglas y principios, además de las estructuras relativas a la ponderación, generó una polémica con Habermas y otros autores, como se verá más adelante⁶⁵.

Por último, Alexy explica de manera original la diferencia entre la perspectiva de un observador y la de un participante. La tesis positivista de la separación entre Derecho y moral podría parecer sustancialmente correcta, pero los límites emergen en caso de que el sistema jurídico no satisfaga ninguna pretensión de corrección. Por el contrario, si se cambia la perspectiva y se adopta la de un participante los resultados son distintos⁶⁶. La distinción entre las dos perspectivas es incorporada por Alexy con la finalidad de defender un concepto no positivista. Por eso, la perspectiva del observador se refiere a la circunstancia en que el observador plantea cuestiones y propone argumentos a favor de una posición que refleja el modo en el que las cuestiones jurídicas son tomadas de hecho en un sistema jurídico. Distinta es la perspectiva de un participante, porque él también plantea cuestiones y propone argumentos, pero la respuesta, que él cree que es la correcta, atiende a la cuestión jurídica propuesta. Así, se puede resumir con las siguientes preguntas la perspectiva del observador y la del participante, respectivamente: ¿Cómo se toman de hecho las decisiones jurídicas? y ¿cuál es la respuesta jurídica correcta?⁶⁷

⁶³ Ivi, p. 75.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Véase: J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., passim.

⁶⁶ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 41. Expresamente se lee que “se ha mostrado que, desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite. Una imagen totalmente distinta resulta cuando se considera al Derecho desde la perspectiva de un participante, por ejemplo, del juez. Desde esta perspectiva, la tesis de la separación es inadecuada y la tesis de la vinculación es correcta. Para fundamentarlo, habrán de considerarse tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios”.

⁶⁷ Cfr.; R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivista*, cit., p. 18; También véase: R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 31, donde se afirma que adopta la

El positivismo jurídico refleja bastante bien la perspectiva del observador, porque en tal perspectiva el Derecho depende exclusivamente de lo que es efectivamente establecido o estatuido y que resulta socialmente eficaz, mientras que la perspectiva del participante es adoptada por parte del no-positivismo. El Derecho, en este último matiz, es lo que ha sido correctamente establecido y eso depende no solamente de hechos sociales, sino también de razones morales, y de tal modo ingresan los argumentos normativos. Además, la perspectiva del participante, según Alexy, tiene que ser aceptada porque el Derecho es posible sin observadores, pero no es posible sin participantes. Esta última afirmación, en particular, representa una respuesta a las críticas de Joseph Raz⁶⁸.

3.2. Algunas críticas de Eugenio Bulygin

La tesis de la pretensión de corrección del Derecho formulada por Robert Alexy ha planteado, y plantea todavía, frecuentes cuestionamientos. Ciertamente no es inmune a las críticas como las realizadas por Eugenio Bulygin, que se intentan analizar a continuación.

3.2.1. Una primera observación de Bulygin es que quienes defienden una posición orientada hacia el Derecho natural sostienen que entre Derecho y moral existe una conexión necesaria y conceptual, a diferencia de quienes defienden una posición orientada hacia el positivismo jurídico, que sostienen una separación entre Derecho y moral porque “el Derecho es conceptualmente independiente de la moral, existiendo entre estos dos fenómenos sociales sólo relaciones empíricas, es decir, contingentes”⁶⁹. Bulygin, así como todos los positivistas, formula la tesis de la separación, y en general él pone en evidencia que no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y

perspectiva del participante “quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado”; mientras que adopta la perspectiva del observador “quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”.

⁶⁸ Véase: R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Replay to Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 2002; y también, J. RAZ, “On the Nature of Law”, *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, núm. 82, 1996, pp. 1-25.

