

Discutiendo con Jorge Rodríguez

Riccardo Guastini*

Resumen

El presente trabajo analiza una serie de tesis de la teoría general de Jorge Rodríguez sobre: 1) el concepto del positivismo jurídico; 2) la variedad de las jerarquías normativas; 3) la cláusula alternativa tácita de Kelsen; 4) la forma lógica de las normas de competencia; y 5) la teoría antirrealista de la interpretación jurídica basada en la noción de “caso fácil”.

Palabras claves: Positivismo jurídico. Jerarquías normativas. Cláusula alternativa tácita. Normas de competencia. Interpretación jurídica.

Abstract

This paper discusses a number of points of Jorge Rodríguez’s general theory of law, namely: (i) the concept of legal positivism; (ii) the variety of hierarchical relationships among norms; (iii) Kelsen’s “alternative clause”; (iv) the logical form of power-conferring norms; (v) the anti-realist theory of interpretation based on the concept of “easy case”.

Keywords: Legal positivism. Normative Hierarchies. Tacit Alternative Clause. Power-Conferring Norms. Interpretation.

Premisa

La *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez es un libro extraordinario. No sólo por su contenido (excelente) sino también por una razón, para decirlo de algún modo, “formal”: es la primera teoría general del derecho de corte analítico, y es la primera teoría general (“completa”) después de la *Teoría pura*.

* Istituto Tarelo per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

Sin embargo, como un comentario puramente elogioso resultaría bastante aburrido, discutiré cinco temas con actitud blandamente crítica.

1. Positivismo jurídico

Tengo una pequeña insatisfacción – nada realmente importante, probablemente – por como Jorge caracteriza el positivismo jurídico

(a) La primera observación versa sobre una cuestión meramente verbal. La expresión “separación entre derecho y moral” a mí siempre me pareció una expresión infeliz (el culpable de esto como de muchos otros *legal-philosophical crimes* es evidentemente Hart).

En mi opinión, esta fórmula sería quizás el nombre adecuado no ya para el positivismo jurídico metodológico – es decir la directiva de describir el derecho como es, y no como debería ser – sino para aquella doctrina normativa, políticamente liberal, característica de la Ilustración, que recomienda a los legisladores no sancionar legalmente una u otra moral (crítica o positiva). En todo caso, sería mejor hablar, según la tradición, de la distinción (“distinción”, no “separación”) entre derecho y justicia. Trivialmente: el derecho no es necesariamente justo, y entonces la justicia no es un criterio de identificación del derecho.

Por otra parte, no me parece totalmente adecuado, para caracterizar el positivismo jurídico, referirse siempre a la distinción entre derecho y moral, y nunca a la distinción entre derecho y política, usando la palabra “moral” para hacer referencia a cualquier tipo de evaluación extra-jurídica. La falta de distinción entre moral y política (en este contexto, pienso sobre todo a la política del derecho) me parece una forma algo *silly* de pan-moralismo.

(b) La segunda observación también versa sobre una cuestión meramente verbal. También la expresión “fuentes sociales del derecho” me suena infeliz. Por cierto, el derecho positivo es un fenómeno social, entonces artificial, no natural. Pero ¿qué tiene que ver esto con las “fuentes”? ¿En qué sentido la legislación positiva sería una fuente “social”?

En el lenguaje de los juristas y a veces del propio legislador (un ejemplo: las disposiciones preliminares del código civil italiano) “fuente” es un término técnico o casi-técnico, que denota una clase de actos o hechos productores de normas. La expresión “fuentes sociales”, en cambio, parece aludir no a las fuentes del derecho en este sentido técnico, sino a lo que, *once upon a time*, algunos juristas llamaban las “fuentes materiales” del contenido de las leyes (por ejemplo, la conciencia social, el *Volksgeist*, o algo por el estilo).

Por otra parte, esta expresión oscurece el hecho que el derecho moderno es fruto de promulgación, y parece sugerir que todas las normas jurídicas sean “reglas sociales”, es decir consuetudinarias. Lo que, evidentemente, no es el caso.

