

JULIETA A. RÁBANOS
GIOVANNI B. RATTI
MARÍA CRISTINA REDONDO
(Coords.)

**EUGENIO BULYGIN EN LA
TEORÍA DEL DERECHO
CONTEMPORÁNEA**
Volumen II

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	9

SECCIÓN I

CONCEPCIONES DEL DERECHO Y DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. EL DESAFÍO DE EUGENIO BULYGIN A LA TESIS DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DEL DERECHO. LA CRÍTICA A ROBERT ALEXY, Paula Gaido	13
2. RAZ Y BULYGIN SOBRE EL ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO, Pau Luque e Ismael Martínez Torres	31
3. EL POSITIVISMO JURÍDICO ANALÍTICO DE EUGENIO BULYGIN, María Cristina Redondo	51
4. LEGAL THEORIES BETWEEN POSITIVISM AND NATURAL LAW, Juliano S.A. Maranhão y Giovanni Sartor	73
5. SOBRE EL REDUCCIONISMO JURÍDICO, Manuel Atienza	95
6. CONCEZIONI DELL'INTERPRETAZIONE, Giorgio Pino	113
7. CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE HOBBSIAN PROBLEM, Guido Pincione	143
8. DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL. EL LEGADO DE EUGENIO BULYGIN, Claudina Orunesu	161

SECCIÓN II

VIGENCIA Y VALIDEZ DE NORMAS JURÍDICAS

9. LA TEORIA DEL DIRITTO DEL «GIOVANE» BULYGIN, Riccardo Guastini	179
10. SOBRE VIGENCIA DE NORMAS, A PARTIR DE BULYGIN, Paolo Comanducci	211

	Pág.
11. EL CONCEPTO DE EXISTENCIA EN ALF ROSS, Federico José Arena ...	229
12. EL CONCEPTO DE VIGENCIA EN EUGENIO BULYGIN, Giovanni Battista Ratti	245
13. UN ANÁLISIS PSICOLÓGICO Y PROSPECTIVO SOBRE EL DERECHO VIGENTE, Diego Moreno Cruz.....	257
14. SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ COMO PERTENENCIA Y COMO APLICABILIDAD EN EUGENIO BULYGIN, Carla Huerta	277
15. LOS ENGRANAJES DE LA VALIDEZ. A PROPÓSITO DE LA RECONSTRUCCIÓN BULYGINIANA DE LA VALIDEZ EN KELSEN, Ángeles Ródenas.....	291
16. DEFINICIONES, HOSTILIDADES Y COMPROMISOS. EUGENIO BULYGIN Y LA REGLA DEL RECONOCIMIENTO <i>HARTIANA</i> , Sebastián Figueroa Rubio	309

SECCIÓN III

OTROS PROBLEMAS DE TEORÍA DEL DERECHO

17. UN RECONOCIMIENTO A LO EUGENIO BULYGIN: IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y DESCRIPCIÓN DE DEBERES JURÍDICOS, Diego Dei Vecchi y Pablo A. Rapetti	331
18. EUGENIO BULYGIN SOBRE OBSERVADORES Y PARTICIPANTES, Natalia Scavuzzo	355
19. LA DISOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA CERCANÍA EN LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO, María Laura Manrique	373
20. LA AUTORIDAD DE EUGENIO BULYGIN, Julieta A. Rábanos.....	387
21. UNA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN CON ENFOQUE LÓGICO. APUNTES SOBRE LA LEGISLACIÓN-PROCESO Y EL LEGISLADOR EN LA OBRA DE EUGENIO BULYGIN, Diego Almonacid Almarza	407
22. DERECHO Y REALIDAD: LOBACHEVSKY A LA CARTA, Ricardo A. Guibourg	423
23. ON EUGENIO BULYGIN'S KELSEN, Stanley L. Paulson.....	431
24. A NOTE ON EUGENIO BULYGIN AND RUSSIAN LEGAL SCHOLARSHIP, Mikhail Antonov.....	449

PRESENTACIÓN

Eugenio BULYGIN falleció en Buenos Aires el 11 de mayo de 2021. Pocos meses después, el 25 de julio, Eugenio hubiera cumplido noventa años. Por esa razón, numerosos amigos y colegas, principalmente de Europa y Latinoamérica, teníamos el propósito de reunirnos en Argentina, en un congreso de Homenaje a su impresionante trayectoria académica. Al mismo tiempo, celebraríamos también los cincuenta años de la publicación de *Normative Systems* (Springer, 1971) y los treinta años de la publicación de la primera edición de *Análisis lógico y derecho* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), ambos libros escritos juntamente con Carlos E. ALCHOURRÓN.