⁶⁹ R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 41-42.

la corrección moral. De hecho, todas las teorías positivistas para determinar el concepto y la naturaleza del Derecho se caracterizan por dos elementos: la promulgación por parte de una autoridad y la eficacia social, contrariamente a las teorías que no son positivistas, que proporcionan un tercer elemento, el de la corrección del contenido⁷⁰. Bulygin nota como la pretensión de corrección tiene un papel central y fundamental en toda la filosofía de Alexy. Eso es bastante evidente cuando Alexy aclara que “tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección”⁷¹. La consecuencia es que para el argumento de la corrección es necesario establecer una conexión entre Derecho y moral, pero en la opinión de Bulygin parece ser insuficiente. Por un lado, Alexy elabora su tesis “con el fin de establecer una conexión necesaria entre Derecho y moral, no es suficiente que la pretensión de corrección sea necesariamente solicitada a través del Derecho. Además de esto es necesario que su contenido se refiera necesariamente a la moral”⁷². Por eso, “los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión de corrección no la satisfacen, son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. [...] la pretensión de corrección tiene relevancia cualificatoria”⁷³. La conexión entre Derecho y moral puede ser de dos tipos: clasificatoria y cualificatoria. Alexy afirma que

“se trata de una conexión clasificatoria, cuando se sostiene que las normas o los sistemas normativos que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión cualificatoria, cuando se sostiene que las normas o sistemas normativos que no satisfacen un determinado criterio moral, si bien puede ser normas o sistemas jurídicos, pero por razones conceptuales o normativas son normas o sistemas jurídicamente deficientes”⁷⁴.

A partir de la lectura de la obra de Alexy, Bulygin elabora algunas reflexiones importantes y deduce que la conexión clasificatoria parece ser una

⁷⁰ Para una mayor profundización véase: R. ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, núm. 21, 2008, pp. 284-285.

⁷¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 64.

⁷² R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, cit., p. 12.

⁷³ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 64.

⁷⁴ *Ivi*, pp. 48 y 49.

mera conexión conceptual, es decir, una conexión de significados, y que la conexión cualificatoria parece ser descrita simplemente como conexión fáctica. Por consiguiente, se obtendría que la pretensión de corrección moral se requiere sólo en la conexión clasificatoria, pero no en la cualificatoria y se sigue que “si la satisfacción de un criterio moral no es necesaria, entonces la conexión no es analítica sino sintética, es decir, fáctica”⁷⁵.

Bulygin pone en evidencia como, en su opinión, Alexy caería en una contradicción y resume de esta manera la tesis alexiana:

“la pretensión de corrección es una característica definitoria (y por consiguiente necesaria) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitoria de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, no es necesaria. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección. Tampoco la satisfacción de esta pretensión de corrección es una característica definitoria de la expresión “sistema jurídico”: un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aun cuando jurídicamente deficiente”⁷⁶.

Además, a este respecto y aún más clara e incisivamente, Bulygin explica que:

“esta explicación sugiere que satisfacer la pretensión de corrección no es una característica definitoria de “sistema jurídico”, y que formular la pretensión no es, igualmente, una característica definitoria de “norma jurídica”. Si no es una característica definitoria, entonces no es necesaria sino contingente [...] Así [...] en esta interpretación, Alexy incurre en una contradicción cuando dice que las normas jurídicas necesariamente formulan una pretensión de corrección, pues si tal pretensión no es definitoria de “norma jurídica”, entonces no es necesaria”⁷⁷.

Sin duda, no ha faltado la respuesta de Alexy, que precisa que no hay contradicción y que tanto la conexión clasificatoria como la conexión cualificatoria son necesarias. De hecho, un sistema jurídico o una norma jurídica que no satisfacen la pretensión de corrección son deficientes. Sin embargo,

⁷⁵ R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, cit., p. 44.

⁷⁶ Ivi, pp. 45 y 46.

⁷⁷ Ivi, p. 90.

