

## ENTRE EL NO-POSITIVISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO: NOTAS SOBRE EL *CONCEPTO DE DERECHO* EN ROBERT ALEXY

FELIPE OLIVEIRA\*

**Resumen:** El presente texto tiene como objetivo discutir la contribución que Robert Alexy dio al corriente debate sobre el tema de las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral. Para eso, el texto está dividido en dos partes centrales. En el punto II, se hace una reconstrucción de las principales tesis y argumentos que Alexy desarrolló en sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. En el punto III, se discuten las objeciones que Joseph Raz y Eugenio Bulygin recientemente formularon a los argumentos de Alexy. Sobre la base de esa discusión, se busca mostrar que, al contrario de lo que muchos puedan pensar, existen más puntos de convergencia que de divergencia entre las posiciones positivista y no-positivista para el concepto de Derecho.

**Abstract:** This paper aims at discussing Robert Alexy's contribution to the current debate about the possible relations between Law and Morality. For that, the paper is divided into two main parts. In section II, there is a reconstruction of the main theses and arguments Alexy developed in his most recent writings on the concept of Law. In section III, the objections Joseph Raz and Eugenio Bulygin recently formulated to Alexy's arguments are discussed. Following this discus-

\* **Abogado por la Universidade Federal do Ceará (UFC). Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doctorando en Derecho por la misma Universidad. Becario de la Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil).** Agradezco a Robert Alexy por su atención, cuando, en abril de 2007, tuve la oportunidad de discutir con él los argumentos presentados en ese texto. Agradezco también al profesor Marcelo Guerra de la Universidade Federal do Ceará (Brasil), que hizo posible mi visita a Kiel (Alemania). Me gustaría también agradecer a Eugenio Bulygin, por haberme cedido gentilmente un manuscrito inédito sobre los puntos aquí discutidos. Por fin, agradezco a Brenda Maffei por la revisión apurada de una primera versión de este texto en la lengua castellana.

sion, the idea is to show that, contrary to what many may think, there are more points of convergence than divergence between the positivist and non-positivist accounts of the concept of Law.

**Palabras clave:** Derecho – Moral - Robert Alexy - Positivism jurídico - No-positivismo - Injusticia extrema.

**Keywords:** Law – Morality - Robert Alexy - Legal positivism - Non-positivism - Extreme injustice.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más controvertidos de toda la evolución histórica de la Filosofía del Derecho es el concerniente a las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral: ¿Es el Derecho solamente una parte de la Moral, o es, por el contrario, un sistema normativo autónomo que, sin tener conexión alguna conceptualmente necesaria con la Moral, puede tener cualquier contenido? Investigar esta difícil cuestión es investigar el propio concepto de Derecho.

Se puede formular una distinción entre dos posiciones básicas: la *positivista* y la *no-positivista*. Ambas tienen en común, desde un punto de vista genérico, la pretensión de explicar el concepto de Derecho, y, así, de explicar lo que puede ser tenido como esencial y necesario acerca del Derecho en toda y cualquier comunidad que posea un sistema jurídico. En otras palabras, ellas comparten la pretensión de ofrecer una explicación universal del Derecho.

Aquellos que sostienen una concepción positivista del Derecho defienden la *tesis de la separación* que, en términos generales, sostiene que no existe ninguna conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral, o que la definición del concepto de Derecho debe ser formulada de modo de no incluir elementos morales o, en otros términos, se puede decir que es la tesis que sostiene que lo que un sistema jurídico es puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales. Las teorías positivistas, básicamente, argumentan que no se debe confundir lo que el Derecho *es* con lo que el Derecho *debe ser*, o sea, que no se debe confundir lo que el Derecho comanda, prohíbe o permite, con lo que valores como la justicia y la equidad demandan. Por su parte, aquellos que sostienen una concepción no-positivista del Derecho defienden la *tesis de la conexión* que, en términos generales, enuncia que la definición del concepto de Derecho debe ser

formulada de modo de incluir elementos morales, o, en otras palabras, es la tesis de que lo que un sistema jurídico es *no* puede ser identificado, por lo menos en algunas situaciones, sin recurrir a argumentos o valores morales. La inclusión o no de elementos morales en el concepto de Derecho es, sino la principal, una de las principales diferencias entre el positivismo y el no-positivismo.

A pesar de esa distinción aparentemente clara e inconfundible, es posible detectar, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, muchas versiones divergentes tanto en el positivismo jurídico como en el no-positivismo, según las distinciones y los elementos que se adopten para la definición del concepto de Derecho. A título de ejemplo, se puede hacer una distinción entre positivismo (o no-positivismo) *fuerte* y *débil*. Cuando se sostiene la tesis de la separación (positivismo jurídico), es posible mantener, por lo menos, dos versiones diferentes de la misma tesis: una versión *fuerte*, la de que la Moral está necesariamente excluida del concepto de Derecho; y una versión *débil*, la de que la Moral, a pesar de no estar necesariamente excluida, no está conectada de modo conceptualmente necesario, siendo esa conexión una cuestión contingente, dependiente de lo que viene enunciado en el Derecho positivo<sup>1</sup>. Se puede hacer una distinción similar dentro del no-positivismo. Quien defiende la tesis de la conexión puede sostener, al menos, dos versiones distintas: una versión fuerte, la de que todo y cualquier texto legislativo injusto (inmoral) es jurídicamente inválido, dada la conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral; y una versión débil, la de que un texto legislativo injusto sólo es jurídicamente inválido cuando ultrapasa un cierto nivel tolerable de injusticia. Otra distinción posible relativa a la tesis de la conexión es la siguiente: una versión fuerte, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y una Moral *correcta* o *adecuada*; y una versión débil, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y *alguna* Moral.

Esa discusión, a pesar de eminentemente filosófica, posee una relevancia práctica innegable. Siendo el debate acerca del concepto de Derecho

<sup>1</sup> La distinción entre positivismo “fuerte” y “débil” puede ser encontrada, en la literatura, sobre la dicotomía “exclusivo” e “inclusivo”. Véase: TORRE, Massimo La., *On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”*, en “Ratio Juris” 19, 2006: pp. 197-216; y ALEXY, Robert, *On the Concept and the Nature of Law*, en “Ius et Lex”, 2006a: pp. 31-51.

un debate sobre lo que el Derecho es, es imprescindible para cualquier jurista definir claramente cuál posición sostener. En los casos fáciles, la clareza de esa posición no parece ser tan exigida, y, muy comúnmente, esa posición es inclusive tomada como obvia, trivial o sin mayor importancia. En tales casos, las soluciones exigidas se sitúan en el campo de lo “puramente jurídico” o de lo “puramente técnico”, en el sentido de no depender de argumentos morales para que sean justificadas como *jurídicamente correctas*. En los casos difíciles, es decir, en los casos en que hay lagunas y conflictos entre normas (sobre todo de principios en colisión) o en que se toman decisiones *contra legem*, es incontestable la necesidad de tomar una posición clara acerca de cuál concepto de Derecho es correcto. En tales casos difíciles, soluciones “puramente jurídicas” o “puramente técnicas” no son suficientes, pues hay una exigencia (que, resáltese, es, para algunos, una exigencia *jurídica*) del uso de argumentos morales para justificarlas como soluciones *jurídicamente correctas*.

Dada la dificultad en formularse una distinción precisa entre el positivismo y el no-positivismo y, así, entre las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral, cualquier análisis detallado sobre el tema exigiría mucho más de lo que será propuesto en este texto. Como el propio título indica, tengo un propósito bastante específico: el de analizar la contribución que Robert Alexy ofreció al corriente debate sobre el tema. Ese propósito se justifica por ser la contribución de Alexy una de las más importantes disponibles actualmente.

El estudio está dividido en dos partes centrales. En el punto II, procedo a una reconstrucción de las principales tesis y argumentos que Alexy desarrolló en sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. En el punto III, discuto algunos de los contraargumentos que dos importantes autores del positivismo jurídico, Joseph Raz<sup>2</sup> y Eugenio Bulygin<sup>3</sup>, formularon a los argumentos de Alexy. Al final del texto, hago un balance de esas críticas y concluyo que, al contrario de lo que muchos puedan pensar, hay más puntos de convergencia que de divergencia entre las posiciones positivista y no-positivista para el concepto de Derecho.

<sup>2</sup> Cf. RAZ, Joseph, *The Argument From Justice or How not to Reply to Legal Positivism* (2009).

<sup>3</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio, *Alexy between Positivism and Non-Positivism* (manuscrito inédito gentilmente cedido por el autor).

## II. UNA BREVE RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO EN ROBERT ALEXY

Procederé, en esta sección del texto, a una reconstrucción de los puntos más relevantes para una comprensión clara de lo que Alexy ha sostenido en algunos de sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. Por un lado, Alexy busca refutar la tesis de la separación, tal como fue enunciada arriba y, por otro lado, busca defender una cierta versión del concepto no-positivista de Derecho (o sea, una cierta versión de la tesis de la conexión)<sup>4</sup>.

### 1. Sobre la conexión entre el Derecho y la Moral: tesis y tipos de argumentos posibles

El debate sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral se refiere al debate sobre la (in-)existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Hay, de acuerdo con Alexy, dos tipos de necesidad: la *necesidad conceptual* y la *necesidad normativa*<sup>5</sup>.

