Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo

Legal System and Identification of Law. A Possible Bulyginian's Response to «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» by María Cristina Redondo

Sebastián Agüero-SanJuan*

Autor:
Sebastián Agüero-SanJuan
Universidad Austral de Chile, Chile
sebastian.aguero@uach.cl
https://orcid.org/0000-0003-2772-794X

Recibido: 1-5-2021
Aceptado: 16-11-2021

Citar como:
Agüero-SanJuan, Sebastián (2022). Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a «La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico» de María Cristina Redondo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 549-579. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.20

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Sebastián Agüero-SanJuan

Resumen

El presente trabajo busca controvertir dos ideas centrales del análisis crítico presentado por Redondo, a saber: (i) sugerir que la teoría de E. Bulygin no entrega criterios que permitan identificar su objeto de estudio y que esta indeterminación posibilita vincular su obra con distintos positivismos (simple, incluyente o excluyente) según qué texto sea revisado; y, a modo de conclusión, (ii) asumir que la falta de una posición clara respecto de la segunda cuestión (positivismos) implica una falta de respuesta a la primera (cómo identificar el objeto de estudio). Así, por un parte, el artículo defiende que la teoría del derecho de Bulygin entrega una respuesta a cómo identificar su objeto de estudio, junto con presentar esta respuesta bulyginiana y, por otra parte, muestra cómo dicha respuesta se vincula con un positivismo excluyente, el cual es esbozado.

Palabras claves: Sistema jurídico; Identificación del derecho; Eugenio Bulygin; María Cristina Redondo

Abstract

The present study aims to discuss two main ideas of the critical analysis presented by Redondo. That is, (i) to suggest that Eugenio Bulygin's theory does not provide criteria that allow the identification of the subject of study and that this indeterminacy enables to connect his work with different positivisms (simple, inclusive or exclusive)

* Agradezco los comentarios y sugerencias de Giovanni Battista Ratti, Diego Almonacid y Lorena Ramírez a una versión preliminar de este trabajo, junto con las recomendaciones de lo/as árbitro/as de la revista.

depending on the text referred to. And, as a conclusion, (ii) to assume that the lack of a clear position regarding the second issue (positivisms) implies a lack of response to the first point (how to identify the subject of study). In this regard, on one hand, this research advocates that the Bulygin's theory of law provides a response about how to identify the subject of study, along with this own Bulyginian response; and, on the other hand, to demonstrate how such response may be linked with an exclusive positivism, which is also briefly addressed.

Keywords: Legal system; identification of law; Eugenio Bulygin; María Cristina Redondo

INTRODUCCIÓN

Como es ampliamente conocido, el propio Eugenio Bulygin tuvo la posibilidad de responder al análisis crítico formulado por María Cristina Redondo durante los últimos días de la primavera del 2006, en un seminario homenaje celebrado en la Universidad Pompeu Fabra. Discusión que al año siguiente se plasmó en el libro «Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin». Por lo mismo, en el presente trabajo solo pretendo elaborar la respuesta que, frente al trabajo de Redondo, podría dar alguien que parte de su formación la realizó al amparo de la obra de E. Bulygin (y C. Alchourrón) y lee con cierto desconcierto algunas de las críticas formuladas a su posición.

Es importante recordar que el quid del análisis crítico redondiano es metodológico: si asumimos que toda teoría debe entregar criterios para identificar su objeto de estudio, la pregunta a responder es ¿cuáles son los criterios que entrega una teoría del derecho bulyginiana para identificar su objeto de estudio? La autora considera que Bulygin no respondió (explícitamente en «Normative Systems») esta pregunta y de ahí la atribución de un «positivismo simple», y considera que tampoco fue satisfactoria su respuesta en trabajos posteriores, en los cuales habría oscilado entre «positivista excluyente» y «positivista incluyente».

En este contexto, pretendo controvertir la idea central y la conclusión de la crítica redondiana con base en cuatro consideraciones que funcionan como un gran argumento. Primero, recordar algunos conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, porque en ellos se encuentran algunas claves para reconstruir las propuestas del libro y establecer las bases para un positivismo bulyginiano. Segundo, reconstruir algunos presupuestos del libro a partir a los trabajos elaborados por Bulygin antes de la publicación de «Normative Systems» y los inmediatamente posteriores a ella, porque si la base textual del problema se origina en el citado libro, considero más plausible enfrentar a sus críticos a partir de las ideas que en aquella época se manifiestan más presentes en las propuestas de Bulygin. Tercero, reforzar la reconstrucción precedente con otras ideas contenidas en «Normative Systems», mostrando así cómo una lectura contextualizada del libro lograr explicitar sus criterios de identificación del derecho. Cuarto, a partir de lo señalado en los pasos anteriores, bosquejo cómo sería un positivismo excluyente compatible con el proyecto bulyginiano.

De esta manera, se persigue controvertir que la falta de una posición clara entre positivismo excluyente o incluyente implica una falta de respuesta a cómo una teoría del derecho bulyginiana identifica su objeto de estudio. Para alcanzar este propósito, el artículo se estructura en cuatro apartados: (1) se desarrolla el análisis crítico formulado por Redondo; (2) se elabora la respuesta bulyginiana a partir de los trabajos contemporáneos a «Normative Systems», junto con algunos insumos encontrados en el propio libro; (3) se sugiere la manera en la cual es posible subsumir la respuesta bulyginiana en algún tipo de positivismo excluyente; y, por último, (4) se esbozan algunas conclusiones centrales.

1. EL ANÁLISIS CRÍTICO DE MARÍA CRISTINA REDONDO

Con la claridad que le caracteriza, Redondo sostiene que, si aceptamos como presupuesto que toda teoría debe ofrecer criterios que permitan identificar al objeto al que se refiere, la propuesta teórica de E. Bulygin no logra satisfacer este presupuesto y, consecuentemente, no entrega una respuesta a la pregunta acerca de ¿cómo identificar su objeto de estudio? Situación que ha posibilitado la formulación de algunos reproches a su teoría[1].

La autora inicia su análisis en la teoría positivista asumida por Bulygin (y C. Alchourrón) en «Normative Systems» (1974[1971]). Sugiere que, en este texto, los autores asumen la importancia de una tesis de relevancia para la identificación del derecho y presuponen alguna tesis de relevancia, pero no suministran un método para su identificación. En otras palabras, el libro se sostiene y desarrolla a partir de las distintas relaciones que pueden existir entre las normas, pero no entregan pautas respecto de cómo identificar el contenido de las normas jurídicas[2].

Según Redondo, esta omisión conlleva una doble exigencia. Es aplicable a «Normative Systems» la exigencia de explicitar los criterios con los que identifica al objeto al que se refiere, i.e., los sistemas normativos. Y es posible solicitar a Bulygin una respuesta sobre qué teoría de la identificación se debe conjugar con su tesis positivista de las fuentes sociales, la cual sea compatible con las propuestas «Normative Systems»[3]. Exigencias que guían el presente artículo.

Sin embargo, la autora precisa que el flanco de las críticas de diversos autores (ella incluida) se ha dirigido hacia los intentos de Bulygin por anclar las categorías del citado libro en una teoría positivista que de cuenta de los ordenamientos normativos (dinámicos) de un Estado contemporáneo. Entre las críticas destacan la atribución a Bulygin de un «positivismo simple» y la oscilación entre «positivista excluyente» en un trabajo

1. Redondo, 2018, p. 137.
2. Redondo, 2018, p. 138.
3. Redondo, 2018, pp. 139-140 y 148.

(«En defensa de El Dorado: respuesta a Fernando Atria») y «positivista incluyente» en otro («El positivismo jurídico»)[4]. Críticas revisadas en este apartado.

1.1. EL POSITIVISMO SIMPLE

Un positivismo simple sostendría que los jueces modifican lo que el derecho establece y/o no acatan lo establecido en las normas cuando se alejan de lo establecido mediante el significado claro de las disposiciones jurídicas. Por consiguiente, al omitir u obviar el núcleo de significado claro de las disposiciones jurídicas los órganos de aplicación se apartan de lo establecido en el derecho. Esto se presenta cuando determinan el contenido del derecho utilizando criterios distintos de los contenidos por las reglas semánticas vigentes de una comunidad lingüística, es decir, se apartan del significado literal o usual de los términos[5]. De ahí que los críticos acusen al positivismo simple de sostener (i) una tesis en oposición con la práctica jurídica, (ii) conservadora en materia de significados o (iii) falsa a la luz de los casos difíciles.

El argumento del contraste con la práctica. Un positivismo simple ignora u omite el hecho de que, en la práctica jurídica contemporánea, los órganos de aplicación consideran a las propiedades valorativas (morales) como parte integrante de lo que el derecho es, de modo que, el contenido de las disposiciones no solo es una función del significado de los textos. Por ende, sería adecuado sostener que un rasgo de la práctica jurídica consiste en considerar como parte del derecho tanto los criterios morales de identificación como los contenidos normativos obtenidos a partir de su aplicación. Así, la reconstrucción del derecho de un positivismo simple es divergente con la práctica, al no dar cuenta de los criterios morales admitidos por ella[6].

El argumento de la objetividad de los significados. Un positivismo simple asume ingenuamente que los textos tienen, al menos, algún significado determinado antes de la atribución realizada por los intérpretes. De otra manera no es posible sostener la diferencia entre la tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. Sin embargo, el significado de las disposiciones es un acto discrecional de los órganos de aplicación, el cual de manera contingente tiende a ser conservador, en el sentido de optar por el significado usual u ordinario de los términos. Por ello, para un positivismo simple la tesis de relevancia de un sistema es solo la hipótesis de relevancia de un intérprete[7].

El argumento de ausencia de criterios normativos. Un positivismo simple no entrega una respuesta a qué criterios (sustantivos) se deben considerar para determinar cuáles son

4. Bulygin, 2005a y Bulygin, 2006.
5. Redondo, 2018, pp. 138-143. Sobre positivismo simple y complejo ver Shiner, 1992 y Bayón, 2002.
6. Redondo, 2018, pp. 140-141.
7. Redondo, 2018, pp. 141-142.

las propiedades relevantes en un caso difícil, es decir, cuando el significado convencional de las fuentes conduce a soluciones absurdas o contradictorias. Por consiguiente, frente a este tipo de casos el positivista simple oscilaría entre un formalismo (solo es derecho lo establecido explícitamente por el legislador) y un escepticismo radical (los jueces pueden atribuir cualquier contenido). Inclusive, si es necesario recurrir a criterios normativos o sustantivos para considerar un caso como difícil (injusto o absurdo), el argumento presenta un efecto expansivo[8].

1.2. Entre positivismo excluyente e incluyente

A continuación, partir de distintos textos, Redondo reconstruye una respuesta que Bulygin daría a sus críticos, aunque simultáneamente, la autora critica cada uno de los elementos de esta (posible) respuesta.