Bulygin subraya que describir un sistema jurídico deficiente y norma jurídica deficiente, respectivamente, como un sistema o como una norma que no satisfacen la pretensión de corrección, significa asignar a ellos características definitorias y descriptivas, pero «no definitorias de “un sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico deficiente” y de “norma jurídica deficiente”. Por supuesto, una vez que adoptamos estas definiciones, es analíticamente verdadero (y, por tanto, trivial), que las normas jurídicas que no formulan la pretensión de corrección son deficientes, pero es exactamente como decir que las normas jurídicas deficientes son deficientes»⁷⁸. Y agrega “sólo las características definitorias son necesarias, y las características cualificatorias de Alexy son efectivamente definitorias, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “deficiencia””⁷⁹. Bulygin concluye con un ejemplo: existe una conexión cualificatoria necesaria entre las mujeres y la belleza, es decir las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface la pretensión de belleza se obtendría una falacia conceptual porque la mujer quedaría mujer pero mujer fea. Por lo tanto, sin duda la belleza confiere una dimensión ideal a la mujer, pero este argumento sería lógicamente defectuoso. Finalmente, Bulygin concluye que “Alexy podría decir, quizás, que la necesidad de las características cualificatorias es otro tipo de necesidad: no es una necesidad lógica sino una *necesidad normativa*”⁸⁰.

⁷⁸ Ivi, p. 91.

⁷⁹ Ivi, p. 92.

⁸⁰ Ibidem. Véase también, J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomía*, núm. 7, 2015, p. 15. El autor avanza un ejemplo de las esculturas y la belleza y afirma que: “La tesis de la relación conceptual necesaria entre escultura y belleza llevaba a que fuera lógicamente contradictorio afirmar ‘Esta escultura es fea’, y performativamente contradictorio afirmar ‘Pretendo hacer una escultura fea’. Si esta tesis conceptual no va unida a la tesis objetivista de que la belleza objetivamente existe, la tesis conceptual pierde toda razón de ser o desemboca en un relativismo exactamente contrario a lo que con ella se quiere. Subamos un peldaño en la abstracción y en lugar de hablar de esculturas hablemos de arte, asumiendo que una de las artes es la escultura, el arte escultórico. Según la tesis conceptual, existiría una relación conceptual necesaria entre arte y belleza, de manera que toda obra de arte encierra una pretensión de belleza (de su autor). Así puestas ahora las cosas, podemos replicar a algo que antes nosotros mismos dijimos. Se afirmó que no carecía de sentido pensar en un escultor que en ciertas circunstancias quisiera hacer una escultura fea. Si la pretensión de belleza es constitutiva del arte, ese autor quiso hacer una escultura, pero no una escultura que sea arte, una escultura artística. Como el legislador que quisiera hacer una norma muy injusta, que querría, por las razones que sean, hacer una norma e imponerla, pero no estaría pretendiendo que esa norma

3.2.2. Bulygin critica nuevamente la afirmación de Alexy: “que algo es normativamente necesario no significa otra cosa que decir que es obligatorio”⁸¹, porque lo que es necesario es distinto de lo que es obligatorio, y entonces la necesidad normativa no es ni necesidad lógica ni necesidad empírica. Sin embargo, parece que la definición de Alexy implicaría una dimensión ideal de la pretensión de corrección y que la misma se despliega en una doble naturaleza. Por ello, Bulygin se interroga sobre cuáles son las razones que expone Alexy para afirmar que todos los sistemas jurídicos formulan una pretensión de corrección, y examina los ejemplos formulados por Alexy. De hecho, para Bulygin los ejemplos “X es una república soberana, federal e injusta” y “X es un Estado justo”, deben ser considerados defectuosos por razones totalmente diferentes a las proporcionadas por Alexy.