La pandemia de covid-19 alteró radicalmente ese escenario. La muerte de Eugenio fue un golpe inmenso, que nos provocó desánimo y una honda tristeza. Poco a poco, sin embargo, fue abriéndose paso la idea de mitigar esa congoja y mostrar nuestro afecto de una manera alternativa. Nos propusimos reformular el plan original y decidimos publicar un libro con un formato flexible. En este sentido, se elaboró una convocatoria amplia a la que respondieron colegas de Argentina, México, Chile, Colombia, Estados Unidos, España, Portugal, Francia, Italia, Alemania y Rusia. Intentamos especialmente incentivar la participación de jóvenes filósofos, que fueron siempre objeto de especial atención y cuidado por parte de Eugenio a lo largo de sus diversas posiciones y responsabilidades académicas. Con la ilusión de mantener cierta espontaneidad del proyecto inicial, no se establecieron limitaciones temáticas y cada uno de los autores era libre de elegir el modo de conmemorar al maestro y amigo. Sin embargo, no es una sorpresa advertir que la enorme mayoría de los trabajos son artículos académicos que giran en torno de problemas y desafíos que Eugenio ha enfrentado a lo largo de casi seis décadas: la forma y naturaleza de los argumentos jurídicos, la posibilidad de una lógica de normas, la distinción entre normas y proposiciones normativas, la ontología de las normas, la plausibilidad del positivismo jurídico, etc. Solo un puñado

de trabajos se aparta de estas líneas principales y abordan problemas de teoría general del derecho que seguramente también hubieran capturado el interés de BULYGIN.

Las dimensiones de la obra impusieron la necesidad de dividir el trabajo editorial y la compilación del material en dos volúmenes, que reúnen 48 contribuciones inéditas en castellano, italiano, inglés y portugués. Estos trabajos dejan testimonio no solo de la riqueza del campo de trabajo explorado por BULYGIN sino también del afecto por Eugenio de todos los que hemos sumado nuestro grano de arena en esta obra.

Finalmente, nunca hemos olvidado que una conmemoración de la obra de Eugenio BULYGIN está indisolublemente unida al reconocimiento del papel esencial desempeñado por Carlos E. ALCHOURRÓN. Como ha señalado VON WRIGHT, en el prólogo a *Análisis lógico y derecho*, la obra de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN:

... no es solo testimonio de los aportes de los dos autores al análisis lógico y a la filosofía del derecho. Es también un bello ejemplo de cómo las diferencias intelectuales y temperamentales de dos personas tan ricamente dotadas pueden fundirse en una amistad filosófica y ofrecer una síntesis más fecunda que la que quizás hubiera surgido de sus dotes, si se hubieran desarrollado aisladamente.

José Juan MORESO
María Cristina REDONDO
Giovanni B. RATTI
Julieta A. RÁBANOS
Jorge L. RODRÍGUEZ
Jordi FERRER BELTRÁN
Pablo E. NAVARRO

SECCIÓN I
CONCEPCIONES DEL DERECHO
Y DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. EL DESAFÍO DE EUGENIO BULYGIN A LA TESIS DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DEL DERECHO. LA CRÍTICA A ROBERT ALEXY

Paula GAIDO*

«A pesar de este escepticismo axiológico tengo firmes convicciones políticas, morales, estéticas y culinarias, pero no creo en la verdad de tales juicios, lo que no me impide considerar a Mozart como más valioso que un tango, preferir la catedral de Chartres al monumento de Vittorio Emmanuele, la estatura moral de Ghandí a la de Bush, una democracia (aún defectuosa) a una dictadura y un buen tinto a la Coca Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades».

E. BULYGIN¹

1. PRESENTACIÓN

¿Es relevante la comprensión de un valor moral en la comprensión del derecho? Eugenio BULYGIN nos dice que no. Que el valor moral que el derecho tenga o deje de tener no es relevante para la comprensión de aquello que el derecho es, ya que se trata de una cualidad contextual y contingente². Eso hace que incluir en la reconstrucción del concepto de derecho su vínculo intrínseco con un valor moral sea un error. Y que, por

* CONICET, Argentina. E-mail: paulagaido@gmail.com.

