

ANÁLISIS LÓGICO DEL DERECHO Y POS-POSITIVISMO. APUNTES A PARTIR DE LA TEORÍA DE ALCHOURRON Y BULYGIN.

Dennis José Almanza Torres¹

I. INTRODUCCIÓN.

Dos acontecimientos importantes caracterizaron el desarrollo de la filosofía del derecho las últimas décadas del siglo pasado, el aumento del interés de los teóricos en la lógica deóntica, y las constantes tentativas en aprovechar los resultados de estos avances para explicar el razonamiento jurídico y el análisis de los conceptos jurídicos.²

Si bien el desarrollo de la lógica deóntica es relativamente reciente (1951), antes de iniciar estas investigaciones, intuitivamente ya se creía que las leyes de la lógica de una u otra forma mantenían correspondencia con el discurso jurídico.³

Esta relación es advertida por Eugenio Bulygin cuando afirma que una sentencia judicial es justificable según el derecho, sólo si en su contenido encontramos una secuencia lógica de normas y la descripción de un caso; en tal sentido, la justificación sería una operación lógica deductiva, la cual puede ser reconstruida como una inferencia lógica donde de un conjunto de premisas se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas se aplican a un caso particular.⁴

La posibilidad de la existencia de una lógica de normas llamó la atención del *iuspositivismo* jurídico, pues para los seguidores de esta corriente, uno de los objetos

¹ Maestro y Doctor en Derecho por la *Universidade Federal de Paraná* UFPR (Brasil). Profesor de la Universidad la Salle (Perú). Investigador del *Núcleo de Pesquisa em justiça eletrônica – ejustiça* de la UFPR (Brasil). Email: almanzadennis@gmail.com

² BULYGIN, Eugenio. Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos. In: _____ y Alchourron, Carlos. *Análisis Lógico y Derecho*, p. 169.

³ HERNANDEZ, Carlos Arturo. Lenguaje, Derecho y Razonamiento Jurídico. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 441.

⁴ BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 38.

centrales de su estudio son las normas jurídicas, por lo tanto, toda relación lógica existente que involucre normas jurídicas, es de su interés.⁵

El análisis lógico del derecho tiene como dos de sus mayores exponentes a Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, su principal obra “*Normative Systems*”⁶, viene a ser uno de los más importantes aportes para esta corriente. Estos autores, utilizando como base la lógica deóntica de Von Wright, crearon una de las metodologías más rigurosas para la identificación y solución de problemas normativos.

Entre sus principales aportes, está el haber traído la noción de sistema jurídico y de sistematización del derecho. La sistematización a su vez, tiene como una de sus funciones determinar las consecuencias normativas para un problema o conjunto de problemas, valiéndose para tal de enunciados de derecho y reglas de inferencia.⁷

Si bien la relevancia teórica y práctica de este trabajo es reconocida en círculos de la filosofía y dogmática jurídica, otros autores cuestionan su contenido, pues niegan la aplicación de sus postulados al razonamiento jurídico. Diversos estudiosos defensores de la teoría de la argumentación como Aarnio, Alexy y Atienza, alegan que la lógica no sirve para describir correctamente los razonamientos jurídicos, siendo necesario un aparato conceptual diferente.⁸

Estos enfoques ponen en jaque las tradicionales posiciones positivistas, abriendo camino a nuevas corrientes, (o post positivismos) que tienen como base componentes axiológicos, la razón práctica y otros. Estos cuestionamientos son resaltados por Carcova cuando pregunta:

¿La actividad jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parámetros puramente lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más significativos en su desarrollo aspectos empíricos, vinculados con la realidad social y los sistemas de valores; aspectos que muestran a un juez situado, es decir, a un juez en el mundo, que ha abandonado la torre de

⁵ ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 5.

⁶ Este texto fue traducido al español bajo el título de “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1975.

⁷ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 111, 114.

⁸ GUARINONI, Ricardo Víctor. Avatares de la lógica jurídica. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 192.

cristal y que, por lo tanto, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social, en un tiempo y lugar determinados?⁹

El presente trabajo pretende abordar de manera general las principales tesis propuestas por Alchourron y Bulygin en “*Normative Systems*”, para luego debatir estas ideas, a partir de propuestas expuestas por otros teóricos, entre ellos las opiniones de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

II. POSITIVISMO Y POSITIVISMOS.

Una de las corrientes filosóficas más importantes en la actualidad es el positivismo jurídico, uno de los principales postulados de esta posición defiende que es justo solamente lo que es comandado, por el hecho ser comandado. Una norma sólo es justa cuando es válida, de tal forma que la validez viene a ser la convalidación de la justicia.¹⁰ Los positivistas defienden la llamada tesis de la separación; según esta, el derecho es conceptualmente independiente de la moral, existiendo entre estos dos solamente relaciones empíricas, es decir contingentes.¹¹ A raíz de ello, la teoría positivista, sólo cuenta con dos elementos decisivos: “el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social”.¹²