Los enunciados de los dos ejemplos no pueden considerarse descriptivos porque, podrían haber sido aprobados por una asamblea constituyente y entonces serían prescriptas u ordenadas o promulgadas por un órgano constituyente y, por tanto, no tendrían sentido para ordenar que un Estado es justo o injusto, así como no tiene sentido ordenar que un Estado sea rico o que los árboles sean verdes. Sin embargo, es posible que cualquier Estado sea justo, que sea rico o que los árboles sean verdes, pero esto es sólo un estado de cosas, y no se puede prescribir, ordenar o promulgar. Además, si una asamblea constituyente prescribiera una constitución justa, podría ser políticamente incorrecta, y no sería una directiva para sus autores⁸². Estos enunciados, siempre según Bulygin, también podrían interpretarse como declaraciones políticas, no como órdenes (normas) ni como descripciones⁸³. De este modo la falla no sería conceptual, sino política,

sea Derecho, pues si lo pretendiera incurriría en contradicción. Hemos llegado a algo importante. ¿Verdaderamente es razonable y defendible el paralelismo que en el párrafo anterior acabamos de trazar, el paralelismo entre obra artística y norma jurídica, por un lado, y entre arte y Derecho, por otro? La respuesta, me parece, sólo puede ser una: depende de cómo definamos arte y de cómo definamos Derecho”.

⁸¹ Ivi p. 93.

⁸² Ivi, p. 48: “Naturalmente, una asamblea constituyente, y aún más sus miembros, pueden prescribir u ordenar producir una constitución justa o injusta, una orden de este tipo sería quizás políticamente incorrecta, pero ciertamente significativa. Pero la Constitución no puede ser entendida como una directiva dirigida a sus autores”.

⁸³ Para la definición de declaraciones políticas véase: C. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, donde los autores explican que las declaraciones políticas pertenecen a un tipo de enun-

“como los artículos de una Constitución no son contradictorios (tampoco en un sentido amplio de contradicción performativa) ni redundantes. Como órdenes carecen simplemente de sentido, porque no se refieren a ninguna acción ni a estados de cosas que puedan ser el resultado de acciones. Si ellos se entienden como declaraciones que expresan las intenciones del órgano constituyente, entonces el enunciado es seguramente un error político; pero no hay aquí ninguna falla conceptual”⁸⁴.

Así Bulygin llega a la conclusión de que el argumento de la corrección no puede considerarse suficientemente sólido como para justificar la conexión entre Derecho y moral. Además, como reporta Cabra Apalategui comentando la tesis no positivista de Alexy, el ejemplo “X es una república soberana, federal e injusta”, representa un hipotético artículo defectuoso, por distintas razones técnicas (funcionales), convencionales o morales, pero sobre todo por razones conceptuales⁸⁵. Lo que se intenta afirmar no está lejos de las críticas que se pueden formular a la aserción “el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo”⁸⁶.

Otra objeción planteada por Bulygin se refiere a la contradicción performativa que él caracteriza como “obscura”. Utilizando siempre el mismo ejemplo “X es una república soberana, federal e injusta”, Alexy sostiene que sí generaría una contradicción performativa «porque el contenido del acto constituyente niega esa pretensión, mientras que la formula con la misma ejecución de ese acto»⁸⁷. Bulygin rebate que “la contradicción performativa es una falla conceptual”⁸⁸. De hecho, Bulygin se pregunta cuál es la verdadera naturaleza de la pretensión de corrección, ya que Alexy no fue suficientemente claro en su definición, considerando que es apropiado, a través de la pretensión de corrección, llegar a sostener una conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral. De este modo, para emitir una norma jurídica cada autoridad jurídica tendría que formular tal pretensión de corrección, es decir las normas impuestas tienen que ser moralmente correctas y justas, pero Bulygin se pregunta qué tipo de garantía tenemos

ciados que no influyen sobre las consecuencias normativas del sistema, en cuanto carecen de toda relevancia normativa.

⁸⁴ Ivi, p. 49.

⁸⁵ Cfr.: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, cit., p. 134.

⁸⁶ Para una mayor profundización sobre la contradicción performativa véase: J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

⁸⁷ Ivi, p. 86.

⁸⁸ Ibidem.

para que todos tomen el mismo concepto de “corrección moral” o “justicia”⁸⁹. Entonces él señala que «la tesis de vinculación necesaria entre Derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo el sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral, por otra parte. En el caso de Alexy, es una moral universal, basada en una ética procedimental del discurso”⁹⁰; y subraya también que la pretensión de corrección no demostraría ninguna conexión necesaria entre sistemas jurídicos y una moral específica, es decir que no sólo se debe demostrar la existencia de una moral objetiva sino también que esa sea compartida por todos. Dicho de manera más clara, se puede resumir en una única consideración: la pretensión de corrección transforma los defectos morales en defectos jurídicos.