En lo que respecta a la necesidad conceptual, existen, básicamente, tres posibilidades para una conexión entre el Derecho y la Moral: la de que ella es *conceptualmente imposible*; la de que es *sólo conceptualmente posible*, o sea, de que *no es conceptualmente necesaria*; y la de que es *conceptualmente necesaria*. Quien sostiene la tesis de que no hay ninguna conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral tiene que sostener alguna versión de la tesis de la separación (positivismo jurídico), ya que “[...] si una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral existe, entonces no se puede decir que la definición del Derecho excluye elementos morales”<sup>6</sup>. Según Alexy, si se demuestra que existe una conexión conceptualmente necesaria o que, por lo menos, es imposible sostener la inexistencia de tal conexión, hay un espacio favorable para versiones no-positivistas, las cuales no precisan afirmar que hay una conexión necesaria, pudiendo

<sup>4</sup> La mayor parte de los argumentos de Alexy pueden ser encontrados en su *Begriff und Geltung des Rechts*. Esa obra está disponible en lengua inglesa y en lengua española. Véase: ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Alber, 2002; —, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 2004; —, *El Concepto y la Validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

<sup>5</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 20-3.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 21.

defender la tesis de que esa conexión es sólo *posible*. Esa posibilidad es asegurada a un no-positivista porque aún le restan argumentos normativos para sostener que “[...] la definición del concepto de Derecho incluye elementos morales”<sup>7</sup>. En contraposición, un positivista que no sostuviese la inexistencia de una conexión conceptualmente necesaria estaría, por lo menos, reconociendo la *posibilidad* de esa conexión, hecho que, según Alexy, debilitaría su versión positivista (sea cual fuere la versión).

En lo que respecta a la necesidad normativa<sup>8</sup>, se puede disponer de argumentos normativos para sostener tanto una separación como una conexión. En general, se sostiene una necesidad normativa cuando, para la realización de un cierto fin u objetivo, es necesario que se incluyan o que se excluyan elementos morales del concepto de Derecho. Es un argumento normativo, v. g., aquel que sostiene que “[...] sólo la tesis de la separación lleva a la clareza lingüística y conceptual o asegura la certeza jurídica [...]”<sup>9</sup>. En otras palabras, ese es un argumento normativo porque confiere una razón para justificar (moralmente) la separación entre el Derecho y la Moral. Otro argumento normativo, bastante usado en el jusnaturalismo clásico<sup>10</sup>, es el de que la legalidad del ordenamiento jurídico de una comunidad debe ser justificada por el fin del bien común. Ese argumento, por el contrario, ofrece una razón para justificar moralmente la conexión entre el Derecho y la Moral.

La tesis que Alexy sostiene es la siguiente:

Primero, *hay una conexión conceptualmente necesaria* entre el Derecho y la Moral; segundo, *hay argumentos normativos para incluir elementos morales en el concepto de Derecho*, argumentos que, en parte, fortalecen y que, en parte, van más allá de la conexión conceptualmente necesaria. Hay, en resumen, conexiones conceptualmente y normativamente necesarias entre el Derecho y la Moral<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Id. Ibidem*.

<sup>8</sup> Alexy escribe que la necesidad normativa es una necesidad sólo en un sentido amplio: “[...] that something is normatively necessary means nothing other than that it is commanded. One can, without contradicting oneself, challenge the validity of a command but not the existence of a conceptual necessity [...]” (*Id. Ibidem*).

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>10</sup> Para una versión contemporánea de ese argumento: FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights* (1980).

<sup>11</sup> En el original: “first, there is a conceptually necessary connection between law and morality, and, second, there are normative arguments for including moral elements in the

Alexy sostiene la posición de que hay una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral a través del argumento de la corrección, y refuerza esa tesis disponiendo de un argumento que marca la *necesidad normativa* de la conexión entre el Derecho y la Moral, el argumento de la injusticia (punto II.3). Adelanto que esos dos argumentos definidores de la versión no-positivista de Alexy pueden ser dispuestos de la siguiente forma:

a) El argumento de la necesidad conceptual: para Alexy, “[...] la pretensión de corrección es un elemento [conceptualmente] necesario del concepto de Derecho”<sup>12</sup>. Una versión de ese argumento puede ser formulada así: el legislador, al producir un texto legislativo, *pretende* que ese texto sea *correcto* (o sea, *justo*), aunque tal pretensión no implique necesariamente que ese texto *tenga que expresar necesariamente cierto contenido*. Eso es así porque la pretensión de corrección es un elemento constitutivo del concepto de un “legislador” (punto II.3.1).

b) El argumento de la necesidad normativa: por más que el texto legislativo *no tenga que expresar necesariamente cierto contenido*, la pretensión de corrección creada por el legislador implica que el texto legislativo *necesariamente no exprese cierto contenido*, aquel contenido que ultrapasa un nivel “tolerable” de injusticia, esto es, aquel contenido que configura una *injusticia extrema*. En resumen: para Alexy, normas o sistemas jurídicos extremadamente injustos no son Derecho (punto II.3.2)<sup>13</sup>.

## 2. Haciendo un cuadro conceptual<sup>14</sup>

### 2.1. La distinción entre conexión clasificativa y cualificativa

Como se ha visto, Alexy sostiene la tesis de que no hay sólo una conexión conceptualmente necesaria, sino también una conexión normativamente

---

concept of law, arguments that in part strengthen and in part go beyond the conceptually necessary connection. In short, there are conceptually necessary as well as normatively necessary connections between law and morality.” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 23).

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>13</sup> Ambos argumentos pueden ser considerados no sólo para el caso del legislador, sino también para el caso de los operadores y aplicadores del Derecho en general, y, en especial, de los jueces.

<sup>14</sup> Todas esas definiciones pueden ser encontradas de forma más completa en: ALEXY, Robert (2002), pp. 23-7.

necesaria entre el Derecho y la Moral. Alexy propone una distinción entre dos conexiones: la clasificativa y la cualificativa. La conexión clasificativa puede ser formulada así: normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, dejan de ser normas o sistemas jurídicos. En otras palabras, la conexión clasificativa sostiene que normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, *pierden su validez jurídica y se tornan jurídicamente inválidos*. La segunda es la conexión cualificativa y sostiene que normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, no dejan de ser normas o sistemas jurídicos, ya que se tornan apenas normas o sistemas *jurídicamente defectuosos*. Es decir: normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, *no* pierden su validez jurídica, toda vez que siguen siendo jurídicamente válidos. Para Alexy, ese defecto no es meramente moral, sino que es también un defecto *jurídico*.

Esa distinción, como se verá a lo largo del texto, es importante para la articulación de las posiciones centrales del no-positivismo alexyano. Alexy utiliza esa distinción para mostrar lo siguiente: a) “[...] un sistema de normas que no crea [en ningún sentido] una pretensión de corrección no es un sistema jurídico [...]” (conexión clasificativa); b) “[...] sistemas jurídicos que, de hecho, crean esa pretensión pero fallan en cumplirla son sistemas jurídicamente defectuosos [...]” (conexión cualificativa)<sup>15</sup>; c) normas o sistemas de normas que son extremadamente injustos son jurídicamente inválidos, o sea, no es todo defecto moral el que implica la invalidez jurídica, sino solamente aquel defecto que corresponde a una injusticia extrema (conexión clasificativa); d) normas o sistemas jurídicos que no son extremadamente injustos son jurídicamente defectuosos (conexión cualificativa)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Alexy escribe: “[...] a system of norms that neither explicitly nor implicitly makes a claim to correctness is not a legal system. In this respect, the claim to correctness has a classifying significance. Legal systems that do indeed make this claim but fail to satisfy it are legally defective legal systems. In this respect, the claim to correctness has a qualifying significance [...]” (*Ibidem* p. 36).

<sup>16</sup> En el contexto de la aplicación del Derecho, el hecho de que una norma sea *jurídicamente defectuosa* es una razón para no aplicarla, sobre todo cuando exista otra norma que pueda ser aplicada en el caso y que no sea moral y jurídicamente defectuosa. Eso es lo mismo que decir que el defecto jurídico de una norma constituye una *razón que pesa en contra* de su aplicación a los casos concretos.



## 2.2. *El sistema jurídico a partir de dos puntos de vista: el del observador y el del participante*

Esa distinción entre dos puntos de vista a partir de los cuales se puede comprender un sistema jurídico es de especial relevancia. Hay variantes de esa distinción en autores como Hart<sup>17</sup> y Maccormick<sup>18</sup>. A pesar de poseer algunos puntos de similitud, Alexy sostiene una distinción que difiere de las visiones de esos dos autores.

El punto de vista del participante, para Alexy, puede ser definido como el de quien se cuestiona sobre *cómo decidir correctamente acerca de lo que es comandado, prohibido y permitido en el sistema jurídico en cuestión*<sup>19</sup>. Alexy escribe: “la perspectiva del participante es adoptada por quien, dentro del sistema jurídico, participa en una disputa sobre lo que es comandado, prohibido y permitido en ese sistema jurídico [...]”<sup>20</sup>. En el centro de la perspectiva del participante está el juez, ya que “[...] cuando otros participantes –profesores, abogados, o ciudadanos interesados– proponen argumentos en favor o en contra de ciertos contenidos del sistema jurídico, ellos se refieren [...] a como un juez tendría que decidir [...] para decidir correctamente”<sup>21</sup>. Por su lado, el punto de vista del observador no es el de quien se cuestiona sobre lo que es decidir correctamente dentro de un sistema jurídico, sino que consiste en *cuestionarse sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en ese sistema jurídico*<sup>22</sup>.

En un texto reciente, Alexy formula esa distinción de un modo claro: “[...] el contexto del participante es definido por la cuestión ‘¿es la respuesta jurídica correcta?’, el del observador por la cuestión ‘¿cómo las decisiones jurídicas son realmente tomadas?’”. Él continúa afirmando que lo que torna la perspectiva del participante distinta es que ella necesariamente se relaciona, al menos en los casos de aplicación de principios, con

<sup>17</sup> Cf. HART, HLA (1994), pp. 65-8.