La respuesta elaborada por Redondo atribuye a Bulygin el reconocimiento de las convenciones interpretativas vigentes para la determinación del contenido del derecho. Esta atribución tiene un doble fundamento. Por una parte, Bulygin sostuvo que, con independencia de su tipo, no habría razones para que un positivista ignore las convenciones interpretativas imperantes al identificar el derecho[9]. Y, por otra parte, Bulygin distinguió entre la relevancia dependiente de las propiedades expresamente consideradas relevantes por el legislador (R_A) y la relevancia dependiente de las valoraciones implícitas que subyacen a la actividad legislativa (R_B)[10]. Aceptando las dificultades que puede acarrear la determinación de las convenciones o las relevancias, si estas existen se da un núcleo de propiedades incluidas por ellas. Es posible así conocer la tesis de relevancia (como producto) una vez hemos llevado a cabo el proceso interpretativo[11].

Se podría pensar que esta respuesta logra sortear o afrontar los argumentos formulados en contra del positivismo simple, empero, Redondo refuta esta posibilidad desde dos perspectivas. Primero, al adherir a las convenciones interpretativas se debilita la diferencia entre tesis e hipótesis de relevancia, porque si estas convenciones presentan un carácter controvertido o contestable y la identificación del contenido del derecho depende de ellas, la tesis de relevancia pasa a ser controvertida o contestable y, a la vez, identificable de manera cognoscible. Y, segundo, al entender la tesis de la relevancia como un producto del proceso interpretativo ella se vuelve inestable, porque los contenidos relevantes cambian a lo largo del tiempo y, dada la falta de jerarquías entre los criterios interpretativos, la tesis de la relevancia puede ser controvertida y las normas ser genuinamente derrotables[12].

8. Redondo, 2018, p. 142.
9. Bulygin, 2006.
10. Bulygin, 2005a.
11. Redondo, 2018, pp. 143-146.
12. Redondo, 2018, pp. 144-146.

Redondo añade que, si Bulygin desea mantener la idea de una tesis de relevancia descriptiva, debe aceptar que existen «algunos contenidos o casos genéricos claros», cuya identificación no es discrecional por parte de los jueces, y, además, admitir que la tesis de relevancia está conformada solo por ese núcleo de casos claros (propiedades relevantes sobre las cuales no hay desacuerdo). Según Redondo, Bulygin debería también aceptar que no debe variar una tesis de relevancia a la cual están sometidos los jueces, es decir, asumir que ella no cambia según la discrecionalidad del juez de turno[13].

Frente al desafío derivado de estas asunciones, Redondo descarta la posibilidad de una respuesta satisfactoria. Si se cree que a través de las relevancias R_A y R_B se obtiene una tesis de relevancia independiente de los intérpretes (todo quien no es legislador) se rebaja el rol de las convenciones interpretativas, porque solo serían pertinentes en la medida en que sirvan para identificar las relevancias R_A y R_B. Escenario que acerca la posición de Bulygin a un positivismo excluyente y aleja de un positivismo incluyente, porque las convenciones interpretativas no determinarían lo que el legislador quiso regular, sino que su pertinencia deriva de su utilidad para captar lo que el legislador persiguió establecer[14].

Finalmente, en el último apartado del capítulo Redondo sugiere que, con base en las ideas expuestas en un trabajo (2005a), Bulygin puede ser entendido como positivista excluyente; en cambio, con base en otro texto (2006) sería considerado un positivista incluyente. De acuerdo con Redondo, el positivismo excluyente se presenta a través de una tesis conceptual, la cual sostiene que todos los criterios de validez jurídica tienen origen convencional, pero no todo criterio convencional pueden ser criterio de validez jurídica. Por ende, los criterios morales (no convencionales) no sirven para establecer la existencia y el contenido del derecho, porque el propio concepto de derecho establece las restricciones. Y, a su vez, el positivismo incluyente sostiene que los criterios de validez e identificación del derecho son contingentes acerca de un determinado derecho y su verdad o falsedad depende de un determinado derecho[15].

1.3. La crítica al análisis crítico

Como señalé al iniciar este trabajo, hace algunos años, el propio Eugenio Bulygin (2007) formuló una respuesta al análisis crítico realizado por Redondo que hasta aquí he intentado reconstruir en sus aspectos centrales. Por lo mismo, paso a presentar esquemáticamente esta respuesta, la cual constituye una crítica al análisis crítico formulado por Redondo.

En primer y último término, Bulygin cuestiona la importancia de la pregunta que da comienzo al trabajo de Redondo (¿cómo identificar su objeto de estudio?) y considera

13. Redondo, 2018, pp. 146-147.
14. Redondo, 2018, pp. 47-148.
15. Redondo, 2018, pp. 150-151.

que no es claro si el requerimiento está dirigido a entregar criterios que permitan identificar algún derecho positivo, o bien, alguna teoría positivista[16].

En segundo término, considera como no problemático el hecho de que, las definiciones de ciertos conceptos (tesis de relevancia e hipótesis de relevancia) «presupongan» la existencia de un sistema normativo, en el sentido de un conjunto de normas. Al ser definiciones generales, ellas no refieren a ningún derecho en particular, de modo que, el contenido de las normas resulta irrelevante. Por ello, si bien identificar la tesis de la relevancia puede ser una actividad sumamente compleja, esto no obsta a que determinar las normas relevantes para un problema jurídico sea factible. Cotidianamente los juristas realizan esta última actividad, i.e., logran precisar cuál es la tesis de relevancia para ese conjunto de normas[17].

En tercer término, explicita cierta extrañeza al ser categorizado como un positivista simple y la consecuente atribución del significado literal como método para determinar el contenido del derecho, junto con rechazar de manera rotunda dicha atribución. También, rehúsa ser considerado como un positivista «incluyente» y expresa su mayor afinidad con un positivismo «excluyente», aunque no en su versión raziana, porque no comparte su teoría de la autoridad. Así, su distinción entre relevancias R_A y R_B, si bien muestra la preponderancia del legislador, no implica compartir las tesis de Raz y únicamente implica poner límites a la interpretación, en función de la atribución de propiedades relevantes a las normas provenientes de la actividad legislativa[18].

Así, como el propio Bulygin sugiere, queda abierta la posibilidad para proponer una versión alternativa de positivismo jurídico excluyente, quizá, un positivismo de corte bulyginiano que precise su objeto de estudio y presente nociones de carácter racional sin adherir a un positivismo simple[19].

1.4. Un intento de acotar el debate

El trabajo de Redondo puede ser pensado como una entrevista (hipotética) entre ella y Eugenio Bulygin, la cual se estructura sobre tres preguntas y sus posibles respuestas, a saber: (i) ¿qué criterios entrega tu teoría jurídica para la identificación del derecho

16. Bulygin, 2007, p. 201.
17. Bulygin, 2007, pp. 201-203. Esta idea de generalidad puede ser considerada de diversas maneras, sin embargo, parece aconsejable tener presente la propia orientación de «Normative Systems», a saber: «Estas definiciones son generales en el sentido de que son independientes del modelo y también en el de que son aplicables, no ya sólo a las normas jurídicas, sino a cualquier conjunto de normas que califiquen acciones humanas de permitidas, obligatorias o prohibidas» Alchourrón y Bulygin 1974[1971], pp. 49.
18. Bulygin, 2007, pp. 202-203. En este argumento señala explícitamente que en su trabajo «El positivismo jurídico» (2006) dirige diversos argumentos en contra de un positivismo incluyente y, a su vez, que sería erróneo leer su trabajo «En defensa de El Dorado» (2005a) como una adhesión al positivismo excluyente raziano.
19. Bulygin, 2007, pp. 202-203.

(entendido como su objeto de estudio)? (ii) ¿cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia?; y, finalmente, (iii) ¿dónde te sitúas dentro del debate entre positivismo incluyente y excluyente?

Como se acaba de presentar, de acuerdo con Redondo, la ausencia de una respuesta a la primera pregunta produce la atribución a Bulygin del siguiente condicional: «Si se sostiene la distinción entre hipótesis de relevancia y tesis de relevancia; entonces, resulta necesario determinar el contenido del derecho utilizando los criterios establecidos por las reglas semánticas vigentes en una comunidad lingüística». De ahí que, como respuesta a la segunda pregunta, se realice la atribución a Bulygin de un positivismo simple, porque en «Normative Systems», él (junto con C. Alchourrón) defiende dicha distinción y su utilidad para la teoría jurídica. Y, la tercera pregunta se aborda mediada la elaboración de respuestas alternativas construidas a partir de algunos trabajos de Bulygin, de modo que, según qué texto se revisa sus planteamientos pueden ser subsumidos como excluyentes (2005a) o incluyentes (2006).

De esta manera, al intentar contestar la entrevista (hipotética) es que elaboro una respuesta bulyginiana, la cual se sustenta en una lectura (alternativa) de «Normative Systems» y una revisión de los trabajos de Bulygin circundantes a «Normative Systems». Y a partir de ambos sustentos, logro explicitar los criterios de identificación del derecho que se encuentran en la teoría de (un joven) Bulygin, los cuales, en la última parte del trabajo, se intenta subsumir en algún tipo de positivismo excluyente.

2. LA POSIBLE RESPUESTA BULYGINIANA

Como un primer paso de la lectura (alternativa) de «Normative Systems» considero relevante recordar algunos conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, porque en ellos se encuentran algunas claves para reconstruir algunas propuestas del libro, los cuales permiten establecer las bases para un positivismo bulyginiano.

Luego, a diferencia de la estrategia argumentativa seguida por Redondo, en la cual la propuesta crítica se sustenta en trabajos de comienzos del siglo XXI, en este trabajo opto por recurrir a los trabajos elaborados por Bulygin antes de la publicación de «Normative Systems» e inmediatamente posteriores a ella. Esto en razón de que las ideas contenidas en el citado libro, por un lado, constituyen el fruto de un trabajo precedente, en el cual se adoptaron y sentaron sus bases, y, por otro lado, algunas de dichas ideas necesariamente irradiaron a los trabajos sucesivos[20].

De este modo, sin asumir o atribuir a Bulygin una única concepción positivista a lo largo de toda su carrera académica, si la base textual del problema se origina en

20. Esto es sin perjuicio de que, cuando resulta pertinente, intento aludir a trabajos más recientes en los cuales se contienen ideas similares.

«Normative Systems», considero más plausible enfrentar a sus críticos a partir de las ideas que en aquella época se manifiestan más presentes en sus propuestas. Por lo mismo, en un tercer momento, refuerzo la reconstrucción realizada en los pasos anteriores con ideas propiamente contenidas en el citado libro, mostrando cómo una lectura contextualizada lograr explicitar sus criterios de identificación del derecho.

