



OPÚSCULO FILOSÓFICO

Año XVII | Nro. 38 | enero-junio 2024 | Mendoza, Argentina

ISSN 2422-8125 (en línea) | ISSN impreso 1852-0596

<https://revistas.uncu.edu.ar/ojs3/index.php/opusculo/index>

Recibido: 26 de febrero 2024 | aceptado: 6 de mayo 2024

pp. 43-52

La relación entre derecho y moral, ¿cuestión iusfilosófica sin solución? Una lectura del debate Alexy-Bulygin desde el realismo jurídico clásico

*The relationship between law and morality, a
legal-philosophical question without a
solution? A reading of the Alexy-Bulygin
debate from classical legal realism*

Marcelo Fernández Peralta

 <https://orcid.org/0000-0001-5556-2623>

Universidad Católica Argentina
Universidad Católica de Cuyo
Argentina
estudiofernandezperalta@gmail.com

Resumen: Entre dos de los mayores exponentes de la iusfilosofía actual, Robert Alexy y Eugenio Bulygin, se produjo un debate en torno al concepto del derecho y la relación entre derecho y moral. El primero expuso la

tesis no positivista de que existe una relación conceptual necesaria entre ambos órdenes reguladores de la conducta humana. Por su parte, el profesor de la Universidad de Buenos Aires coautor de “Normative Systems”, consecuente con su postura iuspositivista, negó que exista tal vinculación poniendo énfasis en criticar el argumento de la pretensión de corrección. Este trabajo pretende hacer una lectura crítica de ambas posturas a la luz de la concepción iusnaturalista del derecho que presenta el realismo jurídico clásico. Se advierte que no obstante la claridad y contundencia de los argumentos vertidos por ambos autores, en su debate quedan preguntas sin responder cuyas respuestas podríamos encontrar a partir de un estudio minucioso de los textos clásicos de San Agustín, Aristóteles y Santo Tomás.

Palabras clave: Alexy, Bulygin, iusfilosofía, San Agustín, Aristóteles, Santo Tomás

Abstract: Between two of the greatest exponents of current legal philosophy, Robert Alexy and Eugenio Bulygin, a debate took place around the concept of law and the relationship between law and morality. The first expounded the non-positivist thesis that there is a necessary conceptual relationship between both regulatory orders of human behavior. For his part, the professor at the University of Buenos Aires, co-author of “Normative Systems”, consistent with his legal positivist position, denied that such a link exists, placing emphasis on criticizing the argument of the claim for correction. This work aims to make a critical reading of both positions in light of the natural law conception of law presented by classical legal realism. It is noted that despite the clarity and forcefulness of the arguments expressed by both authors, in their debate there remain unanswered questions whose answers we could find from a thorough study of the classical texts of Saint Augustine, Aristotle and Saint Thomas.

Keywords: Alexy, Bulygin, iusphilosophy, Saint Augustine, Aristotle, Saint Thomas

I. El debate entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin acerca de la relación entre derecho y moral

I.1 Planteo del problema

En su estudio sobre el debate que nos ocupa, la profesora de la Universidad Nacional de Córdoba, Paula Gaido (2001), dice que:

[...] tanto Bulygin como Alexy parecen coincidir en que no existe algo tal como una moral objetiva, en el sentido de que no hay una realidad moral objetiva compuesta de hechos normativos susceptibles de ser aprehendidos por los sentidos. Pero mientras que para Bulygin no hay principios de justicia verdaderos y, en consecuencia, no se puede determinar racionalmente cuáles son esos principios, para Alexy existe una forma racional de discutir acerca de lo que es moralmente correcto [...] esta forma racional de discutir es la que se realiza de acuerdo con la teoría del discurso racional (p. 34).

Con fundamento en las reglas del discurso racional, específicamente de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, Robert Alexy establece la existencia de conexiones necesarias entre derecho y moral; si bien diferencia entre sistema normativo, norma jurídica y decisión judicial aislada, asignándoles diferentes consecuencias a la formulación y/o satisfacción de la pretensión de corrección.

Por su parte, Bulygin niega que exista esta vinculación con el alcance que el profesor de la Universidad de Kiel le asigna y

crítica con la agudeza que le es característica, los argumentos vertidos por este en sus obras, fundamentalmente en *Begriff und Geltung des Rechts* (Alexy, 1994, p. 64).