3.2.3. Bulygin critica, también, la distinción entre participante y observador en la manera formulada por Alexy. Alexy define que la perspectiva del observador plantea cuestiones sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en un determinado sistema jurídico. Para Bulygin, de esa definición se sigue –como han notado algunos estudios–, una caracterización muy estricta de lo que es realmente la perspectiva de un observador, que representaría un punto de vista descriptivo acerca del Derecho⁹¹. Sobre este punto, la postura de Alexy parece ser la misma, “adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”⁹². Entonces, la tesis de la conexión no puede ser sostenida por una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral, pero desde el punto de vista de un observador, la tesis positivista de la separación es correcta. Como ha comentado Oliveira: “De eso sigue que cualquier versión posible de la tesis no-positivista sólo podría ser sostenida a través del punto de vista de un participante del sistema jurídico. El argumento central que Bulygin tiene como punto de partida es la idea de que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y todos los participantes son también observadores”⁹³. Eso es confirmado por el mismo Bulygin, que en sus distin-

⁸⁹ Ivi, p. 88.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 88, 2010, p. 125.

⁹² R. ALEXY, *El concepto y la validez*, cit., p. 31.

⁹³ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

tos escritos subraya siempre que una distinción tajante entre punto de vista de un participante y de un observador deja muchas dudas. Por ejemplo, él sostiene que:

“algunos autores importantes distinguen entre dos perspectivas: la del observador y la del participante y, en consecuencia, hablan de dos conceptos del Derecho. No comparto esta distinción tan tajante. Creo que tanto el dogmático jurídico que describe el Derecho (el típico observador), como el juez (el participante por excelencia en el «juego» del Derecho), usan el mismo concepto de Derecho. Un juez cuya función es resolver un caso aplicando el Derecho existente, tiene que determinar cuál es la solución suministrada por las normas jurídicas y en esto su actividad es muy parecida al del científico jurídico. Si el juez encuentra una solución clara y unívoca debe aplicarla. Pero si no la encuentra, igualmente tiene que resolver el caso y es aquí donde los caminos de la ciencia descriptiva del Derecho y la función del juez se bifurcan. El juez tiene que dar una solución y si ésta no se encuentra en las normas jurídicas existentes o es, a criterio del juez, muy injusta, entonces tiene que modificar el Derecho. En esto consiste la actividad política del juez. Lo que el juez modifica en tales casos no es el concepto del Derecho, sino las normas que aplica, usando el mismo concepto del Derecho”⁹⁴.

Tampoco parece variar mucho la afirmación de que «mientras que el del participante es un concepto normativo (moral) de Derecho referido a valores, el del observador es un concepto descriptivo referido a hechos. El par observador/participante conduce así a una pseudo disputa acerca del concepto de Derecho en el plano analítico o conceptual. La perspectiva del participante no prueba nada, sino que, más bien, presupone ya un concepto normativo de Derecho⁹⁵.

En la postura de Bulygin, la perspectiva del participante tampoco es entendida como la descripción del Derecho, sino como aplicación del Derecho para resolver problemas prácticos. De hecho parece que para Bulygin, “el punto de vista del participante no excluye el punto de vista del observador, ni el punto de vista del observador excluye el punto de vista del participante”⁹⁶.

Si se considera, por ejemplo, la hipótesis de que un juez (perspectiva de un participante), tiene que resolver un caso jurídico, para Bulygin antes que

⁹⁴ Cfr.: BULYGIN, “Mi visión de la filosofía del Derecho”, cit., p. 89.

⁹⁵ Cfr.: J. M. CABRA APALATEGUI, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, cit., p. 137.