Finalmente, en una sección distinta, a partir de lo señalado en los pasos anteriores, bosquejo algunas ideas acerca de cómo sería esta versión del positivismo excluyente. Teniendo presente las exigencias y propuestas del propio Eugenio Bulygin.

2.1. El origen de la controversia: la tesis y la hipótesis de relevancia

Como es ampliamente conocido, a partir de los distintos sentidos del término «relevancia», Alchourrón y Bulygin diferencian entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. La primera captura el sentido descriptivo del término y es entendida como la proposición que identifica el conjunto de propiedades «que son» relevantes en relación con un sistema normativo y para un universo de acciones determinados. A su vez, la segunda capta el sentido prescriptivo y es la proposición que identifica el conjunto de propiedades «que debe ser» relevante en relación con un sistema normativo y para un universo de acciones determinados. La primera proposición refiere a un estado de cosas, que de hecho se da, según el cual el caso en cuestión y su clase complementaria tienen diferente estatus normativo. En cambio, la segunda afirma que debe o debería darse un estado de cosas según el cual el caso en cuestión y su clase complementaria deben tener diferente estatus normativo[21].

De esta manera, el universo de propiedades relevantes (UPR) se presenta cuando el universo de propiedades (UP) satisface la tesis de la relevancia de un sistema normativo (Sn) para un universo de acciones (UA) y el universo de casos relevantes (UCR) se presenta por la división formada por todas las propiedades del UPR respecto de un Sn y un UA. Los autores señalan como ejemplo:

> «En el modelo del Capítulo I el UP formado por las propiedades de buena fe del enajenante (BFE), buena fe del adquirente (BFA) y título oneroso (TO), satisface la tesis de relevancia de los sistemas S_1 a S_4, pues éstas son todas las propiedades relevantes (para el UA del modelo y para los sistemas considerados). Por lo tanto, el Universo de Casos construido a partir de este UP es el UCR» (1974[1971], pp. 156)

Esto redirige la cuestión hacia la pregunta en torno a ¿cómo determinar las propiedades y su relevancia?, para lo cual es necesario retomar algunas de las explicaciones entregadas en la primera parte del libro («La lógica de los sistemas normativos») en relación con el problema normativo, el ámbito fáctico, el ámbito normativo y el sistema normativo.

21. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 153-155.

Problema normativo. El modelo propuesto por los autores surge a partir de un problema normativo, el cual es entendido como una «pregunta» acerca del «estatus normativo» de ciertas «acciones o conductas». En relación con la determinación de la pregunta y su plausibilidad, los autores únicamente ejemplifican y justifican su pertinencia a partir de una alusión genérica a su comunidad jurídica. En sus palabras:

> «…hemos elegido un típico problema normativo, muy debatido en el Derecho Civil argentino. Es el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee un inmueble –cuya propiedad no le pertenece– lo transfiere –a título oneroso o gratuito– a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es […] ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?» (Alchourrón and Bulygin, 1974[1971], pp. 32)

Formulada la pregunta, la cuestión a resolver está relacionada con las circunstancias en las cuales el actuar del tercero (restituir) resulta obligatorio. La determinación del estatus normativo (permitido, obligatorio o prohibido) de la conducta es realizada dentro de un conjunto de situaciones o estados denominado «universo del discurso» (UD), el cual está determinado por una «propiedad definitoria», porque los estados de cosas son los elementos del UD que comparten dicha propiedad común (definitoria). En el ejemplo del derecho argentino, esta propiedad definitoria es una enajenación de un inmueble que pertenece a un tercero y el UD es un estado de cosas en que una persona transfiere (enajenante) a otra (adquirente) la posición de un inmueble que pertenece a una tercera persona. No obstante, como igualmente se deben considerar las acciones a realizar por el tercero, un conjunto finito de acciones básicas constituye el universo de acciones (UA), a partir del cual todas las otras son compuestos veritativo-funcionales. En el ejemplo utilizado la restitución es la única acción básica, de modo que, el UA es un conjunto unitario[22].

Por consiguiente, la identidad del problema normativo depende del UD y el UA, en el sentido de que cualquier cambio en alguno de ellos arroja un problema diverso y si el UD permanece estable la identidad del problema descansa en el UA[23]. Si bien el «ámbito del problema» está fijado por el UD y el UA, es indudable que tanto el UD como el UA (incluida la propiedad definitoria) descansan en la presentación del problema, es decir, la nomenclatura (UD, UA y propiedad definitoria) contribuye a presentar con mayor claridad una situación previamente identificada como un problema jurídico.

Ámbito fáctico. Ante la pregunta acerca de ¿cuáles son las circunstancias fácticas relevantes para responder el problema?, los autores señalan que:

> «La respuesta a esta pregunta depende de nuestra valoración de las distintas circunstancias que deberían ser tomadas en cuenta. Obviamente, no todas las circunstancias posibles son

22. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 32-33.
23. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 33.

> relevantes para nuestro problema, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades parecen ser totalmente irrelevantes para el problema (como, por ejemplo, el color de la piel del propietario o el tamaño de su nariz), ocurre ello así solamente porque existe un consenso más o menos unánime (en un determinado grupo social) acerca de ciertos valores. Pero esto es un hecho meramente contingente. Una ley que hiciera depender la procedencia de la acción reivindicatoria del color de la piel del propietario nos parecería violentamente injusta, pero no quedaría con ello excluida la posibilidad de que en otras latitudes (o en otras épocas) tal ley pudiera parecer perfectamente razonable.» (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 33)

Y a partir únicamente de esta alusión a «un relativo consenso en materia valorativa» y «lo establecido en la ley» los autores consideran como relevantes para el problema en cuestión: la buena fe del adquirente (BFA), la buena del enajenante (BFE) y el título oneroso del acto de enajenación (TO). Estas se convierten en propiedades de los elementos del UD y su conjunto conforma el universo de propiedades (UP), porque el conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un UD se denomina UP[24].

Toda propiedad de los elementos de un UD y su compuesto veritativo-funcional define un «caso (posible)»; en cambio, un caso es «elemental» cuando la propiedad definitoria es una conjunción de todas las propiedades del UP o sus negaciones y, en caso contrario, el caso será complejo. De esta manera, el universo de casos (UC) se integra por el conjunto de todos los casos elementales correspondientes a un UP. De ahí que, el ámbito fáctico se constituya por el conjunto de todos los casos posibles, aunque los autores únicamente consideren los casos elementales, porque las propiedades «más fuertes» pueden definirse en términos de UP[25].

Si los casos son determinados por combinaciones de propiedades estás deben ser lógicamente independientes entre sí, lógicamente independientes de las propiedades que caracterizan a las conductas del UA y cada uno de los elementos del UD puede tener cada una de las propiedades del UP. Además, se asume que los casos pueden ejemplificarse en la realidad, es decir, no son lógicamente contradictorios ni tampoco necesarios[26].

El concepto de casos siempre se define en relación con las propiedades del UP y el concepto de caso elemental como la conjunción de cada una de las propiedades del UP. Esto último implica asumir el carácter finito de las propiedades, a menos que, el

24. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 34. Se debe recordar que, la presencia o ausencia de propiedades únicamente alude al hecho de que las propiedades pueden presentarse o no en los elementos o estado de cosas que integran el UD y cuando no se presentan se instanciaría la propiedad complementaria de la propiedad aludida. Así, en el ejemplo en comento, son propiedades complementarias: mala fe adquirente (¬BFA), mala fe enajenante (¬BFE) y título gratuito (¬TO). Del hecho de que las propiedades dividan los elementos del UD en dos clases (presentes o ausentes) se sigue que la determinación del UC sea 2 elevado al UP. Ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 34-35.
25. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 34-35.
26. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 54-52.

UC sea definido en términos del conjunto de casos que forman una división. Esta última se entiende como el conjunto de propiedades o predicados que las designan, el cual es caracterizado por ser lógicamente disyunto (todo elemento del UD tiene necesariamente alguna de las propiedades del conjunto), lógicamente excluyente (las propiedades son mutuamente excluyentes por razones lógicas) y lógicamente no vacío (ninguna propiedad es lógicamente imposible)[27].

Adicionalmente, la determinación del ámbito fáctico se configura a partir de la distinción entre caso individual y caso genérico. Un caso individual es una situación o acontecimiento que produce en una determinada ocasión y un caso genérico es todo subconjunto del UD definido por una propiedad y también la propiedad definitoria de la subclase. Así, los primeros son los elementos del UD y los segundos son subclases del UD, o bien, casos del UC, de modo que, la solución de todos los casos genéricos del UC soluciona también todos los casos individuales del UD[28].

La importancia de la distinción y su vinculación con el UD y el UC se manifiesta a través de la caracterización de los casos elementales y la distinción de tres sentidos del término «laguna». Los casos elementales de un UC deben ser mínimos en el sentido de no admitir subdivisión ulterior, ser mutuamente excluyentes porque ningún caso individual puede pertenecer a más de un caso del UC conjuntamente y tener un carácter conjuntamente exhaustivo de los elementos del UD (casos individuales)[29].

A partir de lo anterior, los autores caracterizan la función legislativa como aquella realizada a través de la dictación de normas generales, es decir, enunciados que correlacionan uno caso genérico con una solución. Si la actividad legislativa no está destinada a (ni siquiera tiene la necesidad de) dictar normas para los casos individuales, un legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales e inclusive solucionar todos los casos de un UD cuando clasifica el UD a través de un UC y entrega una solución a cada caso genérico de este último. El carácter infinitamente variable de la realidad pierde relevancia para el problema de las lagunas (normativas) tanto como los problemas de subsunción, porque el caso puede estar solucionado por el sistema y no saber cómo lo está, o bien, las reglas del sistema no entregar su resolución[30].

Ámbito normativo. Frente a la pregunta sobre ¿cuál es la solución para los casos identificados?, el ámbito de todas las respuestas posibles constituye el ámbito normativo. Este se determina por la vinculación de contenidos normativos con caracteres normativos, de modo que, todas las acciones de UA y todo compuesto veritativo-funcional de tales acciones se relacionan con los operadores permitido P, obligatorio O, prohibido Ph

27. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 55-57.
28. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 58-59.
29. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 60. Esta última distinción contribuye a evitar confusiones al posibilitar la diferenciación entre laguna de conocimiento, de reconocimiento y normativa, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 60-64.
30. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 64, 68, 69 y 89.

y facultativo F para formar las soluciones. Por ejemplo, en el caso en estudio, como la única acción es la reivindicación R hay dos contenidos normativos ¬R y R a partir de los cuales se forma PR, OR, PhR y FR. Cuando una solución determina todos los contenidos del UA se está ante una solución maximal S_{MAX} y toda solución que no es S_{MAX} constituye una solución parcial. El conjunto de todas las S_{MAX} es el universo de soluciones maximales US_{MAX} y determina el ámbito normativo del problema, v.gr., según el ejemplo, el US_{MAX} = {OR, PhR y FR} (Alchourrón and Bulygin 1974[1971], 36-37).