II. El concepto del derecho en Robert Alexy. La necesaria conexión entre derecho y moral

Para entender la formulación del concepto del derecho que efectúa Robert Alexy, resulta necesario en primer lugar comprender la noción de pretensión de corrección, distinguiendo entre su formulación y su satisfacción. También resulta imprescindible comprender los conceptos de conexión clasificante y cualificante.

II.I. La pretensión de corrección

Explica Rodolfo Vigo (h.) (2006) que:

Alexy afirma que tanto las normas aisladas como los sistemas jurídicos como un todo formulan necesariamente (y no solo contingentemente) una pretensión de corrección, o sea que al postularlas o decidir las se afirma implícitamente que ellas son correctas, que es posible fundamentar dicha corrección y que además puede esperarse que cualquiera que sea razonable pueda reconocer dicha corrección (p. 317).

Para el catedrático de Kiel, la pretensión de corrección es una pretensión de justicia que necesariamente debe ser formulada tanto por las normas jurídicas y las decisiones aisladas como por los sistemas jurídicos considerados como un todo.

La corrección es una noción de orden procedimental que se relaciona con su concordancia con las reglas del discurso racional. En otras palabras, racional y correcto, para Alexy (2004) son sinónimos. Todo participante en el discurso, formula necesariamente una pretensión de corrección. Lo contrario, implicaría lo que (en clave habermasiana) denomina “contradicción performativa y en este sentido, una falla conceptual”; sería tanto como decir “yo afirmo falsamente que tengo razón”.

De lo anteriormente expuesto, Alexy (2004) concluye que “en la medida en que esta pretensión tiene implicaciones morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral” (p. 44).

II.II. Conexiones clasificatorias y cualificatorias

Definida la pretensión de corrección, el otro elemento para entender la tesis alexyana de la vinculación se refiere a las consecuencias tanto de la no formulación como de la no satisfacción de dicha pretensión.

Las conexiones clasificatorias entre el derecho y la moral son aquellas en las que la existencia de un defecto moral priva de carácter jurídico a la norma o sistema jurídico de que se trate. Por su parte, las cualificatorias son aquellas en las cuales tal defecto no lo privan del carácter jurídico, sino que le asignan un carácter deficiente (lo que desde el iusnaturalismo de raigambre aristotélico tomista se denomina *ius secundum quid*).

Para el iusfilósofo alemán, el único caso de conexión clasificatoria es el de los sistemas jurídicos que no formulen una pretensión de corrección; la consecuencia de tal omisión es que los mismos no son sistemas jurídicos.

En cambio, cuando se trata de normas jurídicas o decisiones judiciales aisladas, las mismas no pierden su juridicidad aun cuando no formulen una pretensión de corrección: se trata de normas o decisiones judiciales jurídicamente deficientes. Lo mismo sucede con aquellas normas, decisiones judiciales aisladas o sistemas jurídicos que, aunque formulen una pretensión de corrección, no la satisfacen.

III. La crítica de Eugenio Bulygin

El profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires alude a la existencia de una contradicción en el concepto alexyano de derecho. Dice que “por un lado, Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma y la pretensión de corrección es analítica, o –como lo formula Alexy– es una conexión clasificatoria” (Bulygin, 2001, p. 45).

Sin embargo, como mencionáramos anteriormente, para Alexy el defecto moral en caso de las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas no las priva de su carácter jurídico, sino que se trata en el caso de normas y decisiones “jurídicamente deficientes”. Advierte Bulygin que dicha diferenciación implica

una contradicción, porque si se trata de una conexión de tipo necesaria debe darse en todos los casos. En otras palabras, Bulygin expresa que la conexión con la moral o no existe (que es lo que él afirma) o, si existe necesariamente, o sea en todos los casos, priva de sentido al derecho ya que en tal caso con la moral alcanzaría para regular las conductas.

Explica también que en realidad “sólo acciones o aquellos estados de cosas que son el resultado de una acción pueden ser el contenido de una norma” (Bulygin, 2001, p. 49). Por lo tanto, la disposición constitucional hipotética usada por Alexy como ejemplo de contradicción performativa (la que dice “X es una república soberana, federal e injusta”) no posee ninguna falla conceptual porque no se trata de una directiva o norma; se trata solo de una declaración políticamente “poco conveniente”, pero perfectamente posible en un universo de casos.