<sup>18</sup> Cf. MACCORMICK, Neil (2008), pp. 43 y ss. En cuanto Hart habla de una distinción entre punto de vista interno y externo, Maccormick propone una distinción entre punto de vista interno extremo, punto de vista hermenéutico o punto de vista interno no-extremo (que es lo que Raz llama punto de vista no-comprometido) y punto de vista externo. No es posible profundizar esas distinciones aquí.

<sup>19</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 25.

<sup>20</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>21</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>22</sup> *Id. Ibidem.*

una dimensión *ideal* del concepto de Derecho: “[...] si la respuesta de un participante a la cuestión de lo que el Derecho es –al menos en los casos que no pueden ser resueltos por simple subsunción– implica consideraciones sobre lo que el Derecho debe ser, entonces él tiene que presuponer *un concepto de Derecho que incluye no sólo una dimensión factual, sino también una dimensión ideal*”<sup>23</sup>.

Esa distinción merece destaque porque, como se verá en el punto III, los argumentos propuestos por Alexy en favor del no-positivismo generan conclusiones distintas acerca de cuál concepto de Derecho elegir. En efecto, al comprenderse los argumentos alexyanos a partir del punto de vista del observador es posible admitir la tesis de la separación sin mayores problemas. Alexy afirma, por ejemplo, que “[...] desde el punto de vista del observador, la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho no es, en ningún sentido, conceptualmente necesaria [...]”<sup>24</sup>, y que “[...] desde la perspectiva de un observador [...] la tesis positivista de la separación es correcta”<sup>25</sup>. Cuando se toma el sistema jurídico a partir del punto de vista de un participante, la situación es bastante diferente. Alexy enuncia que, desde la perspectiva del participante, “[...] la tesis de la separación no es adecuada y la tesis de la conexión es correcta”<sup>26</sup>. Ese punto será mejor discutido en seguida, cuando proceda a la reconstrucción de los argumentos de Alexy a partir del punto de vista de un participante del sistema jurídico.

### *2.3. Por un concepto no-positivista de Derecho: los tres argumentos*

Los tres argumentos que serán presentados comprenden los puntos centrales del razonamiento de Alexy en favor de una versión no-positivista del concepto de Derecho. El primero de ellos, el argumento de la corrección, sirve de base para los otros dos argumentos, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. Como se verá, los tres se complementan, en el sentido de que el argumento de la corrección traza una moldura que es completada con un argumento normativo (el argumento de la injusticia) y con un argumento de método (el argumento de los principios).

<sup>23</sup> Cf. ALEXY, Robert (2007a), pp. 46-8.

<sup>24</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 29.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 35.

### 2.3.1. *El argumento de la corrección*

La breve formulación de ese argumento que he sugerido en el punto 2.1 será ahora debidamente extendida. En 2.1, se sostuvo que: a) el legislador, al producir un texto legislativo, *pretende* que ese texto sea *correcto* (o sea, *justo*), aunque tal pretensión no implique que ese texto legislativo *tenga que expresar necesariamente cierto contenido* (pretensión de corrección). Es posible reestructurar a) de modo de convertirlo en un enunciado que parta no ya de una pretensión del legislador, sino de una pretensión de un juez: a.1) el juez, al tomar una decisión judicial, *pretende* que esa decisión sea *correcta* (o sea, *justa*), aunque tal pretensión no implique que esa decisión judicial *tenga que expresar necesariamente cierto contenido*. Con a) y a.1) se puede llegar a una forma general del argumento de la corrección: “[...] normas jurídicas individuales y decisiones judiciales individuales, así como sistemas jurídicos como un todo, necesariamente crean una pretensión de corrección”<sup>27</sup>.

Para demostrar a) y a.1), Alexy recurre a la formulación de contradicciones performativas. Un caso clásico de ese tipo de contradicción es el del enunciado “El gato está en el cuarto, pero yo no creo que él esté allí”<sup>28</sup>. Quien profiere “El gato está en el cuarto” está comprometido con la proposición de que “(Yo creo) que el gato está en el cuarto” (actitud proposicional de verdad), incluso cuando el gato no está, de hecho, en el cuarto. En efecto, si el hablante no estuviese comprometido con esa proposición, o sea, si él afirmase “El gato está en el cuarto” creyendo en la proposición de que “El gato no está en el cuarto”, sería posible a cualquier persona mentir sin ningún control. Si puede ser verificado que el gato no está en el cuarto, quien profiere ese enunciado (creyendo en su verdad) incurre en un error y no en una contradicción (o en una mentira). Es parte del concepto de una afirmación la idea de que cuando uno afirma algo uno *pretende* que ese algo sea verdadero, y eso implica que quien afirma y, al mismo tiempo, niega lo que afirma incurre en una falla *conceptual* y no sólo en una falla técnica. Una contradicción performativa, resáltese, es una contradicción que ocurre cuando se toman expresiones lingüísticas como actos de habla

<sup>27</sup> En el original: “[...] individual legal norms and individual legal decisions as well as legal systems as a whole necessarily lay claim to correctness”. (Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 35-6).

<sup>28</sup> Cf. AUSTIN, John Langshaw, *Philosophical Papers* (1970).

(*speech-acts*), o sea, en cuanto usadas en la realización de acciones. Toda falla conceptual puede ser considerada como una violación de las reglas constitutivas de los actos de habla<sup>29</sup>. En ese sentido, es una regla constitutiva del acto de habla de la *aserción* la regla de que quien realiza ese acto lo tiene que realizar con la creencia de que lo que es aseverado pueda ser verdadero. Alexy propone los siguientes enunciados:

P(a): X es una república soberana, federal e injusta

P(a.1): Condeno al acusado a prisión perpetua, aunque yo crea que esa es una interpretación errónea del Derecho vigente.

En esa línea argumentativa, P(a) falla por ser la pretensión de corrección un elemento constitutivo del acto de promulgar una Constitución. Alexy enuncia que “[...] la pretensión de corrección [en ese caso, una pretensión de justicia] está necesariamente conectada con el acto de promulgar una Constitución, [...] hay una contradicción performativa si el contenido de ese acto de promulgar una Constitución niega la pretensión de justicia [...]”<sup>30</sup>. Por otra parte, P(a.1) falla no sólo por el simple hecho de que el juez, al hacerlo, está violando un conjunto considerable de reglas sociales y jurídicas, sino porque en toda y cualquier decisión judicial es *creada una pretensión de que el Derecho está siendo aplicado correctamente*, inclusive cuando tal pretensión no es cumplida o es mal cumplida. Alexy escribe que, en ese caso, “[...] la pretensión levantada por el acto institucional de la toma de decisión [*sentencing*] es contradicha por el contenido de la decisión”<sup>31</sup>. La falla conceptual presente en P(a) y en P(a.1) resta, por lo tanto, en el hecho de que la pretensión de corrección es un *elemento constitutivo* del concepto de “Constitución” y del concepto de “decisión judicial”, una vez que hay una contradicción entre el *acto* de promulgar una Constitución y el *acto* de enunciar sentencias como “X es una república injusta” y entre el *acto* de tomar una decisión judicial y el *acto* de enunciar sentencias como “Condeno a X a prisión perpetua, pero creo que esa condenación es una interpretación errónea del Derecho vigente”.

<sup>29</sup> Para el concepto de reglas constitutivas, véase, por todos: SEARLE, John, *Speech Acts* (1969).

<sup>30</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 38.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39.

La tentativa de Alexy con el argumento de la corrección es, sobre todo, mostrar que un participante del sistema jurídico, cuando formula proposiciones sobre ese sistema jurídico, siempre levanta la pretensión de que esas proposiciones sean correctas. El argumento de la corrección, resáltese, no es suficiente para demostrar la tesis de la conexión, ya que “[...] un positivista puede sostener el argumento de la corrección e incluso así defender la tesis de la separación”<sup>32</sup>. Ese positivista puede argumentar que la pretensión de corrección no puede implicar una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral, ya que esa pretensión tiene un contenido trivial sin implicaciones morales. Para responder esa objeción, el próximo paso de Alexy es aducir razones para demostrar que la pretensión de corrección tiene implicaciones morales (la parte *normativa* de su razonamiento). Una vez demostradas la necesidad conceptual de la pretensión de corrección y las implicaciones morales que de ella siguen, queda también demostrada su tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral.

### 2.3.2. *El argumento de la injusticia (la fórmula de Radbruch)*<sup>33</sup>

En el punto 2.1, he formulado, de modo preliminar, un posible enunciado para el argumento de la injusticia: b) por más que el texto legislativo *no tenga que expresar necesariamente cierto contenido*, la pretensión de corrección creada por el legislador implica que el texto legislativo *necesariamente no exprese cierto contenido*, aquel contenido que ultrapasa un nivel “tolerable” de injusticia, esto es, aquel contenido que configura una *injusticia extrema*. En ese modo de formular el argumento, la conexión entre la pretensión de corrección del Derecho y la prohibición normativa de la injusticia extrema queda explícita. Alexy escribe que “[...] en el caso de la injusticia extrema, el problema ético es también un problema jurídico [...]”, y, de ese modo, el argumento de la injusticia extrema se refiere a “[...] una tesis sustantiva [...] que sólo puede ser atacada con argumentos sustantivos [...]”<sup>34</sup>. En cuanto a que la pretensión de corrección es un argumento *conceptual*, el argumento que procede de la injusticia extrema es un argumento *normativo*, y, por lo tanto, ofrece una razón sustantiva para

<sup>32</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>33</sup> Para un enunciado de ese argumento por el propio Radbruch, véase el punto 3.1 siguiente.