Sistema normativo. En esta teoría los sistemas normativos son conjuntos de normas y las normas son enunciados o expresiones lingüísticas que correlacionan casos con soluciones. Siguiendo a los autores, los términos «casos» y «soluciones» deben ser entendidos en los sentidos previamente individualizados, es decir, casos como la situación o estados de cosas en que se presenta o no una o más propiedades relevantes y solución como la relación entre las acciones del UA y algún operador deóntico[31].

En consecuencia, Alchourrón y Bulygin (1974[1971], pp. 38-41) sugieren como primera ejemplificación de un sistema normativo una interpretación posible (imaginaria) de ciertos artículos del Código Civil de Freitas[32] a partir de los cuales extraen las normas que integran el Sj_1 {N_1 OR/¬BFE, N_2 OR/¬BFA, N_3 OR/¬TO, N_1 FR/BFA.BFE.TO} y construyen el gráfico representativo del sistema o matriz vinculando normas con casos.

La explicación gráfica a partir de la matriz tendría la ventaja de explicitar todas las soluciones deducibles de las normas mostrando con claridad las propiedades del sistema, pero su alcance resulta ser más modesto, porque las normas solo se pueden obtener a partir de la detección de ciertas propiedades previamente establecidas en algunos fragmentos igualmente preseleccionados de las formulaciones normativas proporcionadas por el legislador. Por ende, surgen dos preguntas una vinculada con el «origen de las propiedades» y otras relacionada con el «criterio de selección de los fragmentos de artículos». Ambas explícitamente reconocidas por los autores:

> «…nuestra tesis es mucho más cautelosa: sólo decimos que los arts. 2777 y 2778, interpretados de una manera determinada (como normas N_5 y N_3), no contemplan ciertos casos y, por lo tanto, el sistema formado por estos dos artículos tiene lagunas. Es muy posible que si el sistema S_4 se integrara con alguna otra norma (por ejemplo, con alguna otra disposición del Código), las lagunas desaparecerían. Pero entonces se trataría de otro sistema distinto.

31. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 37-38.
32. A saber: «Art. 3877 inc.2.º: «Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada, fuere inmueble… contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe…»; art. 3878: «Compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada… inc. 2.ª: «Contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante.», inc. 3.º: «Contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito…»; art. 3882, inc.1.º: «Tampoco compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe…»»

> Esto muestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas (es decir, acerca de qué sistema normativo) se está hablando cuando se afirma o se niega la existencia de lagunas.» (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 47).

Estas matizaciones se ven acentuadas al revisar la selección realizada de ciertos artículos del Código de Freitas e inclusive no considerarlos en su totalidad, sino solo algunos fragmentos de ellos e incluso omitir completamente del análisis elementos (posibles propiedades) que se desprenden de la mera lectura de los artículos como el carácter mueble o inmueble de la cosa objeto de la reivindicación. En otras palabras, el carácter cauteloso de la tesis entrega una cuádruple precisión: (i) la determinación de ciertos artículos; (ii) la selección de ciertos fragmentos textuales de dichos artículos; (iii) la explicitación de las normas expresadas o atribuidas a dichos fragmentos normativos; y (iv) la construcción de un sistema determinado con base en dichas normas[33].

En resumen, para efectos de este artículo considero importante enfatizar tres consideraciones. Por un lado, tenemos que en relación con el «problema normativo» su plausibilidad se determina a partir de lo sostenido por los operadores jurídicos de la comunidad relevante. Por otro lado, respecto del «ámbito fáctico» la identificación de las propiedades de los estados de cosas de un UD se determina a partir del consenso valorativo y lo establecido en la ley. Y, finalmente, en relación con el «sistema normativo» la determinación de las normas que lo integran no depende únicamente de la formulación normativa elegida por el legislador, sino que está condicionada por las propiedades previamente identificadas, las cuales condicionan «la selección de ciertos fragmentos del discurso del legislador» a los cuales se vincula con algún contenido normativo[34].

Si la construcción teórica descansa en la noción de propiedad y esta presenta una marcada deferencia hacia la práctica jurídica, las tres consideraciones recién señaladas resultan claves para explicitar los conceptos sobre los cuales descansa la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, junto con cimentar la reconstrucción de algunas propuestas del libro. Por lo mismo, estos conceptos también son claves para establecer las bases para un positivismo bulyginiano.

2.2. Algunos presupuestos de «Normative Systems» a partir de su contexto

Si el análisis de la sección precedente resulta plausible, al explorar en los trabajos circundantes a «Normative Systems» se debe buscar cuál era la posición de Bulygin en

33. Se corrobora esta visión a partir de la lectura de aquellas páginas del libro donde presentan los argumentos esbozados por los juristas argentinos, en concreto, cuando se alude a la posición de Dassen, Allende y Molinario, ya que en ninguno de dichos casos se otorga alguna relevancia, por ejemplo, al carácter mueble o inmueble del objeto reivindicado.

34. En relación con este punto, como señalaré más adelante, esta reconstrucción de «Normative Systems», es parcialmente distinta de la sostenida por el propio Bulygin en un trabajo más reciente (2005a, pp. 80-81). Ahí él sugiere como candidatos para determinar la relevancia de las propiedades únicamente al legislador (autor de normas) e intérprete (cualquier persona).

torno a las nociones de (i) norma/fuente y (ii) comunidad/dogmática jurídica, pues a partir de ellas se puede descifrar su posición positivista (quizá ese positivismo excluyente alternativo al cual alude en su respuesta a Redondo) y, especialmente, responder las interrogantes en torno a las propiedades y la selección de fragmentos de disposiciones al momento de elaborar un sistema normativo.

Una razón teórica adicional para centrar el análisis en los trabajos del joven Bulygin (1961-1976) está en el tránsito desde una reconstrucción estática hacia una propuesta dinámica de los sistemas jurídicos, el cual tendría como puntos de inflexión los conocidos trabajos sobre la indeterminación lógica del sistema y el concepto de orden jurídico[35]. Cambio que necesariamente implica un acercamiento teórico distinto al fenómeno jurídico[36].

Normas/fuentes. En sus primeros trabajos, Bulygin (1961, pp. 37-39) rechaza la idea de que ciertos hechos sean especialmente aptos para producir efectos jurídicos, ya que cualquier hecho puede ser fuente de las obligaciones en la medida en que una norma del derecho positivo (general o individual) lo mencione como antecedente de determinadas consecuencias jurídicas. Por ejemplo, un hecho cualquiera solo necesita el reconocimiento normativo para ser considerado fuente de las obligaciones, con independencia de si tales normas se originan en un órgano estatal o en la costumbre.

Esto lleva a preguntar por el origen de las normas de derecho positivo, sea de órganos del estado o la costumbre, tengan un carácter general o individual. Cuestión que puede ser abordada a partir de una diferenciación entre las principales propiedades atribuidas a las normas, con especial atención a la noción de validez.

Bulygin sugiere que un adecuado análisis de las normas requiere una clara distinción entre obligatoriedad, vigencia, eficacia y validez. La primera se predica cuando una autoridad tiene el deber de aplicarla, el cual es prescrito por otra norma. La segunda se presenta cuando es posible afirmar que una norma sería aplicada si se presentan determinadas condiciones para su aplicación. Y la eficacia aparece cuando los sujetos a quienes está destinada obedecen la norma[37].

En relación con la validez se presentan dos niveles. Por un lado, una norma es válida cuando es dictada por autoridad competente, es decir, hay una norma superior que faculta a la autoridad a dictar dicha norma[38]. Y, por otro lado, la validez del derecho positivo es dependiente de un determinado criterio, es decir, cada vez que se habla de norma valida se asume algún criterio de validez. De modo que, dentro de una concepción positivista, dicho criterio es relativo a una comunidad (tiempo y lugar) y a quienes

35. Aludo a Alchourrón y Bulygin, 1977[1975] y Alchourrón y Bulygin, 1976.
36. Esta precisión adicional se vincula directamente con el desafío presentado por Redondo (2018, pp. 139 y 148), porque en su trabajo insta a Bulygin a dar cuenta de los sistemas jurídicos con los que trabajan los jueces, esto es, tanto un sistema normativo momentáneo como un sistema normativo dinámico.
37. Bulygin, 1991[1966], pp. 63-64. Es interesante destacar como Bulygin mantiene su noción de vigencia en Bulygin, 2005b.
38. Bulygin, 1991[1966], p. 63.

dentro de ella aceptan el criterio. De ahí que la existencia y el contenido del criterio de validación sea una cuestión fáctica[39].

Respecto del origen de las normas de derecho positivo, no es controvertido asumir (o atribuir a Bulygin) que ellas pueden provenir de la legislación y/o la costumbre (1961; 1991[1966]). Sin embargo, un papel más controvertido puede tener el análisis de las normas de origen judicial, porque Bulygin (1991[1966], p. 360) considera que las resoluciones judiciales deben estar fundadas o justificadas en normas preexistentes (sean legisladas o consuetudinarias), pero no descarta la creación judicial de derecho cuando se esté en presencia de un caso en que no haya norma aplicable, por ejemplo, a través del argumento analógico.

Para desentrañar la controversia es importante diferenciar entre el cumplimiento y el uso de las normas jurídicas. En el primer caso ellas se obedecen y en el segundo son empleadas para justificar o criticar una acción. Si bien los usos de las normas pueden ser múltiples, tiene especial relevancia su uso en la fundamentación de las decisiones judiciales. Así, una primera distinción se presenta entre el acatamiento y el uso que realiza un juez cuando redacta una sentencia, es decir, al dictar sentencia obedece la norma que lo obliga a sentenciar, pero las normas que aplica en su decisión son usadas no obedecidas[40].

Como un tipo de uso de las normas, la acción de justificar una decisión consiste en construir una inferencia lógica válida entre cuyas premisas figura una norma general (o conjunto de ellas) y cuya conclusión es la decisión[41]. En general, la decisión está justificada cuando constituye un caso de aplicación de la norma general y, en términos más específicos, está justificada cuando dicha norma general es jurídica y la fundamentación se complementa con las circunstancias del caso y/o postulados de significación (definiciones)[42].

De ahí que el carácter de precedente de una decisión judicial derive de las normas generales y las definiciones utilizadas dentro de sus premisas y no de la norma individual contenida en su parte resolutiva. Si esta última puede ser inferida directamente, i.e., está lógicamente implicada en sus premisas (norma general, definición y circunstancias del caso), ella no es una nueva norma. Una nueva norma es creada solo cuando su contenido no es idéntico al de alguna otra norma perteneciente al mismo orden jurídico ni es consecuencia lógica de otras normas[43].