Este escrito es en homenaje al maestro Eugenio BULYGIN y a su manera rigurosa y no solemne, casi lúdica, de entender el quehacer filosófico en el ámbito del derecho. En su memoria. Agradezco a Cristina REDONDO por sus comentarios y sugerencias, una vez más.

¹ BULYGIN, 2009: 90.

² BULYGIN, 2004. Para una reflexión de BULYGIN sobre su propia teoría, cfr. CARACCILO, 1993: 509. Una revisión reciente de las principales tesis que sustentan la concepción del derecho de Eugenio BULYGIN, se encuentra en REDONDO 2021.

tanto, los contextuales y contingentes vínculos del derecho con la moral excedan el ámbito de la teoría del derecho³. Como apoyo de su afirmación, en uno de los trabajos en los cuales BULYGIN desarrolla esta tesis, sostiene: «Todos los sacerdotes pretenden que Dios existe (de lo contrario su actividad carecería de sentido), pero esta pretensión no prueba en absoluto su existencia»⁴. Es posible acordar con BULYGIN en que es necesaria una prueba independiente para sostener que Dios o los valores morales existen, y afirmar, a su vez, que la comprensión de la idea de Dios es relevante para la comprensión de la idea de religión, así como la comprensión de un valor moral es relevante para la comprensión de la idea de derecho. Muchos son los filósofos del derecho quienes, partiendo de diferentes tradiciones filosóficas, positivistas y antipositivistas, argumentan a favor de esta posición⁵. Comprender este valor moral al cual el derecho aspira es la llave para comprender el sentido en que el derecho es constitutivo o potencialmente constitutivo de razones que justifican nuestras acciones: su normatividad. Robert ALEXY es uno de ellos. Para ALEXY sin la comprensión de este valor moral no se advertiría que nuestras prácticas jurídicas son algo distinto a estructuras de poder diseñadas mera o exclusivamente para el dominio de unos sobre otros⁶. Este valor moral se introduce en el derecho vía la pretensión de corrección que necesariamente formulan quienes asumen la perspectiva de participantes en las prácticas jurídicas⁷. A través de ella una dimensión ideal y moral pasa a formar parte de eso que el derecho es; esto es: para ALEXY, vía la tesis de la pretensión de corrección, queda trabada una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, aun cuando en los hechos el derecho no satisfaga esta pretensión ni siquiera de manera mínima⁸. Esto porque la pretensión de corrección introduce en la comprensión del derecho a la moral, como idea regulativa. ALEXY ha dedicado gran parte de su teoría ha argumentar a favor del anclaje racional de esta tesis. A lo largo de casi tres décadas BULYGIN se dedicó a argumentar por qué piensa que

³ BULYGIN, 2004: 16-17. Aclaro que en este texto no haré distinción alguna entre «teoría» y «filosofía» del derecho.

⁴ *Ibid.*: 19.

⁵ FULLER, 1958; DWORKIN, 1998; NINO, 1994; RAZ, 1984; RAZ, 2004; WALDRON, 2013, entre otros. Dentro de las últimas contribuciones en esta línea, es posible consultar: GREENBERG, 2014; HERSHOVITZ, 2015; y un análisis crítico en DINDJER, 2020. Analicé el modo en que para RAZ y ALEXY el concepto de derecho de manera necesaria está vinculado a un valor moral, y las implicancias teóricas y prácticas de esta tesis en GAIDO, 2011. Para un análisis de las tesis metodológicas implicadas en la discusión, cfr. REDONDO, 2018.

⁶ ALEXY, 1989a (este trabajo es una versión abreviada de la que luego publicará el autor en alemán, en ALEXY, 1990); ALEXY, 1994.

⁷ Sobre la relevancia de distinguir entre la perspectiva de los participantes y de los observadores a los fines de comprender la normatividad jurídica, cfr. ATIENZA, 2001: 25.

⁸ ALEXY, en cambio, sí pone un límite a los niveles de injusticia que el derecho puede acarrear: de la mano de RADBRUCH sostiene que lo extremadamente injusto no es derecho; cfr. ALEXY, 1994: 45; ALEXY, 1999a. El argumento de la injusticia extrema, que ALEXY entiende como un argumento normativo (no conceptual) es otra de las vías que ALEXY transita para mostrar la relación necesaria entre derecho y moral, en la cual no me detendré en este escrito. Por tanto, dejaré de lado las críticas que BULYGIN le destina a este argumento en BULYGIN, 2012. Critiqué la necesidad planteada por ALEXY de fundar la cláusula de la extrema injusticia en un argumento normativo como el propuesto por RADBRUCH en GAIDO, 2012.

esta tesis de ALEXY es equivocada⁹.