<sup>34</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 45.

justificar la inclusión de un elemento moral en el concepto de Derecho<sup>35</sup>. Para formular ese argumento, Alexy dispone de una estrategia más detallada, buscando superar algunas objeciones previas que fueron hechas al argumento de la injusticia extrema en la versión de Radbruch. Aquí no es posible dar cuenta de esa discusión por completo, y me limito a marcar lo que juzgo central para los objetivos de este texto<sup>36</sup>. El argumento de la injusticia puede ser aplicado, desde el punto de vista de un participante, tanto a *normas singulares*<sup>37</sup> como a *sistemas jurídicos* como un todo, y el argumento se presenta de un modo distinto dependiendo del punto de partida.

En lo que respecta a la aplicación del argumento de la injusticia a normas singulares, el primer punto relevante es que, para Alexy, una norma singular *no* pierde su estatus “jurídico” si ella es sólo injusta, ya que sólo lo pierde cuando la injusticia alcanza un *nivel intolerable*. Un grupo de objeciones a ese argumento se refiere a lo que se puede llamar “objeciones provenientes del *relativismo*”. En general, dentro de ese grupo se puede encontrar: i) la objeción más radical de que no es sólo difícil identificar los límites entre la injusticia *simpliciter* y la injusticia extrema, sino que también ninguna noción de justicia puede ser racionalmente justificada u objetivamente conocida<sup>38</sup>; ii) la objeción menos radical que enuncia que ese argumento de la injusticia (*simpliciter*) pone en jaque la *certeza jurídica*, toda vez que las normas singulares, en general, perderían totalmente su fuerza práctica o normativa, aunque fuera posible ofrecer alguna justificación moral y racionalmente posible para la injusticia de esas normas<sup>39</sup>; iii) la objeción menos radical de que un concepto no-positivista de Derecho

<sup>35</sup> Eso, resáltese, no significa que la pretensión de corrección no pueda servir como una instancia crítica para evaluar argumentos normativos, como es el argumento de la injusticia.

<sup>36</sup> Para la discusión completa, véase: ALEXY, Robert (2002), pp. 40 y siguientes.

<sup>37</sup> Alexy usa el término “normas individuales”. Creo que, por una cuestión de precisión terminológica, es más claro usar el término “normas singulares”, ya que es posible evaluar la injusticia (extrema) de normas singulares que pueden ser tanto generales como individuales.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>39</sup> Ese punto puede ser mejor formulado: esa es una tesis relativista no-radical que, además de presuponer la posibilidad de justificar racionalmente alguna noción de justicia o de injusticia extrema, presupone también que no hay sólo una justificación posible, y que, así, personas distintas pueden discordar de lo que es o no una injusticia extrema sin que estén siendo, al mismo tiempo, irracionales al defender sus posiciones. Es el problema de cómo dos o más tesis *incompatibles* acerca de la justificación racional de la noción de justicia (o de injusticia extrema) pueden ser *igualmente válidas o correctas*.

que tenga como elemento constitutivo el argumento de la injusticia corre el riesgo de legitimar acríticamente la no-aplicación del Derecho legítimamente estatuido (argumento de la *efectividad*).

En contra de esas objeciones, es importante destacar que la posición de Alexy no es afirmar que una norma sólo es una norma jurídica cuando su contenido corresponde a la Moral, sino que es afirmar que una norma *no* es una norma jurídica cuando su contenido ultrapasa un nivel intolerable de injusticia, el de la injusticia extrema. En ese punto, Alexy adhiere a una tesis *débil* de la conexión entre el Derecho y la Moral, que es mejor expuesta por una formulación negativa: “[...la tesis débil de la conexión] enuncia que normas injustas y por lo tanto inmorales pueden ser Derecho”<sup>40</sup>.

Esa formulación negativa de su tesis no-positivista aleja, v. g., la objeción de la legitimidad acrítica, en la medida en que normas jurídicas inmorales pueden sí ser normas jurídicas, y entonces existiría un espacio, dentro de la tesis débil, para la crítica acerca de la *legitimidad moral* del Derecho<sup>41</sup>; y aleja también la objeción de la incerteza jurídica, ya que sólo normas extremadamente injustas no serían consideradas como normas jurídicas. Alexy admite incluso que, aunque se suponga una pérdida (mínima) de certeza jurídica con su tesis no-positivista, es preciso tener en cuenta que la certeza jurídica, a pesar de ser un valor importante, no es el único valor relevante, ya que es igualmente necesario ponderarlo con el valor de la justicia material en la configuración de un concepto correcto de Derecho<sup>42</sup>. Para responder a la objeción relativista más radical es necesario demostrar que se puede justificar racionalmente nociones de justicia, y, sobre todo, de injusticia extrema. Eso, en última instancia, remitiría a la cuestión de si es posible justificar racionalmente juicios valorativos o morales, la cual, debido a su extensión, no puede ser analizada aquí<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 48.

<sup>41</sup> Alexy contrasta la tesis débil con una tesis fuerte: “una norma es jurídica sólo si es moral”, lo que es lógicamente equivalente a ‘si una norma es jurídica, es moral’. Si el punto de partida es esa versión [fuerte] de la tesis de la conexión [...] entonces todo jurista que caracteriza una norma como una norma jurídica debe al mismo tiempo clasificarla como moralmente justificada. Eso lleva consigo el riesgo de una legitimación acrítica del Derecho[...]” (*Ibidem*, p. 47).

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>43</sup> Alexy desarrolló toda una teoría para resolver ese tipo de problemas. En general, su posición es la de que una proposición como “La destrucción física y material de una minoría de la población con fundamento en la raza es injusticia extrema” puede ser justificada

En lo que respecta a la aplicación del argumento de la injusticia a los sistemas jurídicos como un todo, un argumento general puede ser formulado del siguiente modo: un sistema de normas pierde su estatus “jurídico” si es, en general (*by and large*), extremadamente injusto. El problema es saber si ese sistema de normas se torna extremadamente injusto si, y sólo si, todas las normas de ese sistema son extremadamente injustas, o si puede ocurrir que el sistema sea en general extremadamente injusto cuando sólo algunas de sus normas son extremadamente injustas. La primera hipótesis no levanta ningún punto relevante para la discusión, ya que es trivial que si todas las normas que componen un sistema son extremadamente injustas, ese sistema no puede ser considerado, a partir del argumento de la injusticia, un sistema jurídico. La segunda hipótesis, no obstante, es más interesante, y levanta la cuestión de cuáles normas del sistema necesitan ser extremadamente injustas para que el sistema como un todo pierda su estatus de “sistema jurídico”. La sugerencia más plausible es que si las normas sustantivas fundamentales de ese sistema pierden su estatus de “normas jurídicas”, entonces todas las demás normas del sistema también pierden ese estatus. Si es así, entonces no sería posible sostener la tesis de que un sistema de normas es extremadamente injusto si ninguna de sus normas no fuese extremadamente injusta. De eso sigue que la injusticia extrema de cualquier sistema de normas está siempre conectada con la injusticia extrema de, por lo menos, algunas de sus normas singulares, que es el caso central de ese tipo de injusticia<sup>44</sup>.

### 2.3.3. *El argumento de los principios*

De inicio, Alexy propone un argumento *empírico* y lo llama *tesis de la incorporación*: “[...] todo sistema jurídico que es al menos mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios”.<sup>45</sup> Si esa tesis es plausible,

---

racionalmente y una proposición como “La destrucción física y material de una minoría de la población con fundamento en la raza no es injusticia extrema” no puede ser justificada racionalmente (Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 54-5). Para el desarrollo completo de esas ideas, véase: ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1978).

<sup>44</sup> Alexy escribe: “[...] applying the argument from injustice to a legal system as a whole does not lead to consequences that go beyond the consequences of applying the argument to individual norms” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 68).

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 71. Alexy también afirma que “[...] comenzando desde un nivel mínimo de desarrollo, todos los sistemas jurídicos necesariamente contienen principios [...] esa es



entonces sigue otra tesis, la *tesis de la Moral*: “de acuerdo con esa tesis, [un sistema jurídico] necesariamente incluye principios que pertenecen a una Moral [...]”<sup>46</sup>, o sea, de la tesis de la incorporación sigue la tesis de que hay una conexión del Derecho con *alguna* Moral. Por otro lado, si la aplicación de esos principios a casos concretos levanta una pretensión de corrección jurídica, y si por lo menos algunos de esos principios tienen un contenido moral, entonces se sigue que “[...] la pretensión de corrección jurídica necesariamente conectada con la decisión [de aplicar principios a casos concretos] incluye una pretensión de corrección moral [...]”<sup>47</sup>. Es esa última posición que le permite a Alexy defender una tesis fuerte de la conexión necesaria, es decir, la tesis de que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral correcta o adecuada. De eso se sigue que a) “[...] la pretensión de corrección implica una *pretensión de justificabilidad* [...]” que se refiere a la corrección de la decisión de un juez “[...] en los términos de una Moral justificable y, por lo tanto, correcta”<sup>48</sup>; y que b) “[...] si] principios que son [...] principios morales están incluidos en el Derecho, entonces el juez que recurre a ellos [...] está tomando su decisión con base en *padrones jurídicos* [...], la decisión del juez está basada en razones jurídicas, pero, de acuerdo con su contenido, está basada en razones morales”<sup>49</sup>.

Para concluir, es importante resaltar que Alexy, al enunciar a) y b), no sostiene que toda decisión jurídica individual “[...] necesariamente satisfaca la pretensión de corrección moral [...]” o que “[...] el Derecho es siempre moralmente correcto”. Eso implicaría la posición de que todo lo que no es moralmente correcto no es Derecho. La posición de Alexy, en ese punto, tiene que ver con una conexión cualificativa y no clasificativa. Alexy escribe que “[...] la pretensión de corrección que está necesariamente conectada

---

una base suficiente para establecer [...] una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral [...]” (p. 74).

En ese punto, Alexy presupone su distinción entre principios (mandatos de optimización) y reglas (mandatos definitivos). En el presente texto no hay espacio para discutir esa distinción. Véase: ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (1985).