III.1 La tesis de la separación

Bulygin (2001) dice:

[...] tengo la impresión de que Alexy no ha justificado suficientemente el argumento de la corrección. De este modo, la tesis de la vinculación carece de base sólida y parece quedar flotando en el aire. Si la conexión entre derecho y moral depende del argumento de la corrección [...] entonces se requiere una fundamentación más sólida (p. 51).

Fiel a su concepto positivista del derecho, el coautor de “Normative Systems” postula la completa separación entre derecho y moral como órdenes normativos de la conducta

humana y consecuentemente afirma que el derecho puede tener cualquier contenido siempre que se mantenga la coherencia lógica con el ordenamiento.

IV. Réplicas y contrarréplicas

En su réplica, Robert Alexy explica que entre la tesis que dice que los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección, y la tesis que dice que la no satisfacción de esa pretensión solo tiene una relevancia cualificatoria, no existe ninguna contradicción.

Ello porque nada obsta a que, formulada la pretensión de corrección, la misma no sea satisfecha por diversas circunstancias. Y, justamente por no haberla satisfecho, es que le cabe al sistema, norma o decisión jurídica aislada la calificación de deficiente.

La conexión es necesaria, no obstante ser cualificatoria, justamente por esa razón: para ser calificada como jurídicamente deficiente, se debe haber formulado necesariamente una pretensión de corrección, aunque no se haya logrado satisfacerla.

Asimismo, replica el profesor de Kiel el argumento del contenido de las normas. Dice que una declaración del tipo “X es un estado federal, democrático y social”, si bien no se refiere a acciones, resulta jurídicamente válida porque establece principios que obligan a sus destinatarios. En cambio, la inclusión de un principio de injusticia como cláusula constitucional constituiría

una contradicción performativa, y por tanto una disposición que dijera “X es una república, soberana, federal e injusta” sería absurda.

En su contrarréplica, el presidente honorario de la IVR dice que a su entender la idea de contradicción performativa es “bastante oscura” (Bulygin, 2001, p. 86) porque aun cuando todas las autoridades necesariamente formularan una pretensión de que sus normas son moralmente correctas o justas, no podríamos nunca estar seguros de que todos ellos entienden lo mismo por “corrección moral” o “justicia” (Bulygin, 2001, p. 88). En este punto, Bulygin es coherente con su escepticismo moral.

Finalmente, Robert Alexy dice que “es más fácil defender el punto de vista positivista de la separación entre derecho y moral si al derecho le falta el lado ideal, definido por la pretensión de corrección” (Bulygin, 2001, p. 96). Luego de refutar con más ejemplos las críticas de Bulygin, concluye que “la pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica. Lo que no es ningún sentido trivial, porque implica la conversión del positivismo en antipositivismo” (Bulygin, 2001, p. 115).

V. Una lectura crítica a la luz del realismo jurídico clásico aristotélico tomista

Haciendo una lectura crítica de la breve exposición precedente, surgen algunas inquietudes que plantearemos en las líneas finales de esta ponencia.

Eugenio Bulygin sostiene que “naturalmente, una asamblea constituyente y aún más sus miembros, pueden prescribir u ordenar producir una Constitución justa o injusta”. Tal extremo es inadmisibles desde el realismo jurídico clásico aristotélico tomista, toda vez que una norma (y mucho menos, una Constitución) nunca podría tener un contenido deliberada y expresamente injusto.

Con palabras de Joaquín García Huidobro (2009) decimos que “la ley injusta no es ley en el mismo sentido y con la misma intensidad que la ley justa [...] aunque no excluye que lo sea en algún sentido, por ejemplo, en sentido formal” (p. 586). Ello por dos razones: la primera de ellas es que la racionalidad está en la misma definición de la ley que en la *Summa Theologiae* nos brinda el Aquinate: “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (de Aquino, 1956, p. 42). Esta tesis veda la posibilidad de contenido irracional en la ley. La segunda razón es porque la graduación se explica por el carácter análogo del término (Vid Seoane, 2008, p. 393).

La definición tomista ha sido infinitamente comentada, tanto para alabarla como para criticarla. A los fines de este trabajo,

recurriremos a Tomás Darío Casares. El iusfilósofo argentino que fuera presidente de la Suprema Corte de Justicia enseña en su opus magister “La justicia y el derecho” que “Santo Tomás coloca lo relativo a la sanción y promulgación por parte del Estado, en el último término de la definición” (Casares, 1997, p. 100). Ello significa que el aspecto formal es el menos importante. Lo más importante, lo que interesa esencialmente “no es la formalidad con que la ley haya sido sancionada, sino la racionalidad de la ley que el Estado sanciona; porque una ley sancionada con perfección formal, si no es racional no es válida” (Casares, 1997, p. 100).