En lo que sigue me propongo presentar y correlacionar las tesis de ambos autores, con el objetivo de identificar aquello en lo que radica el desacuerdo fundamental sobre el que se basan las específicas discrepancias que emergen de su debate. A tal fin, procederé a: (1) reconstruir la tesis de la pretensión de corrección de ALEXY; (2) identificar las principales críticas esgrimidas por BULYGIN; y, finalmente, (3) esbozar una breve reflexión final.

2. LA TESIS DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DE ALEXY

«Quienquiera que abandone la pretensión de corrección generalmente pierde la posibilidad de realizar afirmaciones de ningún tipo, porque solo aquellos actos de habla que formulan una pretensión de verdad o corrección son afirmaciones. La eliminación de la posibilidad de afirmar algo cambiaría nuestro lenguaje y la manera en que nos entendemos a nosotros mismos, y, de esta manera, a nuestra vida completamente. En vez de juicios y afirmaciones restarían tan solo sentimientos y opiniones... En efecto, podemos intentar desechar las categorías de verdad, corrección y objetividad. Pero si esto fuera exitoso, nuestro hablar y actuar sería diferente de lo que es en este momento. El precio no solo sería alto. En cierto punto consistiría en nosotros mismos».

R. ALEXY¹⁰.

2.1. Presupuestos

Los presupuestos en los cuales ALEXY descansa su tesis sobre la pretensión de corrección del derecho que analizaré a continuación no se encuentran del todo desarrollados en los escritos que integran el debate con BULYGIN. Sin embargo, considero que al menos dar cuenta de ellos de manera rudimentaria permitirá identificar mejor los desacuerdos entre los autores y, es de esperar, ofrecerá elementos que expliquen sus diferencias y posibiliten evaluar el carácter fructífero de su intercambio.

Para ALEXY el propósito de la filosofía del derecho es dar una explicación de la naturaleza del derecho¹¹. Esto es, tiene que dar cuenta de cuáles son sus propiedades necesarias¹². Y, para este autor, lo que el derecho verdaderamente sea no es algo que de manera necesaria exista en el mundo tal cual es, ni que se encuentre reflejado en el uso contingente que se

⁹ El debate entre BULYGIN y ALEXY, inicia con un escrito de BULYGIN en reacción a los trabajos de ALEXY citados supra (nota 6), y son estos los textos incluidos en la saga: BULYGIN, 1993; ALEXY, 1997; BULYGIN, 2000; ALEXY, 2000; BULYGIN, 2012; ALEXY, 2012b. Las primeras dos rondas del debate fueron publicadas en castellano en GAIDO (ed.), 2001; y se encuentra en producción una edición actualizada con la tercera y última ronda del debate.

¹⁰ ALEXY, 1999b: 27.

¹¹ ALEXY, 2004: 156; ALEXY, 2003: 4.

¹² ALEXY, 1995: 101-2.

hace del término «derecho», ni que pueda proponer el teórico sin tener de ninguna manera en cuenta a las prácticas existentes. Más bien, lo que el derecho verdaderamente es incluye los compromisos valorativos subyacentes a la práctica jurídica en tanto que práctica regulatoria (lingüística) de especiales características¹³.

No es posible para ALEXY comprender la naturaleza del derecho sino se comprende su doble dimensión real (positiva) e ideal (valorativa)¹⁴. El concepto *correcto* de derecho, por otra parte, tiene también una doble naturaleza real e ideal: parte de prácticas lingüísticas situadas e incluye una pretensión de adecuación a aquello a lo cual el concepto refiere (el objeto derecho con su naturaleza dual)¹⁵. ALEXY sostiene la siguiente tesis adicional: aun cuando es posible analizar al derecho desde diferentes perspectivas (externa e interna), desde las cuales se tienen diferentes conceptos de derecho, es tan solo a partir de una articulación del modo en que desde la perspectiva de los participantes se está comprometido a comprender al derecho (esto es, interna), que es posible llegar al concepto *correcto* de derecho¹⁶. Solo a partir de la reconstrucción de los compromisos conceptuales de los participantes de las prácticas jurídicas es que se llega al concepto *correcto* de derecho, que es el que captura su naturaleza dual. De este modo, para ALEXY, la forma en que los participantes entienden a sus propias prácticas no está separada de lo que estas prácticas son. Lo que importa, para ALEXY, son los compromisos conceptuales de los participantes, no la posesión más o menos perfecta que participantes individuales tengan del concepto de derecho, o el uso más o menos perfecto que hagan de tal concepto. Pareciera que ALEXY está pensando que es tarea del teórico del derecho intentar la articulación perfecta de ese concepto *correcto*¹⁷.