(c) La tercera observación versa sobre la inclusión, entre los elementos definitorios del positivismo jurídico, de la tesis hartiana de la discrecionalidad (la misma inclusión se encuentra también en un ensayo de Eugenio Bulygin). Esta tesis pertenece a la filosofía del derecho de Hart, no al positivismo jurídico sin más. En efecto, la tesis de la discrecionalidad es extraña al positivismo jurídico histórico, y – sobre todo – no tiene ninguna relación conceptual con las restantes tesis positivistas.

(d) La cuarta observación es, tal vez, un poco más interesante. En la reconstrucción de Jorge no se ve bien, según me parece, el fundamento aparentemente (*apparentemente*) ontológico del positivismo jurídico teórico. Es decir, la tesis de que el derecho se agota en la “ley”, de tal forma que “no existe” (tesis, entonces, aparentemente ontológica) ningún derecho “natural”. El así llamado “derecho natural”, como Jorge dice muy bien, es el producto de una metaética cognoscitivista, es decir, de una meta-ética según la cual las normas tienen valores de verdad.

Ahora bien, el positivismo jurídico asume, en cambio, que las normas no son ni verdaderas ni falsas. En este sentido – semántico – “no existen” normas verdaderas y por eso “no existe” ningún derecho natural. No existen normas verdaderas porque “norma verdadera” es una contradicción en términos. Dicho de otra forma, el positivismo jurídico teórico (otra cosa es el positivismo metodológico) no sólo presupone, sino que se identifica con el no-cognoscitismo ético.

He dicho esto en otras ocasiones, y siempre alguien (Pierluigi Chiassoni, entre otros) replica que no, esta tesis es falsa, con el argumento de que Austin – sin duda uno de los fundadores del positivismo jurídico (metodológico) – creía en la existencia de un derecho natural divino. Por otra parte, Bentham también tenía una metaética objetivista. Pero, esto significa sólo que Austin y Bentham eran positivistas, sí, metodológicos, pero no ontológicos, o tal vez, muy sencillamente, que los dos no tenían ideas coherentes sobre el asunto. Evidentemente, el positivismo metodológico y el positivismo ontológico son conceptualmente independientes, como ya había visto Bobbio.

2. Jerarquías normativas

En algún lugar, yo he distinguido entre cuatro tipos de relaciones jerárquicas entre normas: (a) una relación formal o estructural que subsiste entre las normas sobre la producción jurídica y las normas así producidas; (b) una relación material o sustantiva que subsiste entre dos normas cuando una no puede válidamente contradecir a la otra; (c) una relación lógica que subsiste entre una norma que versa sobre otra y ésta última; (d) una relación axiológica que subsiste entre dos normas que no están materialmente jerarquizadas entre sí, las cuales, no obstante, son jerarquizadas por los intérpretes mediante un juicio de valor.

Según Jorge, en cambio, sólo existen dos tipos de relaciones jerárquicas: lógicas y materiales. Esto es así, porque, en su opinión, las jerarquías formales son jerar-

quías lógicas, y las jerarquías axiológicas son jerarquías materiales. Yo creo que esto es un doble error.

(i) La relación formal entre las normas sobre la producción jurídica y las normas producidas de acuerdo con ellas no es lógica en el sentido de la relación entre dos niveles de lenguaje. Esto es así porque las normas sobre la producción jurídica no versan sobre (otras) normas sino sobre actos normativos. Las normas constitucionales sobre la legislación, por ejemplo, no versan sobre las leyes, sino sobre los actos legislativos. Esta relación entonces es distinta de la relación que subsiste, por ejemplo, entre una norma derogatoria y la norma derogada, donde la primera versa sobre la segunda al nivel de metalenguaje.

(ii) La jerarquía axiológica es distinta de la jerarquía material por dos razones.

(a) En primer lugar, la relación jerárquica material entre una constitución rígida y la ley subsiste porque así establece la propia constitución. Una jerarquía axiológica, en cambio, no depende de lo que dicen las fuentes: es el fruto de una operación de construcción jurídica hecha por los intérpretes (la norma *x* es “más valiosa” que la norma *y*).

(b) En segundo lugar, la consecuencia de una jerarquía axiológica no necesariamente es la invalidez de la norma inferior.