<sup>46</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 76.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 78. Alexy escribe: “Beyond the threshold of extreme injustice, there is broad agreement about what violates morality, but below this threshold, controversy prevails. This does not mean that, below the threshold, there are no standards whatsoever for what is just and what is unjust. The key is the claim to justifiability implicit in the claim to correctness [...]” (p. 79).

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 76.

con el Derecho, al incluir una pretensión de corrección moral, es la razón por la cual, abajo del límite de la injusticia extrema, una violación de la Moral correcta no lleva [...] a la pérdida del status jurídico, sino necesariamente a la defectuosidad jurídica [*legal defectiveness*]<sup>50</sup>.

### 3. Las objeciones de Raz y Bulygin

Como he afirmado en la introducción, en esta sección discuto algunas de las principales objeciones que los argumentos de Alexy recibieron de dos importantes autores de la tradición del positivismo jurídico. En el punto 3.1, hago una reconstrucción de los principales puntos de crítica de Joseph Raz. En el punto 3.2, trato la más reciente crítica que Eugenio Bulygin formula con el intento de refutar el razonamiento de Alexy. En el punto 3.3, por fin, hago una comparación general de la contraargumentación de esos dos autores y observo que, aunque ambos sigan líneas de razonamiento distintas, ellas se refuerzan mutuamente como un “foco de resistencia común” del positivismo jurídico no necesariamente contra lo que es esencial en una posición no-positivista o no necesariamente contra lo que es esencial en la posición no-positivista defendida por Alexy.

#### 3.1. La crítica de Raz

a) La crítica de Raz comienza por el propio título de su texto. Mientras que el título de la traducción inglesa del libro de Alexy es *The argument from Injustice: a reply to legal positivism*, el título del texto de Raz es *The argument from Justice or How not to reply to legal positivism*. En términos generales, lo que Raz intenta hacer es mostrar que aquello que Alexy juzga identificar como la “tesis de la separación” del positivismo jurídico es una tesis que no es compartida ni por el propio Raz, ni por ningún otro autor de relevancia que se ha identificado como “positivista jurídico”.

Alexy formula la “tesis de la separación” sosteniendo que ella consiste en la definición del concepto de Derecho sin que ningún elemento moral sea incluido. La primera reconstrucción que propone Raz es que, si ningún elemento moral debe ser incluido en la definición del concepto de Derecho, entonces la tesis formulada por Alexy es la de que ningún concepto moral figure en la definición de Derecho. Si esa reformulación es válida, entonces

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 79.

sigue que el “positivista” que no admitiera en una *definición* de Derecho conceptos morales (lo que quiera que esos conceptos, de hecho, sean) estaría dentro de la clase genérica del “positivismo jurídico” que formula Alexy. El propio Raz no ha formulado ninguna definición de Derecho y su razonamiento en favor de la naturaleza autoritativa del Derecho<sup>51</sup>, aunque se relacione con la posición de que el Derecho necesariamente pretende tener autoridad legítima y de ser esa pretensión, para Raz, una pretensión moral, en ningún momento ha sostenido la posición de que una *definición* de Derecho incluye o tiene que incluir conceptos morales. Para ser exacto, Raz, compartiendo la posición de Hart en *The Concept of Law* (1961), ni siquiera cree que formular una definición de Derecho sea una tarea productiva. La investigación sobre la naturaleza del Derecho es, ante todo, una investigación sobre las propiedades *necesarias* y *esenciales* del Derecho o, si se prefiere, del *concepto de Derecho*. Eso no presupone siquiera que una definición del concepto de Derecho sea posible. La tarea es poco productiva, entre otras razones, porque un mismo concepto puede admitir más de una definición igualmente válida y porque puede ocurrir, incluso, que un concepto no sea pasible de ninguna definición.

Otra tesis que Alexy atribuye a las “teorías de tradición positivista” y que, según Raz, no es compartida por muchas de esas teorías es la tesis de la contingencia, esto es, la tesis que enuncia la existencia de alguna conexión entre el Derecho y la Moral, pero afirma que esa conexión es contingente, dependiendo de lo que viene enunciado en el Derecho positivo<sup>52</sup>. Para Raz, lo que hay de común en la tradición del positivismo jurídico es la tesis de que determinar lo que el Derecho es no depende necesariamente o conceptualmente de consideraciones morales o valorativas<sup>53</sup>. En ese punto, Raz admite que la tesis común en el positivismo jurídico es una tesis sobre la posibilidad de *identificar* lo que el Derecho es (lo que un sistema jurídico comanda, prohíbe o permite) sin recurrir a valores morales, y no una tesis sobre lo que el Derecho debe ser, teniendo en cuenta ciertas circunstancias.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Véase, para el proyecto raziano del Derecho en cuanto una estructura de autoridad: RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, OUP, 2009; RAZ, Joseph, *Authority, Law and Morality*, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1996, pp. 210-37.

<sup>52</sup> Raz escribe: “hay naturalmente un número indefinido de propiedades morales necesarias que el Derecho de cualquier país debe tener [...]” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 318).

<sup>53</sup> Para una versión de esa tesis: MARMOR, Andrei (2001), p. 71.

<sup>54</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 319.

b) Raz encuentra cierta dificultad en comprender la distinción de Alexy entre la perspectiva del participante y del observador. Como se ha visto, Alexy toma la perspectiva del participante como siendo la de quien participa, *dentro del sistema jurídico*, de una disputa sobre lo que es comandado, prohibido y permitido en ese sistema jurídico; y toma la perspectiva del observador como siendo la de quien pregunta sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en cierto sistema jurídico. Para Raz, no está claro, primero, qué significa participar de una disputa, y, segundo, qué significa participar de una disputa dentro del sistema jurídico. Un japonés que, v. g., no siendo naturalizado brasileño y no compartiendo ningún conocimiento más cercano de la cultura jurídica brasileña, escribiese un texto criticando algunas de las decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño por no estar de acuerdo con una interpretación que él considera más adecuada de las leyes brasileñas, ¿estaría o no participando de una disputa *dentro del sistema jurídico brasileño*? ¿O la perspectiva del participante debe ser tomada de modo más estricto, sólo para el caso de un abogado que, v. g., formula la misma línea de razonamiento del crítico japonés, pero para defender a un cliente en un Tribunal en Brasil?

Raz sostiene que no habría cualquier distinción relevante entre esas dos situaciones y admite que, en la ausencia de una mejor explicación por parte de Alexy, “[...] la perspectiva del participante [de Alexy] no tiene nada que ver con la participación en disputas”<sup>55</sup>. Raz identifica un problema similar con la definición de Alexy sobre la perspectiva del observador. La duda es si compartir la perspectiva del observador es sólo compartir una perspectiva que debe ser efectivamente adoptada por alguien que busque responder la cuestión de cómo las decisiones son realmente tomadas, o si para compartir esa perspectiva alguien precisa sólo formular la pregunta sobre cómo las decisiones son realmente tomadas. Para Raz, Alexy tampoco ofrece cualquier camino de respuesta para ese punto. Eso lo hace admitir que

---

Resáltese que Alexy es el único autor contemporáneo que formula una auténtica definición del concepto de Derecho (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 127). Él admite que, consistiendo la naturaleza del Derecho en sus propiedades necesarias, “[...] toda definición del concepto de Derecho corre el riesgo de fallar en identificar esas propiedades adecuadamente [...]”. Alexy asume que esas propiedades, para que sean comprendidas como propiedades necesarias de un mismo concepto, tienen que ser dispuestas de un modo *sistemático*, y alguna definición del concepto de Derecho puede ser útil para rellenar esa necesidad (Cf. ALEXY, Robert (2007a), p. 42).

<sup>55</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 321.

compartir esas perspectivas es sólo “[...] endosar proposiciones o visiones sobre lo que el Derecho es (perspectiva del participante) o sobre cómo las cortes realmente deciden los casos (perspectiva del observador)”<sup>56</sup>.

c) En lo que respecta a la tesis de la corrección de Alexy, Raz identifica una primera dificultad: la de tomar la pretensión de corrección, sea en el Derecho como un todo, sea en las normas y decisiones judiciales, como algo que es específico del concepto de Derecho. Para Raz, la tesis de la corrección debe estar anclada en una tesis más general de que toda acción intencional levanta, en las circunstancias en que ella es realizada, una pretensión de ser una acción *correcta* en cuanto una acción de su tipo (un agente que promete algo pretende que su acción lingüística sea reconocida como una promesa y no como un consejo o una orden, v. g.)<sup>57</sup>. La lectura “jurídica” de esa tesis general es que una de las descripciones posibles de lo que el Derecho es corresponde a la lectura de que el Derecho es un producto de acciones humanas intencionales y, por lo tanto, todas aquellas propiedades que son típicas de las acciones intencionales también lo son del Derecho en cuanto producto de esas acciones. Así, la pretensión de corrección de las acciones intencionales no sería algo específico del Derecho y, por lo tanto, no sería algo que identifica una propiedad específica del concepto de Derecho.

Una segunda dificultad levantada por Raz, y que será también levantada por Bulygin (punto 3.2), es que la tesis de la corrección, en el modo como Alexy la sostiene, se relaciona con una pretensión de que el Derecho sea *moralmente correcto*. Alexy, en algunos fragmentos de su texto, utiliza la expresión “pretensión de justicia” (*claim to justice*)<sup>58</sup>, que tal vez sea una expresión más adecuada si se quiere mostrar algo específico acerca del concepto de Derecho<sup>59</sup>. Además, debe notarse que la tesis de la corrección

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 322.

<sup>57</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 324. Raz escribe: “[...] if an agent acts intentionally and is proven to have acted inappropriately or unwisely, or in some other way to have acted as he should not have, he must, once convinced of his mistake, believe that he should not have acted as he did, on pain of irrationality. In this sense, every intentional action ‘claims’, that is commits its agent to, its own correctness”.