Las diversas características de esta corriente permiten agruparlas en tres grupos: como método para el estudio del derecho, como teoría del derecho y el positivismo como ideología.¹³ Esta corriente, actualmente es blanco de diversas críticas y opiniones contrarias, principalmente por las “dos posiciones iusnaturalistas más interesantes del siglo XX” Fuller e Radbruch, representadas por Dworkin y Alexy respectivamente.¹⁴

⁹ CARCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? (Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial). In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, p. 209.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría da norma jurídica*, p. 59.

¹¹ ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, p. 41,42.

¹² ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 44.

¹³ En relación a las características de esta corriente, se recomienda revisar: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, p. 131-133.

¹⁴ ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*, p. 135. Cabe indicar que, si bien el ilustre profesor de Harvard Ronald Dworkin dejó de existir hace poco, sus ideas se encuentran vigentes y gozan de gran aceptación entre sus seguidores.

Debido a los cuestionamientos y teniendo como base las aproximaciones Anglosajones, José Juan Moreso, partiendo de la caracterización de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre derecho y moral, revela la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: (i) el positivismo duro o excluyente, (ii) el positivismo blando o incluyente y, (iii) el positivismo jurídico axiológico o normativo.¹⁵

El positivismo jurídico blando o incluyente explica que, así los sistemas jurídicos desarrollados dependan de criterios morales, estos no son necesarios, pues la regla de reconocimiento de estos sistemas introduce junto con los criterios relacionados a su origen, criterios morales de identificación.¹⁶ El primero en referirse a esta corriente fue Genaro Carrió, para el profesor argentino, incluso si la regla de reconocimiento incluye criterios morales, continúa siendo jurídica, no por el hecho de estar de acuerdo con la moral, sino por estar conforme a la regla de reconocimiento.¹⁷ Esta forma de entender el positivismo, también está registrada en el *Postscriptum* de Hart, donde el autor inglés, explícitamente, acepta que: “la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos”, y por ello es que su doctrina es llamada *positivismo suave*.¹⁸

Por otro lado, los seguidores del positivismo axiológico (o normativo), aseveran que el derecho no debería incluir criterios morales para su identificación. Atria y Hierro, son dos de sus principales exponentes; para el primero de ellos, como el derecho es un producto artificial basado en la autoridad, para evitar que la argumentación moral tenga un papel en la argumentación jurídica sin perder la autonomía del razonamiento jurídico, los jueces

¹⁵ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una...*, p. 137.

¹⁶ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una...*, p. 140. Entre los principales defensores de esta posición esta el jurista español José Juan Moreso.

¹⁷ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre lenguaje y derecho*, p. 228 y ss.

¹⁸ HART, H.L.A. *Post scriptum al Concepto del Derecho*. BULLOCH, Penelope y RAZ, Joseph (Editores), p. 26. Asimismo, López Sánchez y Aguilera Portelas explican: “Hart, aún inscrito en la tradición analítico-positivista, llega a afirmar que la separación entre Derecho y moral, no implica que el derecho carezca de un mínimo de contenidos morales y precisamente este contenido mínimo moral ofrece legitimidad al derecho. Por tanto, existe un fundamento y un contenido mínimo ético del Derecho. En este sentido, Derecho y Moral son esferas diferentes en ciertos aspectos, pero esto no indica que están separados radicalmente entre sí. En el mismo sentido, existe una conexión necesaria, continua y natural entre derecho y moral partiendo del presupuesto de su interrelación práctica.” (AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. *Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el estado democrático y social de derecho*. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*, p. 420).

deben partir del respeto a la ley, es decir, adherirse a normas previamente dadas, y no como sostiene el neoconstitucionalismo, la legislación debe subordinarse a la constitución.¹⁹

Finalmente, los defensores del positivismo exclusivo, entre ellos Eugenio Bulygin y Joseph Raz, sostienen que el derecho se identifica sin recurrir a criterios morales. Para el primero, el juez debe solucionar un caso conforme la regla, es decir, debe aplicar al caso individual la solución predeterminada en la regla para el caso genérico correspondiente, sin que circunstancia alguna pueda autorizar a considerar que el caso en cuestión pueda constituir una exención implícita a la regla. Si no se da la subsunción o esta fuere controvertida, el Juez goza de discrecionalidad absoluta, sin interferencia del derecho, para el ejercicio de su poder.²⁰

Esta teoría propuesta por Eugenio Bulygin fue desenvuelta ampliamente – conjuntamente con Carlos Alchourrón – en su obra clásica *Normative Systems*, y en otros trabajos posteriores.