La tesis de la pretensión de corrección de ALEXY descansa en el supuesto de que realizar afirmaciones constituye la forma de vida más básica de los seres humanos¹⁸. Y, para este autor, estas afirmaciones están conceptualmente ligadas con un compromiso pragmático determinado: una pretensión de verdad o corrección¹⁹. Quienes realicen afirmaciones y nieguen la pretensión de verdad o la pretensión de corrección implícitas de manera necesaria en sus afirmaciones, incurrirían en una contradicción performativa; esto es, en una contradicción entre lo que se dice y lo que está implíci-

¹³ ALEXY, 2004: 156; ALEXY, 2003: 8-10.

¹⁴ ALEXY, 2010. Para una revisión reciente de los puntos centrales de la teoría de ALEXY, se puede consultar STECKMANN, 2021.

¹⁵ ALEXY, 2007a: 90; ALEXY, 2004: 163.

¹⁶ Los participantes de la práctica jurídica son para ALEXY aquellos que se preguntan y aducen argumentos acerca de lo que es obligatorio, prohibido y permitido o autorizado en el contexto del sistema jurídico de referencia, esto es, sobre qué es lo jurídicamente debido. La posición paradigmática de participante, según ALEXY, es la del juez. Su perspectiva es práctica, a diferencia de la de los observadores, cuya perspectiva es estrictamente teórica. Los observadores son aquellos que se preguntan sobre cómo son de hecho decididas las cuestiones jurídicas en el contexto de un determinado sistema jurídico. Cfr. ALEXY, 2007b: 47-52; ALEXY, 1994: 31.

¹⁷ ALEXY, 2008: 284. ALEXY, 2007a; ALEXY, 2003: 13. Un análisis crítico de estas tesis de ALEXY, es posible encontrar en GAIDO, 2009; BERNAL PULIDO, 2008.

¹⁸ ALEXY, 1989b: 305-306.

¹⁹ ALEXY, 1999b: 27.

to de manera necesaria en el acto de decir²⁰. Para ALEXY, todo participante de una práctica regulatoria realiza afirmaciones acerca de qué conductas deben ser realizadas y, de este modo, está necesariamente vinculado a una pretensión de corrección y, por ello, a una pretensión de justificabilidad; esto es, a dar razones por sus afirmaciones. La calidad justificatoria de las razones ofrecidas en el contexto del razonamiento práctico tendrá que ser evaluada a la luz de las reglas del discurso práctico racional²¹. Estas reglas básicamente imponen estar guiados por los valores de la igualdad y la universalidad al momento de dar razones de nuestras afirmaciones. La igualdad y la universalidad constituyen una moral procedimental universal (con un núcleo sustantivo), que determina cómo es debido actuar²². La corrección práctica, en este sentido, necesariamente depende de una estructura argumentativa ideal, definida por las reglas del discurso racional, que, señala ALEXY, hunden sus raíces en lo real: el hecho de que realizar afirmaciones es lo que nos constituye como seres humanos²³.

La teoría del discurso presupone que es un rasgo distintivo de los seres humanos la capacidad de distinguir las razones correctas de aquellas que no lo son. ALEXY no niega que en la práctica los agentes puedan partir en la argumentación de convicciones normativas y empíricas erróneas. Sin embargo, entiende que la argumentación racional permite su modificación, al menos de manera potencial. De este modo, se puede advertir que, para este autor, toda actividad regulatoria está atada a un compromiso metaético no escéptico, y su negación tiene que ser entendida como una contradicción. Ello, sin embargo, es compatible para ALEXY con afirmar que mantener la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral no implica afirmar su vinculación con una determinada moral concreta correcta, sino con una moral fundamentada²⁴. De este modo, aun cuando admite la existencia de agentes hipócritas en nuestras prácticas regulatorias, asume que quienes están involucrados en ellas al menos pretenden mantener una posición no escéptica en materia metaética.