<sup>58</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 37-8.

<sup>59</sup> Raz sostiene esa posición: “[...] if the law is committed to standards of justice this follows from the nature of law, not from the nature of purposeful activity. It follows that nothing can be learnt from the correctness thesis about the nature of law [...]” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 326).

no puede ser usada como una estrategia para refutar alguna posición positivista, y el propio Alexy admite que su tesis de la corrección no es incompatible con una posición positivista del concepto de Derecho. Alexy escribe que “[...] un positivista puede endosar el argumento de la corrección e incluso así insistir en la tesis de la separación, [...] puede] sostener que la pretensión de corrección, teniendo contenido trivial sin implicaciones morales, no puede conducir a una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral [...]”<sup>60</sup>. Eso es así, en parte, porque la tesis de la corrección, aunque no sea una tesis vacía, es una tesis *formal*, que establece “una verdad conceptual” y que sólo “[...] marca la naturaleza de la actividad propositiva [...]”<sup>61</sup>.

d) Considérese, ahora, un enunciado del argumento de la injusticia en Radbruch: “El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede ser bien resuelto del siguiente modo: el Derecho positivo, asegurado por la legislación y por el poder, tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto e inapropiado, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un nivel intolerable al punto de que la ley, en cuanto una “ley ilegal”, deba ceder a la justicia”<sup>62</sup>. En ese enunciado se puede identificar una ambigüedad relevante. De un lado, se puede admitir que la corte tiene un deber de no aplicar una disposición legislativa si esa disposición es extremadamente injusta. Esa interpretación de la fórmula de Radbruch es compatible con la tradición de las teorías positivistas si con “deber de no aplicar una disposición legislativa” se designa un *deber moral*, y no un *deber jurídico*. Por otro lado, se puede admitir que el Derecho necesariamente contiene una norma jurídica que enuncia que las cortes *deben* no aplicar leyes extremadamente injustas. Esa última interpretación de la fórmula de Radbruch puede ser comprendida de dos maneras: la primera es la tesis de que todo sistema jurídico contiene o debe contener una regla que enuncia que leyes extremadamente injustas no son Derecho; y la segunda es la tesis de que todo sistema jurídico contiene o debe contener una regla (jurídica) que ordene que los jueces deben no aplicar reglas (extremadamente) injustas inclusive si ellas son “jurídicas”. Esas dos maneras de interpretar la fórmula de Radbruch designan propiedades *contingentes* de los sistemas jurídicos, aunque afirmen que son propiedades que un sistema jurídico *debe* tener (léase: propiedades que *es bueno o deseable* que un sistema jurídico tenga).

<sup>60</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 39.

<sup>61</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 326.

<sup>62</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav (1990), p. 89 (traducción libre).

Raz sostiene la segunda interpretación cuando escribe: “Si asumimos que la regla que confiere poder a las Cortes para alejar leyes extremadamente injustas puede existir en algunos sistemas jurídicos y no existir en otros, entonces su existencia puede solamente ser un *problema de hecho social* [...]”<sup>63</sup>. Él también afirma que esa es incluso la posición de Alexy, la cual “[...] sólo muestra que el Derecho incluye tales elementos [morales], o sea, que el Derecho *puede* incluir una norma que establezca que leyes extremadamente injustas son inválidas si, por ejemplo, la legislatura aprueba una ley para ese efecto, [...] el concepto de Derecho no necesita incluir nada más allá de que el Derecho es aquello que la legislatura legisla”<sup>64</sup>. En efecto, Alexy, al afirmar que los jueces dejan o pueden dejar de aplicar leyes extremadamente injustas sobre la base de *razones jurídicas* (y no sólo sobre la base de razones morales), ajusta su posición con esa segunda interpretación de la fórmula de Radbruch. Alexy enuncia que el juez “debe caracterizar su decisión [esto es, la decisión de no aplicar una ley extremadamente injusta] como “Derecho” en la medida en que él está decidiendo sobre la base de *razones jurídicas*”<sup>65</sup>. Raz da una interpretación alternativa de ese punto afirmando que Alexy puede estar enunciando que el juez debe tomar su decisión partiendo del presupuesto de que ella es una decisión jurídicamente vinculante. El problema es que, para Raz, una decisión es jurídicamente vinculante no porque el juez está decidiendo sobre la base de razones jurídicas, sino porque se le fue conferido un poder (jurídico) para resolver el conflicto que le fue presentado. El poder (jurídico) conferido al juez “es lo que torna su decisión vinculante en el Derecho, y ella es *vinculante inclusive cuando sea jurídicamente errada*, es decir, incluso si ella no está *correctamente basada en las razones jurídicas*”<sup>66</sup>. En la posición raziana, por lo tanto, la única línea de razonamiento que podría ser formulada en contra de una posición positivista no es la de demostrar que las cortes de todo y cualquier sistema jurídico deben no aplicar leyes extremadamente injustas, mas sí la de demostrar que el Derecho<sup>67</sup> necesariamente

<sup>63</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 330.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>65</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 39.

<sup>66</sup> En el original: “That makes his decision binding in law, and it is so binding even if it is mistaken in law, that is, even if it is not correctly based on legal reasons” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 329).

<sup>67</sup> Formulo ese punto usando el término “Derecho” y no “todo y cualquier sistema jurídico”, porque así se abre espacio para sostener la posición de que puede existir algún poder jurídico implícito que autoriza a las Cortes a no aplicar leyes (extremadamente) injustas.



les confiere ese poder (jurídico), en la medida en que eso hace que el ejercicio de ese poder (resáltese: *jurídico*) no sea tomado como una violación del propio Derecho.

Raz aún afirma que Alexy no dispone de un argumento para sostener la inferencia de la pretensión de corrección jurídica para la pretensión de corrección moral, o sea, la inferencia de que si el Derecho crea una pretensión de corrección jurídica y esa pretensión crea o está conectada con una pretensión de corrección moral, entonces el Derecho crea una pretensión de corrección moral. En otras palabras, Raz critica la posición alexyana de que esa pretensión de corrección moral sea una propiedad específica del concepto de Derecho. La posición de Raz es la siguiente: aunque una pretensión moral sea creada por las instituciones jurídicas (cuando actúan *como si* tuviesen autoridad legítima, junto con el hecho de que ellas *pueden* tenerla), esa pretensión moral del Derecho *no* se confunde con una pretensión de corrección moral de sus normas, ya que las directivas formuladas por las autoridades, en la teoría raziana, son vinculantes mismo cuando no están correctas. Raz escribe que:

[...] el Derecho pretende tener autoridad legítima, en el sentido de que las instituciones jurídicas actúan como si ellas tuviesen tal autoridad [...]. *Eso es, claro, una pretensión moral, pero no es una pretensión de corrección moral. Es de la naturaleza misma de las reglas autoritativas que ellas son vinculantes inclusive si no están correctas. [...] No es verdadero que el Derecho cree una pretensión de corrección moral.*<sup>68</sup>

e) Una última crítica que Raz formula es la de cuestionar si, de hecho, hay nociones de justicia que son racionalmente justificables, o si es posible identificar una acción o una norma como (extremadamente) injusta. Alexy formula el siguiente principio: “[...] cuanto más extrema es la injusticia, más cierto es el conocimiento de ella”<sup>69</sup>. Raz argumenta que es posible justificar racionalmente en favor de una conclusión *errada*, o sea, es posible formar, a través del razonamiento, una creencia racional falsa (aunque con

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>69</sup> En el original: “If there are notions of justice which are rationally justifiable, then one who rationally justifies his view that an action is unjust can be said to know this. Now the following principle applies: the more extreme the injustice the more certain the knowledge of it” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 32).



pretensión de ser verdadera); y de que tampoco es plausible la afirmación de que el referido principio es válido, en la medida en que hay una diferencia entre *creencia* y *conocimiento*. Algo que hoy es considerado extremadamente injusto, sea por referencia a algo del presente o del pasado, puede no haber sido así considerado por las personas que participaban de una cierta práctica cultural en otro período histórico. Es decir: algo que hoy se cree como extremadamente injusto puede no haber sido así considerado en algún otro momento, ya que es posible tener un *conocimiento* sobre una *creencia* que *no es siempre verdadera* (o sea, una creencia que puede no ser verdadera *ad eternum*).<sup>70</sup>

### 3.2. La crítica de Bulygin

a) En reciente texto, Eugenio Bulygin destaca puntos interesantes de crítica a algunos de los argumentos dispuestos por Alexy. El primero es si es posible demostrar que existen conexiones conceptuales entre el Derecho y la Moral, entonces no habría motivos para recurrir a argumentos normativos. Si existe una conexión entre el Derecho y la Moral, entonces esa conexión, por definición, es una conexión *necesaria*: o algún elemento moral está incluido en el concepto de Derecho, o ningún elemento moral está incluido. Si está incluido, entonces cualquier argumento normativo ulterior es superfluo, y si no está incluido, entonces cualquier argumento normativo ulterior es inútil<sup>71</sup>.

b) El segundo punto es la reconstrucción de la “perspectiva del observador”. Para Alexy, como se ha visto, la perspectiva del observador se caracteriza sólo por quien se cuestiona sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en un determinado sistema jurídico. De esa definición sigue, para Bulygin, una caracterización muy estricta de lo que es realmente

<sup>70</sup> Ese es un argumento empírico, y Raz lo formula así: “¿Es verdadero que cuanto mayor sea la injusticia sería menos probable que cometiésemos errores al identificarla como una injusticia? Hay alguna evidencia empírica para dudar de esa pretensión. Muchos admitirán que la esclavitud, como fue practicada por judíos y cristianos en los siglos XVI y XVII, estuvo entre las mayores injusticias de esos tiempos e, incluso así, ella no estaba entre las más obvias injusticias para las personas que participaban de ellas” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 333).