III. LA “INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES” DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN Y LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO.

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin desarrollaron postulados de la ciencia jurídica que modificarían y colocarían en debate aspectos teóricos sostenidos por filósofos del derecho como Kelsen, Hart y Ross. La importancia del trabajo de estos autores se debe a la utilización del método lógico; específicamente a las bases metodológicas de la lógica deóntica de Von Wright.²¹ Tomando estas bases, Alchourrón e Bulygin crearon una de las metodologías más rigurosas para la identificación y solución de problemas normativos. La

¹⁹ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una...*, p. 143.

²⁰ Al respecto ver: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 237,238.

²¹ En 1951, von Wright publica “*Deontic Logic*”. Este trabajo es considerado “el certificado de nacimiento” de la lógica de las normas. Basado en avances de la lógica modal, Von Wright delinea y propone una lógica específica aplicable a las normas. (ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 5)

obra publicada en 1971 trato de desacreditar teorías basadas en criterios axiológicos y juicios subjetivos que carecían de elementos básicos de la ciencia.²²

Normative Systems, para algunos autores, es la expresión más desplegada del análisis lógico del derecho.²³ En su texto, Alchourrón y Bulygin destacan el orden sistemático que tiene el derecho.²⁴ La sistematización presupone aceptar que los sistemas normativos en general y los sistemas jurídicos en especial son sistemas deductivos.²⁵

La sistematización del derecho, entendida como la descripción del derecho positivo y su presentación en forma ordenada y sistemática con la finalidad de facilitar su conocimiento y su manipulación, puntualiza, en principio, la determinación de las consecuencias normativas para una determinada materia.

Esto presupone la presencia de determinados elementos a partir de los cuales se debe iniciar la tarea sistematizadora, estos son: (i) *la materia*, entendida como un problema o conjunto de problemas cuya regulación por el derecho interesa al jurista, (ii) *los enunciados de derecho*, conjunto de enunciados que regulan la materia y, (iii) *las reglas de inferencia*, conjunto de reglas que el jurista utiliza para la derivación de las consecuencias.²⁶ Como estos tres elementos determinan el contenido del sistema, conociéndolos, es posible formularlo y reorganizarlo.

Las etapas por las que se atraviesa en este proceso – sistematización – son tres: en principio, la determinación del Universo de Casos (UC) y del Universo de Soluciones (US), luego, la derivación de las consecuencias de la base y finalmente la reformulación del sistema.

²² NAPOLES, Mizhael. Sistemas jurídicos y sistemas descriptivos. La paradoja de Alchourrón-Bulygin. In: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15, p. 194.

²³ Los principales exponentes de esta corriente son: Alchourrón y Bulygin, von Wright, Opalek y Wolensky, Weinberg, Raz, Castañeda, Hilpinen, Caracciolo, Moreso, Navarro, Rodríguez, además de otros. (ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las...*, p. 5).

²⁴ A este respecto Alonso explica: “la interpretación de las normas jurídicas es una actividad cognitiva compleja, pudiéndose distinguir, al menos, tres diferentes etapas: a) La identificación de las normas. b) La sistematización de las normas (previamente identificadas) y. c) La determinación de la coherencia de las normas (previamente identificadas y sistematizadas). (ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las...*, p. 5).

²⁵ ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las...*, p. 73.

²⁶ ALCHOURRÓN, C. e BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 114.

Como Alchourron y Bulygin desarrollaron el concepto de derecho bastante relacionado a la noción de sistema normativo, la norma sería un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa.²⁷ En este contexto, el concepto de caso corresponde a un estado de cosas que se definen por la presencia o ausencia de una o algunas propiedades; el concepto de solución es entendido como una modalización deóntica de una determinada acción, sea esta genérica o individual, que pueda ser calificada según un carácter deóntico (prohibición, obligación, facultad o permiso).²⁸

Por consiguiente, un sistema normativo es definido como un sistema deductivo de enunciados, cuyas consecuencias lógicas están conformadas por normas, es decir, enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas, o “un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún Universo de Casos y algún Universo de Soluciones)”.²⁹ Consecuentemente, existirían lagunas normativas cuando algún caso del Universo de Casos (UC) no esté correlacionado con alguna solución normativa; asimismo, se estará frente a contradicciones cuando algún caso del UC esté correlacionado con soluciones normativas deónticamente incompatibles.³⁰

Esta definición de sistema tiene como una de sus ventajas, el no exigir como requisito que los enunciados que integran el sistema sean necesariamente normas, pues, un sistema normativo puede estar compuesto, además, por proposiciones descriptivas y definiciones conceptuales.³¹

²⁷ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 37.