Sólo tiene consecuencias sobre la validez la doctrina de los principios constitucionales – o, mejor dicho, axiológicamente “supraconstitucionales” – que según varios tribunales constitucionales en el mundo serían intangibles, en el sentido de que no podrían ser cambiados ni siquiera mediante el procedimiento de reforma constitucional.

En general, los juristas consideran que los principios de una u otra materia son axiológicamente superiores a las normas de detalle de esta misma materia, pero esto tiene consecuencias sólo sobre la interpretación de las normas inferiores, no sobre su validez.

Además, cuando se construye una jerarquía axiológica entre dos principios constitucionales para resolver un conflicto entre ellos, el principio que sucumbe en el balance, es decir en el juicio de valor comparativo (el “enunciado de preferencia” de Alexy), no es aplicado en el caso concreto, pero no pierde su validez, y entonces puede ser aplicado en casos diferentes.

(La doctrina *Marbury*, construida por Justice Marshall, es un caso muy especial, que requeriría un análisis independiente: una jerarquía meramente axiológica transformada en una jerarquía material.)

3. La cláusula alternativa de Kelsen

Jorge critica la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita con el argumento (hartiano) de que Kelsen no distingue entre definitividad e infalibilidad, es decir

entre el carácter definitivo de una decisión judicial y su corrección. En mi opinión, esto no es un buen argumento por dos razones.

En primer lugar, “definitivo” es algo fáctico, aunque se trate de un hecho jurídico, es decir un hecho ontológicamente complejo (“institucional”, como suele decirse). “Correcto”, en cambio, es un valor (distinto, por supuesto, de los valores de verdad), un valor político en efecto, de “política del derecho”. Un enunciado de corrección (a menos que hable de juicios de corrección de otros, al nivel meta-lingüístico) no puede ser ni verdadero ni falso. ¿Como se puede pensar que Kelsen no distingue entre hechos y valores? Toda su filosofía jurídica y política está basada sobre esta distinción.

En segundo lugar, es verdad que Kelsen no distingue entre definitividad y corrección, pero esto es así porque él no tiene en absoluto necesidad de introducir tal distinción simplemente porque el tema de la corrección es algo totalmente extraño a su pensamiento: no le interesa en absoluto. La Teoría pura se interesa de la ciencia jurídica, no de la política del derecho.

Kelsen se equivoca, creo, no ya por no distinguir entre definitividad y corrección, sino por no distinguir entre validez y fuerza vinculante. El problema así llamado de las normas “irregulares” – esto es, inválidas pero vinculantes y/o aplicables – se disuelve si se distingue entre validez y fuerza vinculante y, aún más, si se comprende que estas son propiedades independientes: una norma puede ser no vinculante, aunque válida (*vacatio legis*, etc.), y sobre todo puede ser inválida, aunque vinculante. (Hay una sugerencia en este sentido en el ensayo de Eugenio Bulygin sobre la vigencia.) Pero, hay algo más que decir.

La distinción entre definitividad y corrección tiene sentido, desde el punto de vista pragmático, es decir tiene algún interés práctico, si y sólo si existe alguien que la desconoce o la contesta. Por cierto, no es esto el caso de Kelsen, y tampoco, de que yo sé, de los realistas. Una cosa es la falta de distinción, otra cosa es el hecho de no interesarse en absoluto a la corrección porque tiene que ver con la política del derecho, no con la ciencia jurídica.

La sospecha es que, paradójicamente, aquellos que se preocupan por distinguir son los mismos que no distinguen para nada: en el sentido de que no reconocen el carácter valorativo de los juicios de corrección (es el caso, creo, de los amigos allicantinos); piensan que tienen valores de verdad. De tal forma que la distinción, sí, es importante para ellos porque es una distinción entre dos tipos de proposiciones verdaderas o falsas.

4. Normas de competencia

Si he entendido bien, Jorge comparte con Eugenio Bulygin la tesis de que las normas de competencia son reglas conceptuales (o “determinativas”), es decir de-

finiciones. Yo también he sostenido la misma tesis: creo haber dicho, más o menos, que (por ejemplo) la norma constitucional que otorga competencia legislativa al parlamento es una definición (más precisamente: una parte de la definición) de “ley”. Bien, he cambiado mi opinión: ahora creo que esto es un error.