Raz aun formula una breve crítica sobre el argumento de los principios de Alexy que no será desarrollada aquí. Véase: RAZ, Joseph (2009), pp. 333-35.

<sup>71</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 3.

la perspectiva de un observador, que es la perspectiva primaria, v. g., de un jurista o de un cientista del Derecho. La tarea de foco de esa perspectiva es la *identificación del Derecho*, o sea, es la de identificar cuáles normas pertenecen a un sistema jurídico y, así, es la de identificar cuáles acciones son prohibidas, permitidas o comandadas en ese sistema jurídico. El punto de vista del observador es un punto de vista *descriptivo* acerca del Derecho. En ese punto, Alexy está completamente de acuerdo en que, a partir de la perspectiva de un observador, “[...] la tesis de la conexión no puede ser sostenida por una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral”<sup>72</sup>, y que “[...] del punto de vista de un observador, la tesis positivista de la separación es *correcta*”<sup>73</sup>. 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”<sup>74</sup>.

El punto de vista del participante se refiere, en la reconstrucción de Bulygin, no tanto a la descripción del Derecho, sino a la *aplicación del Derecho* para resolver problemas prácticos<sup>75</sup>. Destáquese 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. Obsérvese, v. g., el caso paradigmático de un participante del sistema jurídico: el juez. Para que un juez resuelva un problema jurídico, es necesario, ante todo, que él adopte la perspectiva del observador para determinar lo que el Derecho existente ordena. Ese juez puede *observar* que el Derecho no ofrece ninguna solución posible para el problema jurídico en cuestión y, así, puede observar la existencia o de alguna *laguna normativa* (caso en que no hay cualquier solución prevista en el sistema jurídico), o de alguna *contradicción normativa* (caso en que hay más de una solución, y en que las soluciones disponibles son incompatibles entre sí)<sup>76</sup>, o de alguna *vaguedad en el lenguaje* (caso de la “zona

<sup>72</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 30.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>74</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 3.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>76</sup> Para esos dos casos de indeterminación del Derecho, véase: ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio. (1974), p. 201 y ss.

de penumbra”<sup>77</sup>). Existe, aun, el caso de la indeterminación del Derecho que aquí es más relevante: el caso de la *laguna axiológica*. En términos generales, ese caso se refiere a la situación en que un juez, aunque observe una y sólo una solución posible en el sistema jurídico, la considera una solución extremadamente injusta, sea porque no está de acuerdo con el juicio valorativo del legislador, sea porque cree que alguna importante propiedad axiológica no fue considerada. La cuestión central que surge en esas situaciones es la de si el juez *puede* o *debe* aplicar otra norma que, en su opinión, sea más adecuada para el caso, aunque esa norma no esté prevista como la solución jurídica dentro del sistema. Bulygin es claro en ese punto:

“[...] cuando el juez no aplica una norma válida porque en su opinión esa aplicación llevaría a una gran injusticia y aplica otra norma eventualmente creada por él, eso no puede ser descripto como una modificación del concepto de Derecho. Lo que es modificado en esos casos son normas o reglas de un sistema jurídico, no el concepto de Derecho”<sup>78</sup>.

En otras palabras, la crítica de Bulygin está direccionada a la línea argumentativa de Alexy cuando sostiene que si el caso central del argumento de la injusticia extrema es el de las normas individuales extremadamente injustas, entonces, partiendo de ese argumento, sería posible demostrar la existencia de una conexión normativamente necesaria entre el Derecho y la Moral, y, así, sería posible demostrar algo sobre el *concepto de Derecho*. Para Bulygin, el caso de las normas individuales extremadamente injustas, cuando mucho, puede ayudar en la demostración del argumento de que algunas normas, por ser injustas, son (o hasta deben ser) eventualmente modificadas<sup>79</sup>, pero no en la demostración de alguna propiedad necesaria acerca del concepto de Derecho.

<sup>77</sup> Véase: HART, HLA (1994), p. 137 y ss.

<sup>78</sup> En el original: “When the judge does not apply a valid norm because in his opinion its application would lead to a great injustice and instead applies another norm, eventually created by him, this cannot be described as modification of the concept of law. What is modified in such cases are the norms or rules of a legal system, not the concept of law.” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 8).

<sup>79</sup> Bulygin resalta la regla presente en el Código Civil Suizo: “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon droit coutumier, et à défaut d’une coutume, selon les règles qui’il établirait s’il avait à faire un acte de législateur”. Esa es, para Bulygin, una regla “más realista” (*ibidem*, p. 11).

c) La última crítica que Bulygin dirige a los argumentos de Alexy se refiere a la pretensión de corrección<sup>80</sup>. La estrategia que Bulygin adopta es doble: a) primero, demuestra una circularidad en el razonamiento cuando Alexy defiende que la noción de “defectuosidad jurídica” (*legal faultiness*) contribuye para la necesidad de la pretensión de corrección; y b) segundo, demuestra 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”<sup>81</sup>.

Para a), Bulygin sostiene que, en el razonamiento de Alexy, si la pretensión de corrección es necesaria, ella lo es porque sistemas jurídicos que la levantan pero no la cumplen son sistemas *jurídicamente defectuosos*. Al mismo tiempo, la defectuosidad jurídica de esos sistemas tiene un carácter especial justamente por el hecho de que la pretensión de corrección es necesaria. En otras palabras, de un lado está la proposición de que “si la pretensión de corrección es necesaria, entonces los sistemas jurídicos que no la cumplen son jurídicamente defectuosos” (necesidad como una *razón*); y, de otro lado, está la proposición de que “si hay sistemas jurídicos que son jurídicamente defectuosos, entonces sigue que la pretensión de corrección por ellos creada es (o tiene que ser) necesaria” (necesidad como una *consecuencia*). Para Bulygin, la circularidad en el argumento de Alexy está en que “[...] la necesidad de la pretensión [de corrección] es al mismo tiempo una razón y una consecuencia de esa pretensión”<sup>82</sup>.

Para b), Bulygin identifica una ambigüedad ya presente en la distinción que Alexy formula entre una tesis no-positivista fuerte y débil. De un

<sup>80</sup> Resáltese que mi énfasis aquí es sólo en los últimos contraargumentos que Bulygin dispuso al argumento de la corrección de Alexy. Para una visión detallada del debate, véase: ALEXY, Robert, “On Necessary Relations between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, vol.2, No.2, 1989: p. 167; BULYGIN, Eugenio, “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawitz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 19-24; ALEXY, Robert, “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 235-250; BULYGIN, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”; y ALEXY, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, ambos en *Ratio Juris*, vol.13, Nro. 2, 2000, pp. 133-137 y pp. 138-147.

<sup>81</sup> El punto b) es similar a una de las críticas hechas por Raz (ver punto 3.1).

<sup>82</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 12.

lado, se puede defender que todo sistema jurídico incluye *siempre* alguna Moral (no necesariamente la misma Moral), pero, por otro lado, se puede sostener que todo sistema jurídico necesariamente incluye (o tiene siempre que incluir) una Moral especial (correcta o adecuada)<sup>83</sup>. Bulygin descarta de inmediato la tesis *débil*, si, con ella, se pretende defender un argumento *contra* el positivismo, ya que ningún positivista serio podría argumentar que un sistema jurídico no incluye algunos principios morales. Esa tesis, como se ha visto, no es la tesis que Alexy sostiene por último, pero, al menos, él la toma como una tesis no-positivista *sostenible* o *posible*. Por su vez, si, como Bulygin afirma, esa tesis es *totalmente* compatible con tesis positivistas, entonces sigue o que no se la puede clasificar como una tesis no-positivista, o que no se enuncia nada de relevante al clasificarla como no-positivista. Alexy, no obstante, sostiene, por último, la tesis *fuerte*, y Bulygin considera que hay por lo menos dos objeciones posibles a ella. La primera es que no estaría claro si de hecho existe la Moral correcta o verdadera (y, existiendo una Moral correcta o verdadera, cuál Moral sería esa); y la segunda es la de que se debe distinguir entre la Moral correcta y la *idea* de una Moral correcta<sup>84</sup>.

La salida de Bulygin es sutil. La primera objeción formulada no tiene mucha relevancia para refutar los argumentos de Alexy, ya que esa objeción es una formulación posible y genérica de una posición *relativista* (punto 2.3.2). La segunda objeción, no obstante, a pesar de sutil, es bastante relevante, pues abre espacio para la afirmación de que, por más que pueda existir una Moral correcta o verdadera, es *siempre posible* que se tengan *diferentes ideas* acerca de ella, o acerca de lo que ella es. La tesis fuerte de la conexión sólo podría ser demostrada, para Bulygin, no sólo demostrando la existencia de una Moral correcta o verdadera, sino también demostrando que todas las personas tuvieron o tienen la *misma idea* de la Moral correcta o verdadera, lo que sería *muy improbable*<sup>85</sup>. Un contra-argumento a esa objeción es el siguiente: el argumento de Alexy no afirma que esa Moral correcta o verdadera presupone una demostración de

<sup>83</sup> Bulygin expresa ese punto de un modo más riguroso. Para la tesis débil,  $(x) Dx \rightarrow (Ey) (My \& xIy)$ , y para la tesis fuerte,  $(Ey) My \& (x) (Lx \rightarrow xIy)$ , donde “D” corresponde a “Derecho”, “M” a Moral e “I” a la relación de inclusión. (*Ibidem*, p. 13).

<sup>84</sup> *Id. Ibidem*.