²⁸ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 52. Entre los diversos operadores deónticos posibles, los más utilizados y, por lo tanto los más analizados son P (permitido), O (obligatorio), Ph (prohibido) F (facultativo). (ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 74).

²⁹ El Universo de Casos es el conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles; el Universo de Soluciones es el conjunto de respuestas o soluciones posibles. (ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 23).

³⁰ ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las...*, p. 6,7.

³¹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 23. Diversos autores se han pronunciado al respecto, siendo que una de las posiciones “predominantes” en la actualidad es aquella que distingue dos tipos de enunciados normativos: los deónticos y los no deónticos. Los enunciados deónticos, es decir aquellos que prohíben, permiten u obligan a algo, a su vez son divididos en principios y reglas. Por otro lado dentro de las normas no deónticas están aquellas que otorgan poderes que indican cómo proceder para producir mudanzas normativas, siendo comparadas estas con instrucciones sobre cómo alcanzar determinado objetivo, por ejemplo la norma que regula el procedimiento para contraer matrimonio. Dentro de las no deónticas también están las reglas constitutivas, es decir aquellas que producen una mudanza normativa sin la necesidad de que se realice ninguna acción, como a norma que señala que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. (CRUZ

Como el derecho viene a ser un sistema de normas - explican los autores -, debe contener pautas de racionalidad como la coherencia, la no contradicción, la completitud, la independencia y la no redundancia.³² Así, las propiedades formales de un sistema jurídico son: la completitud, la coherencia y la independencia.³³ Estas tres permiten identificar posibles defectos en el sistema, “la sistematización, al exhibir las propiedades formales del sistema, permite identificar los casos de incoherencia o laguna, que son considerados comúnmente defectos del sistema”.³⁴

La *Completitud* es definida considerando las lagunas, así un sistema normativo es completo en relación a un UC_i y un US_{maxj} si y sólo si no hay lagunas en el UC_i en relación al US_{maxj}.

Respecto a la *Independência*, dos normas son redundantes en un caso C_i de un UC_j en relación a un US_{mink} si y sólo si, cada una de las normas correlaciona C_i con el mismo elemento de US_{mink}, de esta manera, las normas del sistema son independientes si y sólo si no existe ningún caso en el cual el sistema sea redundante.³⁵

En relación a la coherencia, un sistema normativo es *incoherente* en un caso C_i de un UC_j si correlaciona C_i con dos o más soluciones obteniendo de la conjunción de estas soluciones una contradicción deóntica,³⁶ por lo tanto, el sistema es coherente si y sólo si no existe ningún caso donde el sistema sea incoherente.³⁷

Con la finalidad de describir el concepto de laguna (normativa) en la ciencia del derecho,³⁸ Alchourrón y Bulygin, partiendo de un problema concreto sobre normas jurídicas, proyectan un modelo simplificado de un sistema jurídico, recordando que en un sistema, cuando en la línea correspondiente a un caso no aparece ninguna solución, se dice que ese caso es una laguna (normativa); por lo tanto, un sistema es completo si el universo

PARCERO, Juan Antonio. Derechos Sociales: Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 381).

³² ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la...*, p. 22.

³³ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 41,42.

³⁴ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 118.

³⁵ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 42.

³⁶ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 101.

³⁷ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 44.

³⁸ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 22.

de casos de este sistema no presenta lagunas en relación al universo sistemas maximales, basta el sistema tener una laguna para ser incompleto.³⁹

En tal sentido, una de las tesis del positivismo jurídico destacada por Bulygin es la que afirma que una sentencia judicial es justificable según el derecho, sólo si en su contenido encontramos una secuencia lógica de normas y la descripción de un caso; así, la justificación sería una operación lógica deductiva, la cual puede ser reconstruida como una inferencia lógica donde de un conjunto de premisas se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas se aplican a un caso particular.⁴⁰

Como en la teoría de Alchourrón y Bulygin, el derecho es considerado un conjunto de reglas que relaciona un caso genérico o conjunto de propiedades con alguna solución normativa, el trabajo del juez, consistiría solamente en conferir si un caso individual tiene o no un conjunto de propiedades que puedan ser subsumidas en el conjunto de propiedades del caso genérico configurado en una de esas reglas.