ALEXY sostiene que es de la mano de la razón que el derecho tiene un rol que jugar en el discurso práctico. Aún en un plano ideal, esto es, en un discurso sin limitaciones de tiempo, conocimiento, voluntad, etc., será posible arribar a diferentes soluciones acerca de cómo debemos actuar, es decir, a diferentes ideas sobre aquello que es correcto hacer. El derecho, entonces, interviene como una herramienta necesaria de la razón práctica en la elección de las diversas opciones discursivamente posibles (e impo-

²⁰ ALEXY entiende que se trata de una «falla conceptual» entendida en sentido amplio, por la razón de que se estarían violando las reglas constitutivas de ciertos actos lingüísticos. Cfr. ALEXY, 1994: 43; ALEXY, 2003: 12; ALEXY, 1989a: 178 ss.

²¹ ALEXY, 1992: 242.

²² *Ibid.*: 235-236. Para una revisión del vínculo que ALEXY traza entre las reglas del discurso (cuestión moral procedimental) y los derechos humanos (cuestión moral sustantiva), se puede consultar, ALEXY, 2015: 443; ALEXY, 2012a; ALEXY, 2012b.

²³ ATIENZA 2001: 13. Una crítica a este anclaje empírico se encuentra en VILLA ROSAS, 2016.

²⁴ ALEXY, 1994: 84-85.

sibles de satisfacer de manera simultánea)²⁵. Para ALEXY el derecho es la razón práctica institucionalizada.

2.2. La tesis y sus implicancias

ALEXY llega a la tesis de la pretensión de corrección del derecho, y, por su intermedio, a vincular de manera necesaria derecho con moral, así, con la articulación de los compromisos conceptuales que entiende tienen los participantes de las prácticas jurídicas. Se vale de dos ejemplos para mostrar el tipo de contradicción performativa (conceptual) en la cual está pensando, y, de este modo, el vínculo entre derecho y corrección moral: (i) la cláusula constitucional que establece que: «X es una república soberana e injusta» (donde la pretensión de corrección/justicia estaría necesariamente unida al acto de promulgar una Constitución); y (ii) la decisión judicial que sostiene que: «El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente a prisión perpetua» (donde la pretensión de corrección está unida al acto de interpretar el derecho vigente)²⁶. ALEXY entiende que el absurdo que dejarían planteados estos ejemplos muestra que cuando los participantes de las prácticas jurídicas —en tanto prácticas regulativas específicas—, sostienen que una conducta es debida necesariamente formulan una pretensión de corrección. Pero esta consiste en una pretensión recortada, no en una pretensión de corrección todas las cosas consideradas. Se trata de una pretensión de corrección en el contexto de un sistema jurídico determinado²⁷. Esto explica la especificidad del discurso jurídico.

Sin embargo, las prácticas justificatorias que se realizan en nombre del derecho en un plano real también tienen que ser comprendidas y evaluadas a la luz de la dimensión «ideal» del derecho, que captura el concepto *correcto* de derecho. Renunciar a esta dimensión ideal del derecho equivaldría a renunciar a la racionalidad que nos constituye como seres humanos. Esto hace que, de acuerdo con esta propuesta, no pueda haber sistema jurídico que no formule esta pretensión de corrección y que los sistemas jurídicos que no la satisfagan y las normas jurídicas particulares que no la formulen ni satisfagan sean de manera necesaria jurídicamente defectuosos²⁸. Esto es lo que explica la no insularidad del discurso jurídico y que la crítica moral al derecho tenga que ser entendida como una crítica jurídica (interna al derecho, no externa)²⁹.

La tesis de la pretensión de corrección del derecho puede ser descompuesta, según la propuesta del autor, en las siguientes sub-tesis: (i) El sis-

²⁵ ALEXY, 1996: 220-1; ALEXY, 1999b: 32-33; ALEXY, 1992: 244 ss; ALEXY, 2010: 173. Dejaré de lado, en esta reconstrucción, la tesis de ALEXY según la cual existe la posibilidad de que el derecho presente una tensión entre los principios de seguridad jurídica y corrección. Cfr. ALEXY, 2015. Realicé una lectura crítica de esta posibilidad en GAIDO, 2012.

²⁶ ALEXY, 1994: 41-45.

²⁷ ALEXY, 2008: 290 ss.

²⁸ ALEXY, 1989: 172.