39. Bulygin, 1964, pp. 30-31.
40. Bulygin, 2015[1965]: 42-43. Esta distinción asume un concepto restringido de «norma» como únicamente aquellas que prescriben obligaciones o prohibiciones y se diferencian de las «reglas» como aquellas que establecen directivas en el sentido de reglas de un juego o gramática. Si bien ambas pueden ser usadas, solo las primeras pueden ser obedecidas, ver Bulygin, 2015[1965], p. 43. Igual concepto de norma se encuentra en, Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 96-100 y 119-120.
41. Siguiendo a von Wright (1963), se entiende por norma general aquellas que en relación con la ocasión o el sujeto son generales.
42. Bulygin, 1991[1966], pp. 356-357.
43. Bulygin, 1991[1966], p. 358.

Por lo mismo, si bien toda resolución requiere de un acto de voluntad del juez, no es adecuado aplicar este criterio (voluntarista) para determinar la creación de una norma, aunque toda formulación de norma requiere un acto de voluntad, porque en los casos de sentencia justificada la norma individual, al derivarse de la norma general, no es una nueva norma[44]. Idéntico razonamiento puede aplicarse a los enunciados judiciales que solo persiguen delimitar el significado normativo de las disposiciones, sean entendidos como postulados de significación o definiciones.

Los postulados de significación o definiciones derivan de los rasgos característicos del lenguaje ordinario, porque este es utilizado para formular normas jurídicas y las palabras empleadas en dicha formulación presentan un núcleo de significado más o menos claro. Por ende, pese a su carácter borroso, es posible diferenciar entre los casos en que los jueces solo intentan delimitar dicha área de significación, donde su actuar no sería arbitrario, y los casos donde modifican dicho núcleo de significación, produciendo (eventualmente) una nueva norma[45].

Así, considerando a la vigencia como una condición necesaria de la existencia de las normas, Bulygin no tiene inconvenientes en considerar como normas jurídicas a las de creación judicial que tienen el carácter de generales y nuevas. Si bien no hay problema en calificarlas de jurídicas a las normas vigentes, las normas no vigentes adquieren su carácter jurídico al servir (eventualmente) de fundamento a otras normas que pueden ser obligatorias. De ahí el carácter de fuente del derecho de la actividad judicial, en el sentido de creación de normas, sin olvidar su rol en la delimitación de los conceptos jurídicos[46].

Si la jurisprudencia es entendida como el conjunto de normas vigentes creadas por los jueces, únicamente se requiere para su consideración que existan buenas razones para afirmar que una norma (jurisprudencial) sería aplicada en caso de presentarse la correspondiente ocasión para considerarla vigente y, consecuentemente, fuente de derecho. Inclusive los postulados de significación o definiciones emanados de la judicatura pueden adquirir vigencia cuando haya buenas razones para creer que serán utilizados por los jueces. En ambos casos, al adquirir vigencia pasan a integrar el orden jurídico, cuestión que es clave al momento de elaborar algún sistema normativo[47].

En palabras de Bulygin:

> «Esto pone de manifiesto la insuficiencia de la definición tradicional de orden jurídico como conjunto de normas; tanto las normas, como las definiciones forman parte del derecho. La

44. Bulygin, 1991[1966], p. 360. Un rechazo a la concepción voluntarista de las normas también se encuentra en Bulygin, 2005b, pp. 78-81.
45. Bulygin, 1991[1966], p. 359.
46. Bulygin, 1991[1966], p. 367-368.
47. Bulygin, 1991[1966], p. 369.

jurisprudencia es fuente de derecho en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos» (1991[1966], p. 369)[48].

Comunidad/dogmática jurídica. Bulygin considera que la distinción entre normas y proposiciones normativas (jurídicas) se basa en su diferente función. Por un lado, el legislador crea normas para prescribir determinados comportamientos y, por otro lado, la ciencia jurídica describe las normas legisladas para dar a conocer el derecho[49].

Las proposiciones normativas versan sobre hechos, ya sea porque la existencia o validez de una norma es un hecho (social), o bien, porque su alcance o significado también es un hecho (lingüístico). Por ende, la ciencia jurídica tiene como propósito determinar los hechos que producen la existencia de las normas y delimitar el significado de las expresiones utilizadas por el legislador y otros términos jurídicos. Por lo mismo, las proposiciones normativas son particulares y no generales, porque su objeto son normas concretas, aunque la norma descrita pueda ser universal[50].

En su carácter descriptivo, las proposiciones jurídicas son objetivas en el sentido de que su valor de verdad no depende de la persona que las formula. Si ellas persiguen capturar cuál es el contenido del derecho, toda formulación seria de una proposición jurídica presupone el uso de algún criterio. Así, la verdad o falsedad de una proposición jurídica es relativa a un «criterio de identificación del derecho válido» e igualmente relativo al sistema normativo de un momento determinado[51].

Este carácter descriptivo de las proposiciones jurídicas o normativas no excluye el hecho de que la ciencia jurídica formule otro tipo de enunciados, v.gr., de carácter resolutivo o propositivo. Por ejemplo, cuando no se limitan a determinar el significado común de los términos en uso, sino a modificar este por alguna consideración de otro orden, como puede ser su armonización con el resto del ordenamiento. Sin embargo, estos enunciados no adquieren un carácter normativo, porque el único deber ser prescriptivo emana de las normas jurídicas[52].

Bulygin no tiene inconvenientes en asumir que la actividad de la ciencia jurídica no es exclusivamente descriptiva. Sin embargo, cuando detenta este carácter (descriptivo) y persigue presentar el contenido de un derecho, debe ajustarse al criterio de

48. En un trabajo posterior, esta idea se encuentra, específicamente, en relación con la noción de sistema jurídico utilizado en «Normative Systems»: «Esta definición de "sistema jurídico" no prejuzga sobre el número y el origen de las normas que se elijan como base axiomática; puede tratarse de normas legisladas o consuetudinarias, extraídas de sentencias judiciales o de escritos dogmáticos y puede tomarse como base del sistema cualquier conjunto de normas» (Bulygin, 1991, p. 258). Como él mismo señala unas páginas más adelante del mismo trabajo, esto solo incluiría a normas generales, no a las normas individuales que emanan de las sentencias judiciales (1991, p. 262).
49. Bulygin, 1991[1961], p. 333.
50. Bulygin, 1991[1961], p. 336-338.
51. Bulygin, 1976, p. 34.
52. Bulygin, 1991[1961], p. 338.

identificación del derecho válido, el cual es relativo a una comunidad o sistema determinado. Dicho criterio determinará la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas[53].

Además, entendida como una actividad racional, la ciencia jurídica tiene por propósito controlar la corrección (validez) de las inferencias normativas realizadas por los órganos de aplicación, sean jurisdiccionales o administrativos[54]. Actividad que deriva tanto de la ausencia de procedimientos lógicos que permitan inferir una determinada proposición de una o un conjunto de proposiciones como de la noción de justificar, entendida como inferir lógicamente la decisión de una norma o conjunto de normas. Noción esta última que redirige hacia la función descriptiva, porque el conocimiento de las normas es clave para que operadores jurídicos puedan justificar sus decisiones[55].

Así, una función central de la ciencia jurídica es la descripción del derecho vigente y esta se manifiesta a través del hecho de que en una mayoría de casos los juristas realizan afirmaciones sobre el derecho presente. En general, cuando se sostiene que «la norma A está vigente», solo se realiza una predicción de la propiedad disposicional de A de ser aplicada en determinadas circunstancias. No obstante, Bulygin sugiere ampliar la noción de vigencia y no reconstruirla únicamente a partir de la actividad realizada por los órganos oficiales de aplicación de normas, porque no son los únicos que usan las normas para justificar sus acciones. Asumiendo así que la obligatoriedad no es un criterio característico del derecho[56].

En definitiva, para efectos de este artículo considero importe resaltar algunas ideas del joven Bulygin. En relación con las fuentes de derecho positivo, admite como tales a la jurisprudencia, la legislación y la costumbre. Por consiguiente, las normas emanadas de cualquiera de ellas pueden integrar el derecho. Sin embargo, su propuesta va más allá, porque dado el fuerte componente relacional (contextual) que otorga a la noción de validez, más bien dependerá de cada comunidad jurídica cuáles son las fuentes de derecho en un momento determinado. La manera en que presenta el carácter relacional de la noción de validez lo habilita a sostener que, respecto de su contenido y existencia, el criterio de validez de una comunidad presenta un carácter fáctico.

Cuestión está última estrechamente vinculada con la actividad de los operadores jurídicos (en sentido amplio) y las funciones realizadas por la dogmática jurídica. La justificación de cualquier decisión requiere el conocimiento del derecho, el cual es

53. Bulygin, 1991[1963], p. 342.

54. A lo cual se podría añadir sin problemas, revisar la corrección de las inferencias normativas realizadas por otros dogmáticos.

55. Bulygin, 1991[1963], pp. 350-351.

56. Bulygin, 1991[1963], pp. 346 y 352 y Bulygin, 1991[1966], p. 367). En este periodo, al caracterizar la actividad de la ciencia jurídica y sus enunciados, Bulygin utiliza la distinción entre lenguaje y metalenguaje. Las proposiciones jurídicas o normativas constituyen un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el lenguaje del legislador, es decir, el lenguaje del legislador tiene por objeto determinadas conductas y el lenguaje de los juristas tiene por objeto las normas jurídicas contenidas en las expresiones lingüísticas utilizadas en el lenguaje del legislador. Por ejemplo, «la norma "se debe hacer A" es válida o existe en un derecho determinado», en Bulygin, 1991[1961], p. 337.

presentado por la ciencia del derecho a luz de las nociones de validez y vigencia. Así, si bien la presentación del contenido de un derecho debe ajustarse al criterio de identificación del derecho válido, dentro de este conjunto, se debe prestar especial atención a aquellas normas que tienen la propiedad disposicional de ser aplicadas en determinadas circunstancias[57].

Así, la posición defendida en relación con los tópicos fuentes/normas y comunidad/dogmática jurídica resulta acorde y complementaria con lo señalado en «Normative Systems» sobre el rol de los operadores jurídicos de la comunidad relevante en la determinación del problema normativo y el papel desempeñado por la conjunción entre el consenso valorativo y lo establecido en la ley para delimitar el ámbito fáctico, especialmente, las propiedades de los elementos del UD.

2.3. La identificación del objeto de estudio a partir de la lectura contextualizada

Queda por determinar en qué medida en el propio «Normative Systems» se encuentran algunas ideas desarrolladas en las secciones precedentes. Primero, en torno a cómo identificar el derecho o qué identificar como tal (vinculado con la sección 2.2) y segundo acerca de cómo construir un sistema jurídico (relacionado con la sección 2.1.).