Esta tesis es bastante criticada, en razón a lo siguiente; en principio, si el caso individual es subsumible en la regla, entonces este caso tiene una solución jurídicamente predeterminada. Si por el contrario este caso no puede ser subsumido, o puede ser subsumido en diversas reglas incompatibles, entonces el caso debe ser resuelto según la discrecionalidad del juzgador,⁴¹ por lo tanto, tratándose de soluciones para los llamados casos difíciles, los participantes solamente se limitarían a expresar sus preferencias personales dejando de lado el aspecto jurídico de la posición,⁴² pues según explica Bulygin,

³⁹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 49.

⁴⁰ BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 38.

⁴¹ Al respecto Atienza explica: “enfrentado a un caso individual, la tarea del jurista se limita a comprobar si tal caso individual presenta o no un conjunto de propiedades que resulte subsumible en el conjunto de propiedades que constituyen el caso genérico configurando en una de esas reglas. Si el caso individual resulta subsumible en una de tales reglas, el caso individual tiene una solución que resulta subsumible, esto es, en la regla que contempla el caso genérico correspondiente. Si no es así, porque no haya regla en la que subsumirlo (...) o porque pueda subsumirse en más de una regla con soluciones incompatibles (...) o porque resulte dudoso si las propiedades que presenta el caso individual resultan o no subsumibles en las propiedades genéricas contempladas en la regla (...), el caso ha de ser resuelto discrecionalmente por el órgano aplicador. (ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 225).

⁴² ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 139.

“la lógica deductiva es incapaz de justificar las decisiones que adoptan los jueces en los casos difíciles”.⁴³

IV. EL SISTEMA JURÍDICO, LA RAZÓN PRÁCTICA Y EL POSTPOSITIVISMO.

La idea de derecho adoptada por los autores del *Normative Systems* – positivismo jurídico – tiene dos trazos definitorios, la tesis de las fuentes sociales y la de la separación entre el derecho y la moral.⁴⁴ Las tesis y características propias al positivismo, explica Atienza, acarrear que esta corriente se torne un obstáculo, e impida el desarrollo de una teoría dogmática según los parámetros del Estado constitucional.⁴⁵

Esto sucede porque lo que caracteriza a las grandes teorías del positivismo jurídico desde el siglo XX⁴⁶ es, en principio, el entendimiento de las normas jurídicas como directivas de conducta que son el resultado de otros actos de prescripción; lo que trae consigo dos consecuencias importantes, la primera, el descuido de su dimensión valorativa, y la segunda, el negligenciar aquellas normas jurídicas que no son el resultado de actos de prescripción, sino de actos de reconocimiento por parte de las autoridades normativas.

En segundo lugar, otro trazo común en las teorías positivistas es su concepción descriptiva, esto es, su autocompreensión orientada a una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico, esto se debe principalmente, a la falta de comunicación durante el siglo pasado entre el discurso práctico general y la dogmática jurídica.⁴⁷

Otro punto que es considerado por los postpositivistas – especialmente los llamados neoconstitucionalistas -, como representativo, y por ende inaplicable, del positivismo, es el

⁴³ Continúa explicando Bulygin, a pesar de existir varios estudios que intentan encontrar un control racional a estas decisiones, los resultados de todos ellos son modestos. Más serios serían los trabajos de las personas dedicadas a la Inteligencia Artificial, que tratan de construir las llamadas lógicas “no monotónicas”. (BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 39).

⁴⁴ El primero, explica que el derecho es un fenómeno social creado y modificado por los actos humanos – tesis de las fuentes sociales del derecho –, y la segunda que destaca el tema de la separación entre el derecho y la moral – tesis de la separación conceptual entre derecho y moral. (AGUILO REGLA, Josep. Sobre la Constitución del Estado Constitucional. In: *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, p. 90,91).

⁴⁵ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 145.

⁴⁶ Teorías como las de Kelsen, Ross, Carrió, Hart, Alchourron e Bulygin.

⁴⁷ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 146-148.

que parte de la famosa locución “la ley es la ley”, en el sentido de que la justificación de una decisión jurídica, en última instancia, se descubre en la orden pronunciada por un superior, lo que significa que la justicia, sería tal, simplemente, porque provendría de la orden de un sujeto. Sin embargo, Pozzolo explica que esta locución debe ser leída según el contexto histórico en el que fue dado, así,

en el ámbito de una sociedad constitucional- democrático-pluralista tal locución puede leerse, también, en el sentido opuesto, es decir, en la perspectiva de un garantismo legislativo. Si se considera que la autonomía de las personas es un valor, y si se concibe el derecho como una suerte de ‘mal necesario’ con la principal función de resolver conflictos que se producen en la comunidad, se puede entender la locución ‘la ley es la ley’ como garantía contra las imposiciones morales de quien sea.⁴⁸