²⁹ ALEXY, 1999c.

tema jurídico, en tanto sistema regulatorio específico formula de manera necesaria una pretensión de corrección. A este nivel la pretensión de corrección tiene una calidad «clasificatoria». Si, pese a formular esta pretensión el sistema jurídico no la satisface, sigue siendo un sistema jurídico, aunque jurídicamente defectuoso. Es la pretensión de corrección necesariamente unida a las afirmaciones sobre cómo es debido actuar de acuerdo con lo dispuesto por el sistema jurídico (y que incluye su dimensión ideal) lo que permite hablar de una deficiencia jurídica, y no meramente de una deficiencia «moral». Esto lleva a ALEXY a sostener que, en el plano de la no satisfacción de la pretensión de corrección a nivel de los sistemas jurídicos, su relevancia es meramente «cualificatoria» y no clasificatoria. Asimismo, respecto de las normas particulares la pretensión de corrección también tiene relevancia cualificatoria. Esto, para ALEXY, quiere decir que las normas jurídicas particulares que no formulen ni satisfagan la pretensión de corrección siguen siendo normas jurídicas (no pierden su validez jurídica), aunque también serán jurídicamente defectuosas, en tanto que integrantes de un sistema jurídico que de manera necesaria formula una pretensión de corrección³⁰.

Lo anterior nos permite concluir que, para ALEXY, la tesis de la pretensión de corrección es relevante para identificar tanto la existencia de un sistema jurídico cuanto si una norma particular es jurídicamente válida, ya que solo podrán tener este carácter las normas que pertenezcan a un determinado sistema jurídico que, por definición, de manera necesaria tiene que formular tal pretensión. Pero, muy especialmente, la tesis de la pretensión de corrección del derecho es relevante al nivel de la argumentación en la cual los participantes de las prácticas jurídicas tienen que involucrarse para determinar cuáles son las conductas jurídicamente debidas. Con cada afirmación sobre aquello que ordena el derecho cada participante está necesariamente comprometido a formular una pretensión de corrección que aspira adecuarse a lo que el derecho es, lo cual incluye su dimensión «ideal». O, dicho con otras palabras, desde la perspectiva del participante, una respuesta a la pregunta por «¿cuál es el derecho?» incluye de manera necesaria la pregunta «¿cómo debe ser el derecho?»³¹. La pretensión de corrección que se formula es una pretensión recortada, pero siempre aspira a realizar las reglas del discurso práctico racional. La realización de esta aspiración, por otra parte, debe ser controlada por quienquiera que se ponga en la perspectiva del participante y se pregunte por cuál es la respuesta jurídicamente correcta. Cuando ALEXY piensa que el derecho consagra la institucionalización de la razón práctica, está pensando que el derecho consagra a la razón práctica institucionalizando la argumentación. Y esto hace que todo sistema jurídico que no satisfaga la pretensión de corrección y toda norma jurídica particular que no formule ni satisfaga la pretensión de corrección, sean de manera necesaria jurídicamente defectuosos, y tengan que ser desafiados.

³⁰ ALEXY, 1994.

³¹ En esta clave de lectura, se puede consultar también a SIECKMANN, 2021: 732-733. Sobre las implicancias de estas tesis a nivel de la ponderación de principios, cfr. CLÉRICO, 2009.

Junto con la tesis de la pretensión de corrección, ALEXY nos propone comprender al derecho como un orden normativo en constante transformación, enmarcado en un determinado procedimiento argumentativo³². Así, para ALEXY, las normas que integran los ordenamientos jurídicos no coinciden con aquellas que satisficieron un test de validez jurídica específico. Entre ellas hay que incluir también a los principios morales que las autoridades con competencia legislativa tuvieron o debieron haber tenido en cuenta en su tarea regulatoria³³. Esto es así porque, si bien se asume que el derecho elige entre todas las opciones discursivamente posibles, una, de lo que se trata siempre es justamente *de una elección entre opciones discursivamente posibles*. Y que se haya elegido entre ellas es algo que todo participante está conceptualmente comprometido a controlar, dado que necesariamente está comprometido con una pretensión de corrección, cada vez que realiza una afirmación sobre eso que obliga el derecho. No hacerlo, como adelanté, implicaría renunciar a la racionalidad propia que lo distingue como ser humano.

Bajo esta presentación, es posible comprender cómo, bajo su visión del derecho, las nociones de «identificar», «aplicar» y «crear» derecho, están entrelazadas; y en qué sentido teoría del derecho y teoría de la adjudicación judicial no pueden ser entendidas como asuntos independientes. Para el autor alemán, el derecho está definido por el modo en que les dice a los jueces y las juezas, a quienes entiende como participantes paradigmáticos de las prácticas jurídicas, cómo tienen que decidir³⁴.