Qué identificar como derecho. En línea con lo señalado en los apartados precedentes, los autores adhieren a una visión relacional o contextual del criterio de validez y sostienen que llamarán válidos a los enunciados de derecho que los juristas aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico. De modo que, la base de un sistema jurídico puede estar integrada por el conjunto de enunciados que satisfacen los criterios de identificación que «los juristas usan» para identificar los enunciados de derecho que tienen el carácter de válidos[58]. En consecuencia, la noción de validez es relativa a un criterio o conjunto de criterios, el cual está conformado por la práctica vigente de los juristas.

Dichos criterios contienen reglas que establecen las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido (reglas de admisión) y deja de serlo (reglas de rechazo). Las primeras aluden a las fuentes de derecho y las segundas a los mecanismos de exclusión. Generalmente, dentro de las primeras están la ley, la jurisprudencia y la costumbre, entre otras; mientras que, en las segundas se presenta la derogación y la desuetudo junto a

57. Sobre la verificación de esta propiedad disposicional (vigencia), Bulygin (2015[1965], p. 49) expresamente ha señalado: «Questioning the meaning of the proposition "*N* is efficacious" must not be confused with questioning its verification, although the issues are related. As an empirical, general statement, this proposition cannot be completely verified, but, rather, can only be confirmed to a certain degree on the basis of experience, where observations of the actual behaviour of judges play a decisive role». Hay que recordar que en estos trabajos Bulygin utiliza «efficacious» como sinónimo de «vigente» (2005b, p. 77).

58. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 118-119.

otras. De esta manera, la filosofía del derecho debe elucidar los criterios de identificación que los científicos «usan» de hecho para identificar los enunciados de derecho válidos, es decir, los criterios efectivamente «vigentes» en una comunidad dada[59].

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico está formado por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto criterio de identificación. La unidad del ordenamiento depende de este criterio. Si el ordenamiento puede ser entendido como un tipo de sistema que contiene todos los enunciados válidos, la noción de sistema permite igualmente capturar la actividad de sistematizar un subconjunto de enunciados del ordenamiento, v.gr., aquellos enunciados válidos relevantes para una materia. Situación esta última la más recurrente entre los juristas, quienes desean determinar las consecuencias normativas para una determinada materia[60].

Así, aquello que cuenta como derecho depende de satisfacer un determinado criterio o un conjunto de criterios conformado por la práctica en uso de los juristas. De este modo, aquellos enunciados que cumplen dichos criterios serán considerados válidos y, consecuentemente, susceptibles de integrar la base del sistema jurídico, en conjunto con sus consecuencias.

Cómo empezar un sistema. Si bien la elección de la materia depende de los intereses de quien vaya a construir el sistema (v.gr., acción reivindicatoria), la selección de los enunciados no descansa únicamente en su voluntad. Los enunciados que integran la base del sistema jurídico deben ser de «derecho válido» y dentro de este conjunto se considera a aquellos que tienen consecuencias normativas dentro de la materia elegida[61].

59. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 119-121. Pese a su cercanía con la práctica jurídica, la propuesta de «Normative Systems» no se debería vincular con una (simple) descripción de aquello que hacen los juristas, ya que únicamente pretende reconstruir algunos ideales de la ciencia jurídica, especialmente, en relación con la metodología jurídica el estudio de los pautas y procedimientos (reconstruidos racionalmente) utilizados por los juristas para justificar sus aserciones, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 25.

60. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 122. Como sea señalado, en trabajos posteriores (Alchourrón y Bulygin, 1977[1975] y Alchourrón y Bulygin, 1976), los propios autores argentinos formulan y desarrollan la distinción entre «orden jurídico» y «sistema jurídico» para capturar el carácter dinámico del derecho a partir de la distinción raziana entre sistemas momentáneos y no-momentáneos (igual explicitación se encuentra en Rodríguez, 2007, p. 87). Sin embargo, con el propósito de reconstruir fielmente su pensamiento al inicio de la década de los setenta, he optado por mantener el uso de la expresión «ordenamiento jurídico», la cual sin contener las distinciones posteriores, al menos, las preludiaba como se ve adelante, a saber: «Estas reflexiones muestran que nuestro concepto de ordenamiento jurídico no refleja el significado que expresiones tales como "derecho argentino" u "orden jurídico francés" tienen en el lenguaje corriente[…] En otras palabras, el derecho argentino no es un ordenamiento momentáneo, referido a un momento temporal dado. Sin embargo, la expresión «derecho argentino» es traducible a nuestro lenguaje, en el sentido de que su significado puede ser expresado en términos de «ordenamiento momentáneo». En efecto, en nuestra terminología, el derecho argentino no es *un* ordenamiento jurídico, sino una *secuencia temporal y discontinua* de ordenamientos jurídicos» Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 138.

61. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 122.

Si bien la determinación de qué enunciados presentan consecuencias jurídicas no es una actividad sencilla y en ocasiones no hay criterios racionales para tomar una decisión, es posible observar algunas diferencias en relación con la fuente de derecho utilizada para seleccionar los enunciados relevantes. Así, en la medida en que se satisfacen los ideales modernos de sistematización del material normativo al tiempo de su dictación, la legislación contribuye parcialmente a facilitar la selección, al distribuir por materia las disposiciones que la integran. En cambio, en el caso de la jurisprudencia, la dificultad radica en extraer las normas generales que sirven de fundamento a la decisión y no su norma individual. Esto último porque, como fue señalado en los apartados precedentes, en la base del sistema deben aparecer enunciados generales[62].

Dado el carácter contextual de la noción de validez, todo lo anterior está condicionado temporalmente, porque tanto los criterios como los enunciados varían con el transcurso del tiempo. Por ende, la identificación de los enunciados es una cuestión empírica, porque tanto los criterios de validez como los enunciados seleccionados se encuentran en la experiencia. De ahí que, los sistemas momentáneos, como sugiere el nombre, se entienden como relativos a un momento (y lugar) determinado[63].

Sin embargo, como la selección de los enunciados es solo una parte del proceso de elaboración de un sistema jurídico, este se complementa con la determinación de las propiedades relevantes. Así, con este perfil contextual, los propios Alchourrón y Bulygin transparentan que:

> «Por lo tanto, para determinar el UC es necesario saber cuáles son las propiedades relevantes para generar el Universo de Casos. Por lo común, los juristas extraen esas propiedades de los enunciados del derecho que constituyen la base del sistema; pero no siempre es así, pues a veces la elección del UP obedece a otros criterios. Esta cuestión da lugar a importantes problemas lógicos y axiológicos (lagunas axiológicas) que se estudiaran en el capítulo siguiente» (1974[1971], p. 117).

Curiosamente, en el capítulo siguiente (El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas), el tratamiento que se realiza a través de la elección del UP está relacionado con la distinción que da origen a la controversia, esto es, entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. Por ende, sin ánimo de entrar en un bucle explicativo parece adecuado cerrar la argumentación con los distintos ámbitos en los cuales se presenta la relevancia de una propiedad (un caso, un UC y un UA) y mostrar cómo estos tres conceptos se relacionan con la citada tesis e hipótesis de relevancia.

Sobre un caso C_1 de un UC, en relación con un sistema normativo Sn_1 y un UA_1, una propiedad **p** es relevante cuando C_1 y su complementario C_C tengan diferentes estatus normativos en relación con Sn_1 y un UA_1, es decir, hay un elemento (una

62. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 122-123. Por una parte, la determinación de la materia puede ser más o menos amplia, pero siempre limitada y, por otra, la noción de consecuencia normativa se vincula con enunciados que correlacionan casos con soluciones, ver Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 114-115.

63. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 124.

solución) del USmin correspondiente al UA_1 que está correlacionado por Sn_1 con uno de los casos y no con el otro. Un caso complementario es aquel en que no se presenta una propiedad determinada, pero es igual a otro caso en todas las demás propiedades definitorias del caso[64].

A su vez, respecto de un caso UC_1, en relación con un sistema normativo Sn_1 y un UA_1, una propiedad **p** es relevante si existe al menos un caso en UC_1 en el cual **p** es relevante en relación con Sn_1 y el USmin correspondiente al UA_1. Por ende, dicha propiedad es irrelevante cuando no es relevante en todos los casos del UC_1 en relación con Sn_1 y un UA_1. Por su parte, una propiedad **p** es relevante en un UA_1 en relación con un sistema normativo Sn_1 si existe por lo menos un UC_1 en el cual **p** es relevante en relación con Sn_1 e irrelevante cuando no existe ningún UC_1, tal que **p** sea relevante en este UC_1 en relación con Sn_1 y un UA_1[65].

A partir de las definiciones precedentes, es importante explicitar que los tres conceptos de relevancia son relativos a un «sistema normativo y a un Universo de Soluciones Minimales (USmin)» y que el carácter relevante o irrelevante de una propiedad depende de que su presencia o ausencia en un caso o su complementario genere un estatus normativo diverso[66].

Por consiguiente, la tesis de relevancia de un Sn_1 y un UA_1 identifica las propiedades relevantes en relación con dichos Sn_1 y un UA_1; mientras que, la hipótesis de relevancia (solo) para un UA_1 identifica las propiedades que deben ser relevantes para UA_1. La primera refiere a un hecho o estado de cosas que efectivamente se da, de ahí su carácter descriptivo; en cambio, la segunda alude a un hecho o estado de cosas que debería darse, de ahí su carácter prescriptivo[67].

Recapitulación. A través de la noción de predicado triádico es posible entender la tesis de relevancia, es decir, ella se presenta cuando sus tres componentes entran en dicha relación. De ahí la importancia de precisar cada uno de ellos, a partir de lo señalado previamente, para determinar su contenido, a saber: (i) Sn_1; (ii) UA_1 y (iii) la descripción de un hecho o estado de cosas que efectivamente se da.

i) Los Sn son conjuntos de normas. Las normas son enunciados que correlacionan casos con soluciones. Los casos son estados de cosas en que se presentan o no una o más propiedades relevantes, porque toda propiedad de los elementos de un UD y su compuesto veritativo-funcional definen un caso. El UD es el conjunto de situaciones o estados donde se realiza la determinación del estatus normativo, el cual es elaborado a partir de una propiedad definitoria compartida por sus elementos. Así, el conjunto de propiedades que pueden estar

64. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 152.
65. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 153.
66. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 152-153.
67. Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 154.

presentes o ausentes en los elementos de un UD se denomina UP. Nótese que las circunstancias que serán consideradas como propiedades del UD surgen a partir de la combinación entre un consenso más o menos unánime entre los miembros de una comunidad sobre cuestiones valorativas y lo establecido en la ley.

ii) El UA está constituido por el conjunto de acciones o conductas respecto de las cuales se pregunta por su estatus normativo, de modo que, el conjunto de las acciones integra el UA. Nótese que las acciones básicas derivan de presentar el problema normativo como una pregunta acerca del estatus normativo de ciertas acciones y que este problema o pregunta surge y es determinado por la comunidad jurídica respectiva.

iii) El hecho a describir es el conjunto de propiedades «que son» relevantes en relación con un Sn y UA determinados, de modo que, no se deben buscar respuestas más allá de la estructura relacional y contextual que presentan todos los presupuestos o definiciones sobre los cuales descansa aquello que se va a describir. Recordar que el Sn depende de normas, las cuales dependen de casos, los cuales dependen de propiedades, las cuales dependen de consensos valorativos y lo establecido en la ley dentro de una comunidad y, por su parte, el UA depende de acciones, las cuales depende del problema, el cual descansa en la comunidad jurídica determinada.