Tomemos dos ejemplos del derecho italiano. En el código civil hay una disposición (art. 1321) que define explícitamente la noción – «Noción» es precisamente el título de este artículo – de “contrato”: «El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas». La constitución, por su parte, establece (art. 70): «La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras».

Por supuesto, la forma sintáctica de un enunciado no siempre corresponde a su forma lógica. Pero ¿cómo se puede sostener que estas dos disposiciones, a pesar de su forma sintáctica tan diferente, tienen la misma forma lógica? A mí me parece un análisis insatisfactorio.

Y creo que el error (si es que es un error) radica en la confusión – o, de toda forma, la falta de distinción – entre el lenguaje del derecho y el metalenguaje doctrinal (sobre el derecho) de los juristas. En el ordenamiento italiano, “contrato” es un concepto *del derecho*, introducido por el propio legislador. “Ley” no: en ningún lugar se encuentra una definición de “ley”. “Ley” es un concepto *doctrinal*, construido por los juristas en su metalenguaje. La norma que confiere competencia legislativa, sí, contribuye al *definiens* de “ley”, pero sólo en el metalenguaje doctrinal.

Tal vez, entre nuestros instrumentos de análisis, junto al lenguaje descriptivo y al lenguaje prescriptivo, deberíamos admitir (al menos) un tercer tipo de enunciados: los enunciados adscriptivos. Son enunciados adscriptivos, por ejemplo, los que (precisamente) adscriben significados a los textos normativos (“interpretación decisoria” en mi terminología), las definiciones legales, los enunciados que confieren posiciones jurídicas subjetivas hohfeldianas del segundo tipo (es decir las que se refieren no a conductas, sino a actos normativos: competencia, sujeción, etc.).

5. Interpretación

Me gustaría no hablar de interpretación. Después de tantas discusiones en varios idiomas, el tema me resulta muy aburrido. Sin embargo, hay una pequeña observación que no puedo no hacer.

La postura anti-realista de Jorge, si entiendo bien, se basa sobre la existencia de casos claros.

Sin embargo, el concepto de “caso claro” es problemático. Hace muchos años, en algún lugar, lo he puesto en tela de juicio. Pero he olvidado los argumentos. Hoy en día pienso lo siguiente.

El juicio de claridad sobre un caso: (a) si es anterior a la decisión del caso por un juez, es un enunciado prescriptivo, una directiva *de sententia ferenda*, una recomendación dirigida al juez (probablemente en favor de la interpretación literal, conforme al uso lingüístico común); (b) si es posterior, es decir si es un comentario sobre una decisión, es un juicio de valor que aprueba o critica la decisión.

Pero, está bien: admitimos que sí existen casos claros. *So what?* ¿Cuál es el interés de los casos claros para la teoría de la interpretación, que es el entramado conceptual de la meta-jurisprudencia?

La insistencia sobre los casos claros supone que los problemas de interpretación sean esencialmente problemas de interpretación “en concreto”, es decir problemas de extensión de los predicados. Pero, de hecho, la práctica interpretativa es mucho más compleja, y los problemas de extensión de los predicados ocupan, después de todo, un lugar marginal.

(a) En primer lugar, Jorge conoce muy bien la jurisprudencia (no sólo argentina). Conoce perfectamente problemas de interpretación, como los siguientes: ambigüedad sintáctica y semántica; lagunas en el sentido de Alchourrón y Bulygin (las fuentes regulan los casos *p* y *q*, pero omiten regular su combinación); lagunas en sentido del “espacio jurídicamente vacío” (casos deónticamente indiferentes); lagunas axiológicas; derrotabilidad; ponderación de principios; concretización de principios. Jorge conoce los múltiples argumentos que se pueden utilizar para seleccionar una interpretación determinada y descartar las demás. En conclusión, existe una enorme multiplicidad de problemas de interpretación y de fenómenos de la práctica interpretativa de juristas y jueces que no encajan para nada con la vaguedad de los predicados.

¿Se puede fundamentar la teoría de la interpretación sobre un aspecto tan marginal – y conceptualmente banal – de la práctica interpretativa, como la vaguedad y los casos claros?