Todos estos aspectos, en el entender de Atienza, impedirían que el positivismo pueda ser una teoría idónea para actuar dentro del derecho del Estado Constitucional, pues tiene un enfoque exclusivamente del derecho como sistema y no como práctica social.⁴⁹

Autores como Alexy y Dworkin son dos de los teóricos que desarrollaron teorías no positivistas del derecho, para ellos, el derecho se debe entender como una práctica social o práctica interpretativa, y no solamente como un conjunto de reglas y principios.⁵⁰

Alexy explica que el concepto de derecho contiene un elemento de idealidad llamado *pretensión de corrección*, el cual respalda la existencia de una conexión conceptual entre derecho y moral.⁵¹ Bernal Pulido refuerza esta posición, afirmando que las normas jurídicas son una institucionalización de la corrección, pues como establecen que

⁴⁸ POZZOLO, Susana. Neocosntitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 351,352.

⁴⁹ En ese sentido, Atienza explica: “El derecho ha de verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. (...) el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano, sino una actividad en la que participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar”. ATIENZA, M y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 152.

⁵⁰ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 152.

⁵¹ Elucida Alexy: “La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 61,62). E el mismo sentido ver: ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 166.

comportamientos son prohibidos, ordenados, permitidos o habilitados, pretenden institucionalizar lo que es correcto jurídicamente para cada caso posible.⁵²

Dworkin por su parte considera que las reglas que conforman el derecho tienen un sentido, sirven a determinados propósitos y valores que no hacen parte del derecho, sin embargo tienen primacía frente a las reglas por medio de las cuales se pretende implementarlas; lo que significa que el contenido y el alcance de las reglas deben interpretarse fundamentalmente según estos valores y propósitos.⁵³

De esta manera las teorías no positivistas respaldan la tesis de la conexión, buscando definir el concepto del derecho de forma tal que incluya elementos de la moral,⁵⁴ pues como explican los post-positivistas, actualmente la función del juez no consiste solamente en el “clásico proceso mecánico y rígido del silogismo y subsunción sin análisis”, la función del juez debe estar orientada por cláusulas valorativas o materiales, siendo este proceso el tránsito para un “constitucionalismo ético donde exista una necesaria conexión entre derecho y moral”.⁵⁵

En relación a los *hard cases*, para los post-positivistas un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino esta debe buscarse como respuesta a una cuestión práctica, esta búsqueda debe realizarse por medio de una intensa actividad deliberativa y justificativa; por lo tanto, el aplicador del derecho no actúa con completa discrecionalidad, sino con sentido de responsabilidad.⁵⁶

Conforme proponen Alchourrón y Bulygin, el derecho viene a ser un conjunto de reglas, donde frente a un caso individual, este puede o no ser subsumible en una regla, si no es subsumible, el Juez, en base a su criterio, tendría discreción para resolverlo. Así, para estos autores no habría casos en los que la solución sea controvertida, pues la solución de

⁵² BERNAL PULIDO, Carlos. Normatividad y argumentación jurídica. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 293.

⁵³ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 230.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 44. Al respecto, Ronald Dworkin afirma que el Derecho no puede estar constituido solamente por reglas, sino también por principios, los cuales pertenecerían al derecho por razones morales, en consecuencia no cabría sostener la tesis de que exista una marcada diferencia entre el Derecho y la Moral. (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, p.)

⁵⁵ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 422.

⁵⁶ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 216.

estos no cabría dentro del *método jurídico*;⁵⁷ en estos casos el derecho no tendría nada que decir, la solución del juez tendría como soporte solamente sus criterios personales de preferencia, pues el derecho no contiene nada más que reglas jurídicas explícitas y sus consecuencias lógicas.⁵⁸

La existencia de lagunas en el derecho, o sea, de sistemas jurídicos incompletos, es otro de los presupuestos de Alchourrón y Bulygin, contrariamente a la posición que propone la plenitud hermética del derecho; es decir, contra aquellos que afirman que el derecho tiene plenitud en el sentido de que el sistema jurídico otorga medios o mecanismos necesarios para eliminar las lagunas,⁵⁹ pues como son fuentes del ordenamiento jurídico, además de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, los Tribunales, con base en estas fuentes, tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos que ellos conozcan; consecuentemente no habría lagunas.⁶⁰

Aclarando este tema y reforzando su posición, Alchourrón y Bulygin alegan que como en todos los casos, en el ordenamiento jurídico, por medio de la norma individual dictada por el juez, se encuentra previsto el caso en cuestión, y consecuentemente este ordenamiento se muestra pleno y carente de lagunas, significa decir que “no hay lagunas porque hay jueces”, “¡Esto es exactamente lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos!”⁶¹

Atienza, criticando esta afirmación explica que la posición asumida por Bulygin, se debe a la visión que tiene del derecho, si este es concebido como un objeto (traje) que está allí en todo momento, o si el derecho es visto como una empresa, una actividad, una práctica; si la analogía no se realiza con el traje, sino con la empresa que hace los trajes, en

⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *Para una teoría...*, p. 208.