⁹⁶ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

todo él tendría que cumplir tres exigencias para llegar a la solución, que son: decir todos los casos que en la esfera de su competencia le son sometidos; justificar su decisión y fundamentarla en el Derecho vigente. Aunque, «cada una de esas exigencias es muy razonable, pero en ciertas situaciones las tres juntas resultan incompatibles. Esto ocurre cuando el Derecho no determina únicamente una solución para un caso dado»⁹⁷. En esta última hipótesis la referencia es a situaciones de laguna normativa o laguna axiológica, contradicción normativa o antinomias, laguna de reconocimiento o vaguedad en el lenguaje⁹⁸. Se puede afirmar que el juez, aunque encuentre la solución posible en el sistema jurídico, puede no compartir el juicio valorativo del legislador, por ejemplo porque considera el contenido de la norma extremadamente injusta. Para Bulygin, en este caso, el juez aplicaría una norma distinta eventualmente creada por él con la consecuencia de que no puede ser descrito como una modificación del concepto de Derecho, sino como simplemente de una modificación de la(s) norma(s) o regla(s) del sistema jurídico⁹⁹. En conclusión, sencillamente, se puede rebatir que el argumento de la pretensión de corrección pretende llamar la atención sobre la insuficiencia regulativa del Derecho positivo que también plantea, sin duda, problemas de indeterminación. Según Alexy, cuando se comprueban casos que el Derecho positivo no ha colmado, el juez tiene que solucionarlo pero no utiliza la pretensión de corrección sino “de forma que su decisión será puramente estratégica y simple ejercicio de poder que no necesita justificarse”¹⁰⁰.

4. CONCLUSIÓN

Alexy y Bulygin, dos de los mayores teóricos y filósofos del Derecho, representan dos posiciones diferentes y extremas de entender la filosofía del Derecho o el concepto de Derecho en general, pero parece que también existen algunos puntos de convergencia entre las posiciones positivista y no-positivista que ellos caracterizan. Nos referimos a cuando Alexy afirma

⁹⁷ E. BULYGIN, “Alexy y el concepto de Derecho” en L. CLERICO, J. R. SIECKMANN, D. OLIVER LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011, p. 274.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem y también cfr.: F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 126.

¹⁰⁰ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 7.

que el punto de vista del positivismo defiende la perspectiva del observador y, entonces, que la tesis de la separación entre Derecho y moral es correcta. Alexy y Bulygin comparten la postura de que “el Derecho injusto (o el Derecho extremadamente injusto) debe ser moralmente criticado, y de eso sigue que hay, necesariamente, una pretensión moral a ser cumplida por el Derecho (no necesariamente, como se ha visto, una pretensión de corrección moral)”¹⁰¹. El punto de divergencia se encuentra en la justificación, es decir, Bulygin (así como Raz) sostiene que el juez no aplica el Derecho injusto por razones morales, sino por razones jurídicas; por el contrario, Alexy dice que el juez no aplica el Derecho injusto por razones jurídicas que son al mismo tiempo razones morales¹⁰². Con eso, sin embargo, Alexy no comparte la idea de que puede existir un único concepto de Derecho que es válido tanto para el observador como para el participante. Él subraya que el participante y el observador usan dos conceptos distintos de Derecho. Contrariamente, es Bulygin quien repite muchas veces cómo el concepto de Derecho es único para ambos, porque evidentemente no se puede negar que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y que todos los participantes son también observadores. No obstante, este punto representa lo más curioso de toda la polémica, quedan muchas divergencias irresolutas entre el positivismo de Bulygin y el no-positivismo de Alexy. Todo puede resumirse a la relación controvertida entre Derecho y moral. El argumento conceptual de la pretensión de corrección como justicia le sirve a Alexy para demostrar una conexión necesaria entre Derecho y moral, y lanzar un ataque frontal al positivismo jurídico y a su tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Bulygin tiene el mérito de dirigirse críticamente a los argumentos

¹⁰¹ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 132. El autor precisa que “El consenso va aún más allá, ya que el Derecho injusto (o extremadamente injusto), debe ser moralmente criticado, y eso es algo que, resáltese, los jueces pueden o deben hacer para justificar sus decisiones”.