3. LA CRÍTICA DE BULYGIN A LA TESIS DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

BULYGIN entiende que la relación entre derecho y moral es contextual y contingente, y los argumentos dados por ALEXY a lo largo de los años a favor de la pretensión de corrección del derecho para mostrar su vínculo necesario no lo hicieron modificar su visión inicial. En principio, BULYGIN desarrolla sus argumentos en contra de la tesis de ALEXY en dos niveles distintos. Por una parte, busca mostrar la implausibilidad de la tesis de la pretensión de corrección del derecho por déficits en el modo en que ALEXY argumenta a su favor. Llamaré a esta su crítica interna. Por otra parte, aunque de manera imbrincada en los primeros argumentos, establece puntos de partida metateóricos para el ejercicio filosófico diferentes a los asumidos por ALEXY, lo cual torna, bajo su lectura, a los argumentos de ALEXY de difícil comprensión. Llamaré a esta su crítica externa. Mi impresión es que muchas de las divergencias entre los autores se originan en esta segunda línea de crítica.

³² Cabe añadir que ALEXY entiende que son los Estados democráticos constitucionales los que mejor plasman esta idea de derecho.

³³ En esta línea de lectura SIECKMANN, 2021: 737.

³⁴ SIECKMANN, 2021: 737. Una presentación integral de la teoría del derecho de ALEXY se encuentra en KLATT, 2012.

En lo que sigue me propongo hacer foco en las principales críticas formuladas por BULYGIN a la tesis alexiana. En el siguiente apartado, a modo de conclusión, desarrollaré una breve reflexión sobre el sentido de los debates donde los diversos puntos de partida metateóricos llevan a no reconocer a las ideas de aquellos autores o autoras contra quienes se argumenta como ideas perfectibles, sino, más bien, como desechables, por ininteligibles.

3.1. Su crítica interna

BULYGIN disputa que pueda ser simultáneamente sostenido, como hace ALEXY, que el derecho formula de manera necesaria una pretensión de corrección pero que, a su vez, se planteen tanto relaciones clasificatorias cuanto cualificatorias respecto de la pretensión de corrección, en los términos descriptos en el apartado anterior. En particular, para BULYGIN es contradictorio afirmar que a través de una relación cualificatoria, que por definición es contingente y fáctica, se pueda vincular de manera necesaria a normas jurídicas particulares con una pretensión de corrección.³⁵ Si solo de manera contingente las normas jurídicas particulares formulan una pretensión de corrección, ¿qué es lo que definiría su carácter jurídico? ¿En qué sentido es posible reconocer el vínculo necesario con un valor moral de las normas jurídicas particulares que no formulan ni satisfacen una pretensión de corrección? Es más, ¿en qué sentido un sistema jurídico que formula la pretensión de corrección pero no la satisface, por estar integrado en su totalidad por normas injustas, puede aún estar vinculado de manera necesaria con un valor moral y, por tanto, ser considerado un sistema jurídico?³⁶

BULYGIN entiende que el recurso a una conexión cualificatoria para mostrar el vínculo necesario con un valor moral es contradictorio: si la conexión es contingente, no es definitiva³⁷. Para BULYGIN «solo las características definitivas son necesarias, y las características cualificatorias de ALEXY son efectivamente definitivas, pero no definitivas de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “deficiencia”»³⁸. Con esta crítica, BULYGIN busca descartar por inválido el argumento de ALEXY según el cual, dado que los sistemas jurídicos de manera necesaria formularían una pretensión de corrección, esto hace que los sistemas jurídicos que no satisfacen esa pretensión y las normas particulares que no la formulen ni satisfacen son de manera necesaria no solo moral, sino jurídicamente defectuosos. Su crítica, como intentaré mostrar en el punto 3.2, se asienta en una manera

³⁵ BULYGIN, 2001a: 45.

³⁶ En la reconstrucción de las tesis de ALEXY, BULYGIN parece asumir que las normas jurídicas que integran un sistema jurídico para ALEXY tienen que gozar de un mínimo de justicia. Creo que esta lectura es equivocada (véase nota 8 *supra*), pero dejo de lado este matiz porque no tiene impacto en la pregunta formulada, y es en qué sentido hay una relación necesaria entre el derecho y moral, si la pretensión de corrección no es satisfecha; cfr. BULYGIN, 2012.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ BULYGIN, 2001b: 92.