⁵⁸ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 225. De la misma forma, Alexy explica: “Según la perspectiva positivista, (...) un sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto: sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, p. 7,8.

⁵⁹ Pues la eliminación de las lagunas presupone precisamente su existencia. (ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 180.)

⁶⁰ ATIENZA, M y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 214.

⁶¹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la...*, p. 182.

ese supuesto, si hubiese trajes con agujeros, la misma empresa sería la encargada de enmendar estos agujeros. Entonces, la noción de laguna de Bulygin, depende de la forma como él entiende el Derecho, pues para el profesor ruso–argentino, el derecho sería un sistema de reglas y no una práctica social.⁶² Atienza explica que para poder analizar las lagunas desde un punto de vista que entienda el derecho como una práctica social, sería necesaria una tipología de los casos difíciles que tiene que ir más allá de la sugerida por Bulygin.⁶³

En ese contexto, Atienza alega que el problema de las lagunas estaría relacionado a la existencia de los criterios de corrección en la utilización de la analogía, siendo que estos criterios son condensados en la idea de coherencia; y, este criterio no se puede formular de la misma manera como se formula una regla de inferencia de la lógica, pues coherencia no es igual a consistencia lógica, la coherencia vendría a ser la consistencia en sentido axiológico; la coherencia es una propiedad dinámica, muda conforme mudan los valores y principios a los que remite.⁶⁴

Finalmente, aspectos como los que configuran el derecho como un mecanismo que torna posible la adopción de decisiones revestidas de autoridad sobre disputas y controversias reducen la complejidad en la toma de decisiones, configurando bajo la forma de reglas, ponderaciones entre razones que establecen para determinados conjuntos de circunstancias genéricas la obligación, prohibición o permisión de determinadas conductas. De la misma forma, el hecho de que los tribunales tengan que fundamentar sus decisiones en un cuerpo de normas que preexista, por ser este el mejor esquema de fundamentación posible en condiciones tanto ideales como reales, son razones que militan en favor de un derecho de reglas. Si bien estas razones son muy fuertes, estas no son absolutas, deben ser ponderadas como razones a favor de un modelo de fundamentación de decisiones judiciales que no tengan solamente a las reglas como elementos que integran el derecho, ni que consideren a la subsunción de un caso individual en una regla como la última justificación de decisiones judiciales por parte de los tribunales.

⁶² ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 214,215.

⁶³ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 216.

⁶⁴ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 220.

De esta manera, estas justificativas permiten afirmar que el derecho no está compuesto solamente por reglas, sino también por valores y propósitos – principios – a los cuales las reglas sirven; estas razones o justificativas, justamente refuerzan la postura que afirma que las reglas puedan ser derrotadas por consideraciones derivadas de los principios.⁶⁵ La derrotabilidad de las normas jurídicas es una constante en la actualidad, pues las frecuentes mudanzas científicas y sociales, exigen que el derecho tenga que adecuarse a la realidad existente.⁶⁶

Esta posición es bastante criticada por sus detractores, quienes en principio exigen que a estos estándares denominados principios se les debe de atribuir un significado, lo que conlleva a que los valores morales subyacentes tengan también un significado que permita realizar una lectura moral de los mismos, pues si se realiza un simple análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir.⁶⁷

V. NOTAS CONCLUSIVAS.

El papel de la lógica en el derecho, o en el razonamiento jurídico nos permite justificar decisiones jurídicas siguiendo el orden lógico de las premisas; esto es importante para el derecho, pues actualmente para la mayoría de ordenamientos jurídicos, una sentencia judicial es jurídicamente justificable solamente si por medio de la deducción de un conjunto de premisas se llega a una conclusión que afirme que determinadas consecuencias jurídicas se deben aplicar a un caso en particular. Sin embargo, grupos de juristas y filósofos, basándose en argumentos *prácticos, reales y justos*, son partidarios de la justificación de las decisiones sin necesidad de seguir el orden lógico de las premisas.

El enfoque sistémico que los positivistas le dieron al derecho es criticado por autores quienes consideran al derecho como una práctica interpretativa o como una serie de procedimientos y discursos – entre ellos Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero –, para ellos esta línea no puede operar dentro de nuestra realidad, pues el derecho como sistema es

⁶⁵ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 233,234.