¹⁰² *Ibidem*. Oliveira, sobre este punto, es muy claro: “El punto de divergencia es que, en cuanto Raz y Bulygin sostienen que los jueces pueden o deben no aplicar leyes (extremadamente) injustas por razones morales (y no por razones jurídicas), Alexy sostiene que los jueces pueden o deben no aplicarlas por razones jurídicas (que serían, al mismo tiempo, también razones morales). En ese punto, es posible afirmar que los tres autores, dos de ellos formando un ‘foco de resistencia’ del positivismo jurídico, y uno intentando refutar esa resistencia con una tesis ‘no-positivista’, curiosamente, están de acuerdo en lo que es esencial. El propio Raz admite que, paradójicamente, ‘[...] el tono general de crítica [...] es más un resultado de convergencia que de divergencia’”. Cfr.: J. RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en *The Authority of Law*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 313-35.

de Alexy con la finalidad de demostrar «una circularidad en el razonamiento cuando Alexy defiende que la noción de “defectuosiad jurídica” (*legal faultiness*) contribuye para la necesidad de la pretensión de corrección [...]» y que «hay una ambigüedad en la inferencia de la proposición “si la pretensión de corrección jurídica es necesaria, y ella implica corrección moral” para la proposición “entonces, sigue que el Derecho necesariamente incluye elementos morales”»¹⁰³. Tal circularidad, diagnosticada por Bulygin, ha sido adoptada también por otros autores como por ejemplo, García Amado, que recientemente ha subrayado cómo Alexy:

*“comienza por un concepto de Derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del Derecho (y de los operadores jurídicos) consiste en pretender eso que él al Derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el Derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre Derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre Derecho y moral y como base para imputarle contradicciones al positivista que indique cómo entró el conejo en la chistera del mago de Kiel”*¹⁰⁴.

Esta afirmación formulada por García Amado está sustentada por la crítica de Bulygin de que la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes, y esta deficiencia está propiamente basada en la necesidad de esa pretensión¹⁰⁵. Además, llamar la atención sobre un concepto como la contradicción performativa desde un punto de vista exactamente positivista no aportaría nada al debate y, sobre todo, no representaría una razón suficiente para justificar lo que se quiere demostrar. Con esos presupuestos parece casi imposible salir de la circularidad del razonamiento de Alexy.

Una última consideración se refiere a la objeción formulada por Bulygin de que en la tesis de Alexy se presupone una moral objetivamente correc-

¹⁰³ F. OLIVEIRA, “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de Derecho en Robert Alexy”, cit., p. 129.

¹⁰⁴ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 16.

¹⁰⁵ Véase: E. BULYGIN, “Alexy y el concepto de Derecho”, cit., p. 275.

ta y válida para cualquier legislador. Bulygin en realidad adopta, desde un punto de vista moral, una posición típica del escéptico, como dice Gaido “en este sentido, su escepticismo no es meramente cognoscitivo –es decir, que no puede conocer verdades morales–, sino también ontológico –es decir, que no hay verdades morales– [...]”¹⁰⁶. Entonces se puede comprender mejor la pregunta de Bulygin con respecto a cuál es la moral a la que se refiere la pretensión de corrección. Alexy, en cambio, es un teórico de la argumentación jurídica, así que elabora la tesis de que el Derecho es un caso especial del discurso práctico general¹⁰⁷. De este modo, la pretensión de corrección implica una pretensión de justificabilidad, es decir que implica que todos los hablantes sean iguales y se acepta que la otra persona es igual. Entonces se puede afirmar “una pretensión de defender lo que se afirma no sólo frente al adversario sino frente a cualquiera. Estas pretensiones de igualdad y de universalidad constituyen la base de una ética procedimental, sobre la que se basa Alexy, y que toma fundamentalmente de Habermas”¹⁰⁸. Sin embargo, Alexy parece ser claro sobre a qué tipo de moral se refiere y rebate a Bulygin de la siguiente manera:

“ciertamente no hay ninguna duda de que sistemas jurídicos diferentes expresan concepciones de justicia bastante diferentes. Si uno agrega a esta tesis de Bulygin que una conexión necesaria entre Derecho y moral solamente es posible si existe una moral objetiva efectivamente compartida por todos los hacedores de Derecho, entonces la conclusión es clara: no hay ninguna conexión entre Derecho y moral. Afortunadamente, sólo la inferencia es válida, no su segunda premisa. Una conexión entre Derecho y moral no presupone

¹⁰⁶ P. GAIDO, “Introducción” en R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho*, cit., p. 29. Se precisa que el escepticismo de Bulygin “se basa en tres pilares. Primero, asume la definición de verdad por correspondencia, que dice que una expresión es verdadera si, y sólo si, corresponde al hecho que describe. Para Bulygin la verdad de una proposición depende del objeto referido, y no de los sujetos que la afirman. Si algo es verdadero o falso lo es para todo el mundo. Segundo, asume la tesis ontológica, que dice que no existen hechos normativos: no existen razones objetivas para actuar. Y por último, asume la tesis semántica que dice que las normas no son descriptivas sino prescriptivas. Para Bulygin si no hay una moral objetiva no se puede hablar de una relación necesaria entre Derecho y moral”. Véase también: R. CARACCILO, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, núm. 14, 1993, p. 509.

¹⁰⁷ Véase: R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, *passim*.

¹⁰⁸ P. GAIDO, “Introducción”, cit., p. 29.

*una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral*¹⁰⁹.

Así que resulta claro que “la pretensión de corrección formulada en el Derecho no es idéntica a la pretensión de corrección formulada en la moral”¹¹⁰. Es necesario subrayar que la aplicación del Derecho requiere argumentos morales, sobre todo cuando se deben solucionar casos difíciles. Entonces:

*“Un juicio moral que es justificado con base en una moral que no es justificable no es correcto. Podría oponerse que la noción de una moral justificable es una ilusión. A eso uno tiene que contestar que los argumentos a favor y en contra de las morales específicas son posibles, y que algunas morales tienen una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación. Esto es suficiente. En orden a obtener una relación necesaria entre Derecho y moral no se necesita una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen Derecho. La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esa base, racionalidad práctica, es suficiente”*¹¹¹.

Por lo tanto, lo que subyace es la idea de la razón práctica como base de la ética discursiva, como sostiene García Amado, “lo correcto, en el plano normativo, será aquello en lo que pudiera llegar a estar de acuerdo una comunidad de hablantes que debatan buscando el acuerdo y lo hagan con plena asunción de las salvaguardias de la imparcialidad de cada uno y de todos, que son las reglas de la argumentación racional”¹¹². En definitiva, serían correctas y jurídicamente válidas las normas que en un discurso ideal serían estimadas correctas por todos.

A modo de cierre podemos concluir utilizando las solemnes palabras pronunciadas en la Universidad de Alicante durante la *Laudatio* como doctores *honoris causa* de los profesores E. Garzón Valdés, E. Bulygin, E. Díaz y R. Alexy: “uno puede estar en el constitucionalismo (Alexy) sin renunciar al

¹⁰⁹ R. ALEXY, “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin”, en R. ALEXY - E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho*, cit., p. 107. Véase también: R. ALEXY, “Law and Correctness”, *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 205-221.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ivi, p. 109.

¹¹² J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre la idea de la pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, cit., p. 36.

rigor conceptual en la forma (Bulygin), debiendo elaborar filosóficamente su sustancia moral (Garzón), y sin perder la mordiente crítica y la perspectiva social y política (Díaz)”¹¹³.

NATALINA STAMILE
Università degli studi di Bergamo
Dipartimento di Giurisprudenza
Via Moroni, n. 255
24127 Bergamo, Italia
e-mail: natalinastamile@yahoo.it

¹¹³ VV. AA., “Laudatio”, *Doxa*, núm. 32, 2009, p. 58.