Por su parte, Robert Alexy habla de pretensión de corrección como definitoria del aspecto ideal de su concepto de derecho. La crítica es que su concepto de corrección es un concepto construido a través de un consenso establecido entre todos los participantes del discurso racional. Es un concepto de carácter procedimental, no sustancial. Este carácter construido de la verdad, planteada como corrección en clara clave kantiana, no nos resulta del todo compartible.

Desde una comprensión iusnaturalista de la realidad jurídica es preferible el concepto de verdad al de corrección, porque la verdad entendida como correspondencia entre la idea y el objeto es el resultado del proceso de intelección. La inteligencia es capaz de acceder a la verdad, penetrando en el objeto conocido; es capaz de aprehender el universal que subyace en cada singular.

Se advierte que el concepto de corrección admite los errores propios de todo concepto construido sin referencia semántica a

realidades concretas: depende del mantenimiento del consenso, depende de la voluntad de los participantes del discurso. El de verdad, en cambio y en clave aristotélica, presenta la ventaja de ser un concepto independiente de los sujetos que lo formulan; es la verdad como correspondencia, que existe independientemente de la aceptación o no de quienes la conocen o tienen la oportunidad de conocerla.

Trasladado al terreno de lo filosófico jurídico, lo correcto puede ser correcto en un tiempo y lugar determinado y no serlo en otro. De manera que la concepción de lo jurídico variaría según las épocas, las circunstancias y las conveniencias de los actores jurídicos. Lo que implicaría una desnaturalización del concepto y, en definitiva, un peligro permanente de injusticia.

En nuestra opinión, el concepto del derecho tiene que ver más con la verdad que con la corrección; una verdad no construida, sino objetiva y externa a los participantes del discurso; una verdad que esté de acuerdo con una moral objetiva, independiente de la voluntad del hombre, que le indica a este las acciones a seguir para lograr su plenitud teniendo en cuenta sus fines y su especial dignidad; sin perjuicio de las adaptaciones que en ejercicio de la virtud de la prudencia este realice en los casos concretos.

Afirmamos, contra el positivismo, que desvincular al derecho de la moral, implica tanto como desnaturalizarlo, privarlo de su fin último cual es la perfección del hombre a través de la perfección del todo social.

Para entender esto, sostenemos que la noción del hombre propuesta por el iusnaturalismo clásico “sustancia individual de naturaleza social” define y delimita en forma satisfactoria el concepto y fundamento del derecho.

La moral, de carácter heterónomo, le indicará al hombre la conducta a seguir para alcanzar su perfección. Si se trata de conducta en alteridad, entonces es el derecho a quien le compete tal potestad regulatoria. Si bien se trata de órdenes diferentes, los mismos son complementarios y necesariamente vinculados. Porque desvincularlos, sería tanto como afirmar que los fines de la vida del hombre en sociedad están desvinculados de sus fines íntimos como persona.

VI. Bibliografía

AA. VV. (2009). *Jornadas Internacionales de Derecho Natural*. EDUCA.

Alexy, R. (1994). *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München, Karl Albert.

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (2da ed.). Gedisa.

Alexy, R. y Bulygin, E. (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia.

Casares, T. D. (1997). *La Justicia y el Derecho* (3ra ed. actualizada, reimpresión). Abeledo Perrot.

de Aquino, T. (1956). *Suma Teológica* (ed. bilingüe) (Tomo 6). B. A. C.

García Huidobro, J. (2009). Trece tesis sobre la afirmación “La ley injusta no es ley”. En AA. VV., *Jornadas Internacionales de Derecho Natural*. EDUCA.

Vid Seoane, J. A. (2008). La doctrina clásica de lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación. En R. Vigo (Coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy* (1ed. corregida). Fontamara.

Vigo (h.), R. (2006). *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot. 2006.

Vigo, R. (Coord.). (2008). *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy* (1ra ed. corregida). Distribuciones Fontamara.

EL AUTOR

Marcelo Fernández Peralta es Doctor y Magister en Derecho. Es empresario y abogado. Actualmente, se desempeña como profesor titular de Teoría General y Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Cuyo.