⁶⁶ AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, p. 432.

⁶⁷ POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 343.

considerado un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen determinados requisitos. Los post-positivistas afirman que el derecho debe ser entendido como una práctica social, una actividad donde participa la población cabiéndoles al jurista el papel de desarrollarlo.

Atienza explica que la teoría de Alchourrón y Bulygin, trae una reducción por empobrecimiento de la variedad de normas jurídicas, pues el derecho es compuesto tanto por normas como por principios, también directrices y otros enunciados que utilizan conceptos valorativos en su formulación, los mismos que no encajan en el modelo de correlación entre caso y solución propuesto en *Normative Systems*.⁶⁸

No obstante, estas afirmaciones son discutidas por algunos teóricos quienes basan su elocución en la necesaria carga semántica que contienen los enunciados normativos, lo que conlleva a su necesaria interpretación, para luego razonar sobre los hechos y ver si son subsumibles bajo esa norma así interpretada.⁶⁹ Esto restaría las calidades axiológicas de los enunciados resaltando la subsunción de los hechos en la norma. Además, “apoyar una interpretación moral que supere una dura aplicación, conduce a sobreponer el plano moral al jurídico”, esto, aparentemente no sería perjudicial si se tratase del “buen juez dotado de buen criterio”, sin embargo, el resultado sería negativo si se parte del “*bad man*”.⁷⁰

Si bien no concuerda con la conexión entre derecho y moral – al estilo neoconstitucionalista – Atria considera que se debe evitar el formalismo exagerado del positivismo jurídico europeo del siglo XIX, lo que no significa que la idea central del positivismo sea desechada, sino, elaborar una teoría del derecho que celebre la contingencia y autonomía del derecho moderno, de esta forma el positivismo jurídico defendería una comprensión del derecho según la cual este puede ser un instrumento de autogobierno democrático.⁷¹

⁶⁸ ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 228.

⁶⁹ Al respecto se recomienda ver: GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*, p. 137, 150 y ss.

⁷⁰ POZZOLO, Susana. Neocosntitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21, p. 351.

⁷¹ ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 27, p. 82.

Para concluir traemos a colación lo dicho por el profesor de Alicante, quien señala que el positivismo – a pesar de sus imperfecciones – presenta puntos importantes, esto debido a la utilización de técnicas de análisis del lenguaje y a los resultados que se obtienen por la utilización de criterios de precisión, claridad y distinciones conceptuales. Además, aportes como la imagen *hartiana* que considera al derecho una articulación de normas primarias y secundarias, o el análisis de Ross de determinados conceptos jurídicos básicos como los conceptos *tu-tu* o la distinción entre diferentes tipos de lagunas propuestas por Alchourrón y Bulygin, son instrumentos conceptuales que cualquier teoría del derecho debe necesariamente integrar.⁷²

⁷² ATIENZA, M. y MANERO, J. *Para una teoría...*, p. 151.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales en el estado democrático y social de derecho. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 404-437.

AGUILO REGLA, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 81-116.

ALCHOURRON, Carlos. Sobre derecho y lógica. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n° 13. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. p. 11-33.

_____. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 6° reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 2010.

_____. y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. México: Fontamara, 1998.

_____. y MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima, 2009.

ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 27. Alicante: Universidad de Alicante, p. 81-139, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. Normatividad y argumentación jurídica. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 291-307.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

_____. , Norberto. *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995.

BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 20-51.

_____. Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos In: _____ y Alchourron, Carlos. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CARCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? (Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial). In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 209-222.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1986.

COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Ma Ángeles e LAGIER, Daniel González. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Derechos Sociales: Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines. In: *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 367-403.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Iusmoralismo(s): Dworkin, Alexy, Nino*. 1° ed. Lima: Legisprudencia.pe, 2014.

GUARINONI, Ricardo Víctor. Avatares de la Lógica Jurídica. In: *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 189-205.

HART, H.L.A. *Post scriptum al Concepto del Derecho*. BULLOCH, Penélope e RAZ, Joseph (Editores). Ciudad de México: UNAM, 2000.

HERNANDEZ, Carlos Arturo. Lenguaje, Derecho y Razonamiento Jurídico. In: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara, 2009, p. 439-474.

NAPOLÉS, Mizhael. Sistemas jurídicos y sistemas descriptivos. La paradoja de Alchourrón-Bulygin. In: *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15, p. 193-209.

NAVARRO, Pablo y RODRIGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. In: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n.º 13. Alicante: Universidad de Alicante, 2000, p. 61-85.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 21 II. Alicante: Universidad de Alicante, p. 339-353, 1998.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.