<sup>85</sup> Bulygin propone una pregunta provocativa: “¿Es lo mismo aquello que personas como Kant, Hitler, Stalin, Gandhi o Bush comprendieron por una Moral correcta?” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 14).

que todas las personas tuvieron o tienen la misma idea de esa Moral (algo que Alexy, creo yo, consideraría como improbable), sino sólo que, para cualquier afirmación moral (o sea, para una afirmación a partir de un punto de vista moral), se levanta una pretensión de *corrección* que está intrínsecamente conectada con la posibilidad de universalización de lo que está siendo afirmado. Esa posibilidad de universalización es lo que torna posible justificar racionalmente la existencia de algunas *exigencias morales mínimas*, como la exigencia de no matar al otro o de no violar la integridad física de una persona<sup>86</sup>.

Para unir todos los puntos, la crítica de Bulygin a los argumentos de Alexy es la siguiente: si Alexy admite como posible *identificar* el Derecho (o todas las normas jurídicas), en la perspectiva del observador, sin recurrir a argumentos o valores morales (posición positivista), entonces él admite como *posible* alguna versión del positivismo jurídico, ya que es un punto común y no-controvertido en las tesis positivistas más serias<sup>87</sup> que el positivismo se refiere a la *identificación del Derecho*, y, por lo tanto, que el positivismo *no* niega que los jueces frecuentemente utilizan argumentos morales para justificar sus decisiones. Si se concentra en la perspectiva del participante, el resultado final de la crítica de Bulygin es que tanto la tesis no-positivista de Alexy como las tesis positivistas admiten que, por lo menos algunas veces, los jueces *no* aplican normas que ellos consideran como extremadamente injustas. La diferencia, en ese punto, sería insignificante, ya que, para Alexy, los jueces dejarían de aplicar esas normas sobre la base de *razones jurídicas* (que también son razones morales), en cuanto que en la posición positivista de Bulygin, los jueces dejarían de aplicarlas sobre la base de *razones morales* (que no son necesariamente razones jurídicas, aunque puedan serlo).

<sup>86</sup> En general, los defensores de la teoría del discurso tienden a sostener esa posición mínima. Véase, para otro ejemplo, además del propio Alexy: HABERMAS, Jürgen (1999), pp. 82-118.

<sup>87</sup> Aquí me refiero a las tesis positivistas sostenidas por Hart, Raz, Bentham, y hasta el mismo Kelsen. Por los límites de este texto, no hay cómo analizar todos esos autores. Me limito a afirmar que la tesis positivista afirma la posibilidad de identificar el Derecho sin recurrir a argumentos o valores morales. Tanto Alexy (aunque con alguna reserva), como Bulygin y Raz en sus críticas, afirman que ese es un punto en común entre las tesis positivistas.

### 3.3. *Un balance de las críticas: la aproximación entre el no-positivismo y el positivismo*

Cuando se comparan las críticas de Raz y Bulygin a la posición no-positivista de Alexy, un primer resultado que llama la atención es que ambos están de acuerdo en que es posible y necesario realizar una *crítica moral acerca del Derecho*. Ambos también están de acuerdo en que esa crítica moral es algo que, eventualmente, los participantes del sistema jurídico usan y pueden usar para justificar algunas de sus decisiones a partir del sistema jurídico. Bulygin, al final de su texto, escribe que “[...] órdenes normativas injustas ciertamente merecen ser duramente criticadas, pero no hay razón para no llamarlas ‘órdenes jurídicas’”<sup>88</sup>. A su vez, Raz, también al final de su texto, recordando a Bentham, escribe que “[...] después de todo fue Bentham el fundador del positivismo jurídico en Gran Bretaña, que hizo más que cualquier otro para sostener que el Derecho debe ser moral y que expuso las deficiencias morales del Derecho de su tiempo”<sup>89</sup>. Para ambos autores, no obstante, la crítica moral del Derecho no es, también, una crítica jurídica, y parece ser que ahí está el punto crucial de divergencia entre ellos y Alexy (si es que hay, realmente, algún punto significativo de divergencia).

Ambos autores (Raz y Bulygin) también están de acuerdo en el núcleo duro de la tesis general del positivismo jurídico, que es una tesis sobre la *identificación del Derecho*, o sea, es la tesis de que es posible identificar el *Derecho en cuanto Derecho*, sin tener que recurrir a argumentos o valores morales. Para Bulygin, esa es una tesis que el propio Alexy considera plausible, cuando defiende que, desde el punto de vista del observador (resáltese: del observador de Alexy), la tesis de la separación es *correcta*. Para Raz, no obstante, esa posición de Alexy no puede ser sostenida ni siquiera dentro del propio contexto de Alexy, ya que presuponer que hay dos conceptos distintos de Derecho (uno de la perspectiva del observador y otro de la perspectiva del participante), como Alexy presupone, es, en última instancia, confundir entre el análisis de lo que el Derecho es y el análisis de cómo los jueces lidian con los casos. La conexión entre esos

<sup>88</sup> En el original: “Unjust normative orders certainly deserve to be sharply criticized, but there is no reason not to call them ‘legal orders’” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p.16).

<sup>89</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 335.



dos conceptos, supuestamente distintos de Derecho, se da en la medida en que tanto uno como otro sirven para dar alguna luz sobre lo que ocurre con el Derecho en el contexto de su institucionalización en los tribunales, o en el contexto de cómo los tribunales usan, efectivamente, ese Derecho. En otras palabras, Raz identifica una ambigüedad en la distinción alexyana entre la perspectiva del “observador” y del “participante”, en la medida en que lo que el Derecho es (un enunciado a partir de la perspectiva alexyana del participante) sería diferente de lo que las instituciones jurídicas realmente hacen (un enunciado hecho a partir de la perspectiva alexyana del observador). Esa es una posición que, para Raz, es insostenible, porque ambas perspectivas no pueden excluirse mutuamente. En ese punto, Bulygin sugiere algo esclarecedor, al afirmar que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y todos los participantes son también observadores.

Con eso dicho, los tres autores están de acuerdo con la proposición general 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). El consenso va aun 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. 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”.<sup>90</sup>

Con eso, es claro, no pretendo afirmar que no existen serias divergencias entre Alexy, de un lado, y Raz y Bulygin, de otro. Esas divergencias, no obstante, parecen situarse no en lo que es esencial, sino sólo en el *modo* como Alexy sostiene algunas de sus tesis y argumentos. Es preciso admitir

<sup>90</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p.335.



que, v. g., la formulación alexyana de la tesis positivista de la separación es bastante genérica e imprecisa, razón por la cual él acaba atacando, inconsistentemente, algunas de sus propias posiciones no-positivistas, o acaba atacando “en el vacío”, arremetiendo una posición que *no* es, de hecho, sostenida dentro de lo que se ha dado a llamar “tradicción de las teorías positivistas”. De eso se puede extraer que el título de la traducción inglesa de su libro (*The Argument From Injustice: a reply to legal positivism*) no expresa, al menos totalmente, aquello que Alexy realmente ha expresado (o no ha expresado, incluso pretendiendo expresar) al escribirlo. En otras palabras, Alexy hasta puede ofrecer una defensa incisiva y, en general, convincente de una posición no-positivista, pero no parece, al mismo tiempo, ofrecer una resistencia al positivismo jurídico, al menos en el modo como Raz y Bulygin lo sostienen.

Por fin, lo que se puede concluir del presente texto es que, en general, aquello que algunas veces se marca como una dicotomía de dos posiciones divergentes e inconciliables entre “positivismo” y “no-positivismo”, en verdad no llega a ser siquiera una dicotomía interesante de ser sostenida, porque contribuye más para confundir que para esclarecer. Más importante que la preocupación de clasificar una u otra posición de positivista o de no-positivista es discutir la plausibilidad de cada uno de los argumentos que son dispuestos en contra y en favor de una y otra posición, porque sólo así es posible decir algo no trivial sobre las propiedades esenciales y necesarias del Derecho o, lo que es lo mismo, sólo así es posible conocer algo sobre su naturaleza *en cuanto* Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert, “An answer to Joseph Raz”, en *Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, George Pavlakos (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007a, pp. 37-55.
- : “On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz’s ‘Can There Be a Theory of Law?’”, en *Ratio Juris*, 20, 2007, pp. 162-9.
- : “On the Concept and the Nature of Law. Lecture in Honour of Leon Petrazycki”, en *Ius et Lex*, Varsovia, Fundacja “Ius et Lex”, 2006a, pp. 31-51.

- : “The Nature of Legal Philosophy”, en *Ratio Juris*, 17, 2006, pp. 156-67.
- : *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Stanley Paulson e Bonnie L. Paulson (trads.), Oxford, Clarendon, 2004.
- : “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 138-147.
- : “The Special Case Thesis”, en *Ratio Juris*, 12, 1999, pp. 374-84.
- : “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 235-250.
- : *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Suhrkamp, 1985.
- : *Theorie der Juristische Argumentation*, Baden-Baden, Suhrkamp, 1978.
- BULYGIN, Eugenio, *Alexy between Positivism and Non-positivism* (manuscrito inédito).
- : “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 133-137.
- : “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 19-24.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, New Bakersville, MIT Press, 1999.
- HART, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1994.
- : “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 47-87.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, João B. Machado (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- : *HLA Hart*, 2ª ed. Stanford, Stanford University Press, 2008.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.
- : “On the Necessity of the Interconnection between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, 18, 2005, pp. 64-83.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie III*, Arthur Kaufmann (ed.), Heidelberg, 1990.

RAZ, Joseph, "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.

—: "Authority, Law and Morality", en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 210-37.

SEARLE, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

SPAACK, Torben, *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=923440>, 2006.

—: "Legal Positivism, Law's Normativity and the Normative Force of Legal Justification", en *Ratio Juris*, 16, 2003, pp. 469-85.

TORRE, Massimo La., "On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: 'Exclusive' versus 'Inclusive'", en *Ratio Juris*, 19, 2006, pp. 197-216.