Por lo mismo, por un lado, no es correcto vincular directamente las propiedades relevantes con lo establecido en las normas y/o disposiciones. Por ejemplo, es suficiente recordar lo señalado en relación con el carácter mueble o inmueble de la cosa reivindicada, el cual está expresamente contenido en las disposiciones, pero es completamente omitido del análisis por no formar parte del problema. Y, por otro lado, el carácter relacional de la tesis de relevancia está en cierta sintonía con una deferencia a la comunidad y la práctica jurídica, en especial, con sus criterios al momento de identificar problemas y las propiedades relevantes del mismo a partir de lo establecido en la ley u otra fuente de derecho. Aspecto este último (sobre fuentes y normas) igualmente deferente con los criterios que tenga una práctica o comunidad jurídica en un momento determinado.

Finalmente, es importante explicitar que, esta reconstrucción toma distancia de quienes condicionan el carácter relevante o irrelevante de una propiedad al estar o no establecida en una norma y/o disposición. Cuestión que no acontece en esta propuesta, porque precisamente esa manera de construir la obra de E. Bulygin se hace presa no solo de la crítica de Redondo, sino también de muchas otras aludidas por la autora. De esta manera, al realizar una asociación directa entre el legislador, las disposiciones o normas y las propiedades relevantes surge gran parte de los problemas. Quizá, como sostiene G. B. Ratti (2007, p. 165), en relación con la adopción de distintos tipos de relevancia (R_A y R_B), la adopción (posterior) de algunas ideas

en ocasiones implica el cambio de algunas de las tesis fundamentales defendidas en «Normative Systems»[68].

2.4. ¿Qué se ha logrado controvertir?

Las dos primeras preguntas que estructuraban la entrevista hipotética intentaban indagar en torno a cuáles son los criterios para la identificación del derecho y cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia[69].

La respuesta a la segunda pregunta transita desde la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia hacia la pregunta en torno a cómo determinar las propiedades y su relevancia. Cuestión que permitió revisar las nociones de problema normativo, el ámbito fáctico, el ámbito normativo y el sistema normativo, entregadas en la primera parte de «Normative Systems». Esta revisión explicitó tres relaciones no siempre enfatizadas: (i) entre la identificación y plausibilidad de un problema normativo con los planteamientos de los operadores jurídicos de una comunidad determinada; (ii) dentro del ámbito fáctico, vincular la identificación de las propiedades de los estados de cosas de un UD con algún consenso valorativo y lo establecido en la ley; y (iii) respecto del sistema normativo, explicitar la conexión entre las normas y su determinación a través de las propiedades previamente identificadas como relevantes y plasmadas en fragmentos seleccionados del discurso del legislador.

De esta manera, el foco del trabajo se trasladó hacia la búsqueda de los presupuestos de la distinción. Así, se revisaron algunas ideas de Bulygin en torno a las nociones de norma/fuente y comunidad/dogmática jurídica a partir de las cuales fue posible: (i) identificar distintas fuentes de derecho; (ii) admitir que con independencia de la fuente las normas generales integran el orden jurídico; (iii) entregar un carácter relacional (contextual) a la noción de validez y los criterios que la integran; y (iv) reconocer la relevancia de la noción de vigencia para reconstruir el fenómeno jurídico. Cuestiones todas que se conjugan a través de las funciones atribuidas a la ciencia del derecho o dogmática jurídica, la cual tiene un rol preponderante en la presentación del contenido de un derecho cuyo desarrollo exitoso depende de las cuatro consideraciones precedentes.

Así, a partir de la contestación a la segunda pregunta se comienza a esbozar la respuesta a la primera pregunta, especialmente, en relación con el tratamiento de las nociones de validez y vigencia, junto con la caracterización de la ciencia jurídica y

68. A mi pesar, entre quienes asumen esta relación (la tesis de la relevancia deriva de las normas) se encuentran el propio Bulygin, 2005a, pp. 80-81, hecho que ha producido que otros autores adopten esta posición para realizar un análisis crítico de ella, valga por todos Ratti, 2007, pp. 155-157.

69. Las preguntas aludidas son: (i) ¿qué criterios entrega tu teoría jurídica para la identificación del derecho (entendido como su objeto de estudio)? (ii) ¿cuáles son los presupuestos de las propuestas desarrolladas en «Normative Systems», en especial, de la distinción entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia?; y (iii) ¿dónde te sitúas dentro del debate entre positivismo incluyente y excluyente?

filosofía del derecho. En pocas palabras, esta última debe elucidar los criterios de identificación que los científicos de hecho emplean al momento de identificar los enunciados de derecho válidos. Estos son los criterios efectivamente vigentes en una comunidad dada y en un momento determinado. El conjunto de estos criterios, conformado por la propia práctica jurídica, fija el estándar a satisfacer para considerar a determinados enunciados como derecho válido. De ahí que el ordenamiento jurídico está formado por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto criterio de identificación y cualquiera de estos enunciados es susceptible de integrar la base de un sistema jurídico, en conjunto con sus consecuencias. En este contexto, la función descriptiva de la ciencia jurídica presenta cierta preponderancia, i.e., presentar el contenido de un derecho.

Todas estas consideraciones solo constituyen una manera de presentar las propuestas de E. Bulygin desarrolladas durante la década de los sesenta y setenta, periodo en el cual hubieran sido consideradas como un tipo de positivismo como aproximación o conceptual, con base en la ahora clásica distinción bobbiana. Esto porque su objeto de estudio es el derecho como hecho (no como valor), presenta una orientación científica a través de un enfoque avalorativo o éticamente neutral, las normas jurídicas se identifican únicamente mediante hechos verificables y, por consiguiente, sus enunciados tienen por finalidad comunicar a alguien una constatación y de este modo posibilitar el conocimiento acerca de la realidad[70].

Sin embargo, en la actualidad, la teoría jurídica contemporánea se encuentra bajo el influjo de la distinción entre positivismo incluyente y excluyente[71]. Cuestión que nos lleva a la tercera pregunta, porque con base en las definiciones entregadas por Redondo sobre estos positivismos, las propuestas de Bulygin presentadas en los apartados precedentes deberían considerarse incluyente, clasificación que él mismo refutaría.

3. HACIA UN POSITIVISMO BULYGINIANO EXCLUYENTE

Cualquier caracterización de esta propuesta debe considerar, al menos, cuatro limitaciones (im)puestas por el propio Bulygin. Primero, repudiar la adhesión a un positivismo excluyente de corte raziano por no compartir su concepción de la autoridad. Segundo, refutar un positivismo simple y la consecuente preponderancia del significado literal como método para determinar el contenido del derecho. Tercero, rechazar una vinculación entre reconocer las convenciones interpretativas y adoptar un positivismo

70. Ver Bobbio, 1996[1976], pp. 145-146 y Bobbio, 1991, p. 47.

71. Considero relevante la sugerencia de Pablo Navarro cuando sostiene que: «En los debates de las últimas décadas, esta propiedad parece constituir un límite conceptual, que cualquier teoría adecuada debe satisfacer, es decir, una teoría del derecho que no explique la *normatividad* sería, por ese sólo motivo, una propuesta conceptual inadecuada. Sin embargo, cuarenta años atrás, las cosas eran diferentes y las razones para este cambio en la agenda teórica aún no han sido satisfactoriamente explicadas» (2001, p. 146).

incluyente. Cuarto, negar que se transgredan las normas pertinentes por el solo hecho de utilizar argumentos morales[72].

Adicionalmente, como la caracterización positivista debe ser de corte excluyente, es necesario hacer una breve caracterización de ella. Sin embargo, esta actividad no es sencilla por dos razones. Por un lado, al momento de presentar este tipo de positivismo, una amplia mayoría de autores únicamente se detiene a reconstruir y revisar la versión de J. Raz, dada su reconocida influencia y preponderancia. Y, por otro lado, las otras presentaciones utilizan criterios que no siempre resultan equivalentes entre sí para caracterizar al positivismo excluyente.

Ambos impedimentos son difícilmente soslayables y su tratamiento excedería con creces los propósitos de este trabajo. Por ende, al haber un conjunto de planteamientos que intentan caracterizar al positivismo excluyente y no existir un criterio que permita jerarquizarlos o preferir alguno de ellos por sobre los otros resulta necesario adoptar una posición. Así, considero adecuado seleccionar alguno de esos planteamientos con base en su capacidad para satisfacer las exigencias establecidas por Bulygin y su afinidad con sus propuestas teóricas.

En nuestra tradición, José Juan Moreso se ha caracterizado por defender un positivismo incluyente, empero, en algunos de sus trabajos, al momento de desarrollar sus propuestas tiende a presentar de manera equidistante ambos positivismos. Así, ha sostenido que, si bien en un sentido trivial, la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen de un conjunto de acciones de sus miembros (hechos sociales complejos), un positivista excluyente añadiría a ello que: (i) dichos hechos pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad; (ii) la validez jurídica de las normas no depende de su adecuación a la moralidad; y (iii) los jueces tienen discrecionalidad cuando el derecho apela a la moralidad. En ocasiones, las ideas contenidas en (i) y (ii) son presentadas como: no puede ser el caso que la determinación o identificación del derecho dependa de la moralidad y, asimismo, las relaciones entre (ii) y (iii) pueden ser precisadas mediante la distinción entre pertenencia y aplicabilidad[73].

Esta caracterización del positivismo excluyente pone de manifiesto la necesidad de precisar, al menos, qué se entiende por identificar o determinar el derecho y qué involucra aplicar el derecho, junto con especificar cómo las respuestas a dichas preguntas dialogan, primero, con las nociones de existencia, validez y aplicabilidad, y, segundo, con la distinción entre dos pares de actitudes frente a las normas descripción/conocimiento y prescripción/adhesión. Un esbozo de respuesta a estas consideraciones permite no solo terminar de caracterizar un positivismo excluyente, sino también establecer puntos de contacto entre este y el positivismo conceptual bulyginiano. Así, en

72. Bulygin, 2006, pp. 113-116 y Bulygin, 2007, pp. 202-203.

73. Ver Moreso, 2002, pp. 94-95 y Moreso, 2004, pp. 46-53. Como es sabido, la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad encuentra su origen en Bulygin, 1982[1991].

lo que sigue, este esbozo se sustenta en algunas distinciones desarrollas Pablo Navarro al comienzo de este siglo[74].

Si los enunciados de validez de una norma jurídica se vinculan con su pertenencia a un sistema jurídico carecen de relevancia práctica. Los enunciados de validez como pertenencia detentan: (i) un carácter descriptivo, ya que describen ciertas relaciones entre normas, v.gr., legalidad y deducibilidad; (ii) un carácter relativo a un conjunto o sistema jurídico y presentan un trasfondo empírico; y (iii) pueden ser analizados como afirmaciones acerca de ciertos hechos. Así, el positivista (excluyente o conceptual) puede asumir las tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, junto con la tesis de las fuentes sociales, sin reconocer que el derecho deba ser obedecido o admitir cierta relevancia práctica a las normas jurídicas[75].

Si los enunciados de validez de una norma jurídica se vinculan con su aplicabilidad dentro de un sistema jurídico surge la cuestión de su relevancia práctica, porque ellos indican que una norma debe ser aplicada y/o obedecida, es decir, una noción normativa de validez amenaza tanto la separación entre derecho y moral como la tesis de las fuentes sociales[76].

De ahí que un positivismo (excluyente o conceptual) deba precisar tres consideraciones. Primero, toda obligación jurídica proviene de normas jurídicas, de modo que, siempre está determinada por hechos sociales, porque la existencia de una norma jurídica que impone el deber de obedecer y aplicar otras normas constituye un dato contingente. Segundo, la actividad de aplicar una norma a un caso concreto no resuelve la cuestión acerca de si las autoridades deben o no aplicarla, es decir, no resuelve la cuestión acerca de su relevancia institucional para resolver el caso. Tercero, la actividad de los órganos de aplicación no resuelve una cuestión sobre el significado de las palabras, es decir, las palabras pueden tener distintos sentidos en diferentes contextos, pero cuando una norma se aplica a un caso, esta decisión no es acerca de su alcance. Así, un positivista puede distinguir entre lo que una norma prescribe (obligación que surge de una norma particular) y lo que los jueces deben hacer (la obligación de obedecer esta norma), de manera equivalente a diferenciar entre la identificación y aplicabilidad de las normas[77].

La relación entre la obligación que surge de una norma jurídica y un caso particular regulado por ella debe ser entendida como la relación conceptual presente entre un caso genérico y su caso individual. Al ser una relación interna entre la norma y sus casos de aplicación, su verdad no depende de las creencias, actitudes o decisiones de los jueces. En cambio, la relación entre una norma y su relevancia para justificar una decisión institucional es externa o normativa y depende de múltiples consideraciones como normas

74. La elección del trabajo de Navarro no desconoce el hecho de que otro/as autores afines con las propuestas bulyginianas hayan formulado similares distinciones con idénticos propósitos, por ejemplo, valga por todo/as Rodríguez, 2020.
75. Navarro, 2001, pp. 141-143.
76. Navarro, 2001, pp. 145-147.
77. Navarro, 2001, pp. 147-151.

superiores, principios y jerarquía del tribunal. De esta manera, un positivista puede diferenciar entre la identificación de una norma y la pertinencia de su aplicación a un caso determinado, junto con distinguir entre el alcance de una norma y su relevancia institucional. Cuestiones todas enmascaradas dentro de la noción de norma aplicable[78].

Adicionalmente, un positivista debe diferenciar nítidamente entre justificación moral y justificación jurídica. Si esta última intenta recoger el conjunto de criterios necesarios para diferenciar entre decisiones (judiciales) correctas y equivocadas, es decir, cuando las decisiones institucionales están legalmente justificadas, en términos generales, proporcionar una justificación jurídica involucra invocar una norma jurídica[79]. De ahí que las normas que solo presentan una cualidad moral, sin cumplir, por ejemplo, el criterio de validez, no logran justificar una decisión jurídica. Especialmente, si las decisiones de los órganos de aplicación están conectadas con la validez[80].

Ahora bien, si incluimos las diferentes precisiones introducidas por Navarro al modo en el cual ha sido caracterizado el positivismo jurídico excluyente, se obtiene una versión compatible con las exigencias y las propuestas derivadas de los escritos de E. Bulygin, presentadas sumariamente en los apartados precedentes.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El quid del trabajo de Redondo es metodológico y está relacionado con ¿cuáles son los criterios que permiten identificar el objeto al que se refiere?, porque toda teoría del derecho debe(ría) entregar criterios para la identificación del mismo. Por lo mismo, creo no sería desacertado sostener que, con base en las líneas precedente, la teoría del derecho (de un joven) E. Bulygin entrega una respuesta a esta pregunta, pero quizá por la propia respuesta entregada no es evidente su subsunción en alguna de las opciones del positivismo excluyente.

Probablemente, el desafío más difícil de abordar es subsumir la posición de Bulygin en algún tipo de positivismo contemporáneo y no estoy seguro de haberlo superado. Esto no necesariamente por los rasgos centrales que presenta la obra del autor argentino, sino por la diversidad y multiplicidad de criterios actualmente existentes en torno a cómo distinguir entre incluyentes y excluyentes, junto con el carácter monopartidistas de este último grupo, el cual es presentado mayoritariamente bajo la versión raziana.

78. Navarro, 2001, pp. 152-155. En otros términos, en los argumentos justificatorios se debe diferenciar entre las razones que justifican la conclusión de un argumento (normas jurídicas) y las razones para involucrarse en dicho argumento (razones morales o prudenciales para justificar la aplicación del derecho), en Navarro 2001, p. 160.

79. En relación con este punto, me adhiero a una precisión formulada por G.B. Ratti en una correspondencia: «En relación con la corrección o equivocación de una decisión, un positivista [excluyente] puede decir [esto] solo de manera "detached" o "relacional", es decir, se considerará correcta o equivocada respecto de un cierto conjunto de criterios de referencia».

80. Navarro, 2001, pp. 160-161.

Opción explícitamente refutada por Bulygin. Sin embargo, igualmente considero que se ha bosquejado una respuesta plausible a este requerimiento, la cual intenta ser deferente con los propios planteamientos bulyginianos.

Además, y a partir de lo anterior, espero haber mostrado que, la respuesta a la primera cuestión (metodológica) no implica necesariamente una respuesta a la segunda (positivista excluyente o incluyente). Problemática que parece ser uno de los presupuestos del trabajo Redondo, quien explícitamente señala:

> «Bulygin no puede retirarse de esta discusión, tiene que aclarar qué teoría de la identificación debe conjugarse con su tesis positivista de las fuentes sociales. A mi entender, esto es tanto como decir que debe aclarar si adhiere al positivismo incluyente […], al positivismo excluyente […], o a una concepción alternativa» (2018, p. 148)

Finalmente, a modo de cierre, como un bulyginiano recalcitrante, solo deseo parafrasear al propio Bulygin, quien hablando de Santo Tomás señala:

> «No quiero decir con esto que [Eugenio Bulygin] aceptaría sin reservas la solución que propongo, pero creo que hay suficientes elementos de juicio en los escritos del [profesor argentino] para sostener que mi solución concuerda con al menos una parte [de su doctrina]» (1991[1978], p. 556).

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1974[1971]). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires, Editorial Astrea.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1977[1975]). Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi. En *Logica deontica e semantica: Atti del convengo tenuto a Bielefeld 17-22 marzo 1975*, de Giuliano Di Bernando (eds.) (trad., por Francesca Castellani), Bologna, Società Editrice Il Mulino, pp. 291-306.

Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1976). Sobre el concepto de orden jurídico. *Crítica* VIII (23): 3-23. https://doi.org/10.22201/iifs.18704905e.1976.186

Bayón, J. C., (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En *La relevancia del derecho*, de María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (edits.), Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.

Bobbio, N., (1991). *El problema del positivismo jurídico,* (trad. por E. Garzón), México D.F.: Fontamara S.A.

Bobbio, N., (1996[1976]). *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli.

Bulygin, E., (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Bulygin, E., (1964). Sobre el fundamento de validez. *Notas de Filosofía del Derecho,* (1): 23-33.

Bulygin, E., (1976). Sobre la regla de reconocimiento. En *Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, de Genaro Carrió (edit.), Buenos Aires, Astrea, pp. 31-39.

Bulygin, E., (1991[1961]). Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 331-338.

Bulygin, E., (1991[1963]). El concepto de vigencia en Alf Ross. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 339-353.

Bulygin, E., (1991[1966]). Sentencia judicial y creación de derecho. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 355-369.

Bulygin, E., (1991[1978]). Omnipotencia, omnisciencia y libertad. En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 545-559.

Bulygin, E., (1991[1982]). Tiempo y validez». En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 195-214.

Bulygin, E., (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa* (9): 257-279. https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13

Bulygin, E., (2005a). En defensa de El Dorado: respuesta a Fernando Atria. En *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, de Fernando Atria y Eugenio Bulygin (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 73-85.

Bulygin, E., (2005b). Observaciones a Kelsen, «Validez y eficacia del derecho». En *Validez y eficacia del derecho*, de Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, Buenos Aires, Astrea, pp. 75-83.

Bulygin, E., (2006). *El positivismo jurídico.* México D.F., Fontamara S.A.

Bulygin, E., (2007). María Cristina Redondo sobre distintos tipos de positivismo. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de José Juan Moreso y María Cristina Redondo (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 201-203.

Bulygin, E., (2015[1965]). The concept of efficacy. En *Essays in legal philosophy*, de Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzarese, José Juan Moreso y Pablo Navarro (edits.), Oxford: Oxford University Press, pp. 37-51.

Moreso, J. J., (2002). En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En *La relevancia del derecho*, de María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (edits.), Barcelona: Gedisa, pp. 93-116.

Moreso, J. J., (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa* (27): 45-62. https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.03

Navarro, P. (2001). Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa* (24): 133-163. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.06

Ratti, G. B., (2007). Dos modelos de relevancia normativa. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de María Cristina Redondo y José Juan Moreso (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 153-167.

Redondo, M. C., (2018). *Positivismo Jurídico «interno».* Ljubljana, Klub Revus.

Rodríguez, J. L., (2007). Un breve balance de la teoría de los sistemas normativos. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, de María Cristina Redondo y José Juan Moreso (edits.), Barcelona, Marcial Pons, pp. 81-88.

Rodríguez, J. L., (2020). En defensa del positivismo conceptual. En *El derecho y sus construcciones*, de Javier Gallego Saade (edit.), Lima, Palestra.

Shiner, R., (1992). *Norm and nature: the movements of legal thought*. Oxford, Oxford University Press.

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and action*. London, Routledge and Kegan Paul.