(b) En segundo lugar, este modo de ver sobre la interpretación parece descuidar completamente las formas en que la dogmática condiciona la interpretación y, sobre todo, la actividad genuinamente nomopoiética de los juristas (y de los jueces, por supuesto). De hecho, la parte tal vez más importante del trabajo doctrinal consiste en la construcción de normas (así llamadas) “implícitas”, que no tienen ninguna correspondencia en los enunciados de las fuentes y que no son consecuencia lógica de las normas explícitas. Podría hacer ejemplos a millones.

Cristina Redondo (en una conversación privada) sugiere que la tesis que estoy criticando, en realidad, supone simplemente un concepto restringido de interpretación, de tal forma que la interpretación, por definición, consiste *sólo* en resolver problemas de ambigüedad y vaguedad (sobre todo de vaguedad, en efecto). Entonces todo lo demás no es interpretación, sino otra cosa. Este concepto muy estricto de interpretación se aleja mucho del lenguaje común de los juristas (que llaman “interpretación” a la totalidad de sus operaciones intelectuales), pero está

bien: me parece una estipulación aceptable. Que tiene sin embargo dos consecuencias interesantes.

En primer lugar, se sigue que el trabajo más importante, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, de los juristas y de los jueces no es la interpretación, sino lo que yo llamo “construcción jurídica”, que consiste no en interpretar el derecho, sino en hacerlo.

En segundo lugar, se sigue, por lo tanto, que la interpretación en sentido estricto (la teoría, así como la ideología, de la interpretación) no tiene gran relevancia para la teoría del derecho y la meta-jurisprudencia.

Para terminar, pocas palabras sobre la interpretación cognitiva. Jorge piensa que el propio concepto de interpretación cognitiva supone la existencia de criterios objetivos de corrección.

Yo tengo una idea bastante diversa. “Corrección”, como ya he dicho, es un concepto valorativo. La interpretación cognitiva no consiste en listar las interpretaciones correctas, sino las interpretaciones socialmente “admisibles”. Es decir, no se trata de un juicio de valor, o de un enunciado de preferencia, sino de un enunciado metalingüístico sobre valores o preferencias “vigentes”, en el sentido de socialmente aceptadas o aceptables, dentro de la cultura jurídica existente. La admisibilidad de una u otra interpretación es un hecho social. Y la interpretación cognitiva es un enunciado fáctico.

Por otra parte, yo pienso que cualquier enunciado (enunciado con sentido, por supuesto) tiene un significado literal o *prima facie* compartido, y, en este sentido limitado, socialmente “objetivo”. Creo además que la interpretación literal – conforme a las convenciones lingüísticas – es, para decirlo de algún modo, la “menos discutible”.

Desafortunadamente, la preferencia por la interpretación literal no es universalizable, por varias razones. Entre otras, las siguientes:

(a) Antes de nada, cuáles convenciones lingüísticas: ¿aquellas vigentes al momento en que el texto normativo fue promulgado o aquellas vigentes al momento en que aquel texto es sometido a interpretación y aplicación?;

(b) De todas formas, las convenciones lingüísticas son bastante elásticas. No resuelven, sino que al contrario generan, ambigüedad de los enunciados y vaguedad de los predicados;

(c) Las convenciones lingüísticas no son aplicables a gran parte del lenguaje técnico o semi-técnico de los textos jurídicos;

(d) Las convenciones lingüísticas no dicen nada en relación con los dos diversos usos posibles del argumento *a contrario*. Dada una disposición que confiere el derecho de voto a los ciudadanos (es un ejemplo que he usado en otras ocasiones porque me parece clarificador), ¿qué debemos pensar respecto de los no-ciudadanos? ¿Que tácitamente la disposición les niega el derecho de voto (norma “implí-

cita”) o, en cambio, que ella no dispone nada al respecto (laguna, “espacio jurídico vacío”)?

(e) Las convenciones lingüísticas pueden conducir a resultados intuitivamente absurdos desde el punto de vista axiológico. Pido disculpas si utilizo el frecuente, abusado, y aburrido ejemplo de manual: dada una norma que prohíbe el ingreso de “vehículos” en el parque, ¿quién sostendría que tal norma es inderrotable y, en consecuencia, se aplica también a las ambulancias? (Ver más arriba lo que señalé sobre la “aceptabilidad social” de una decisión interpretativa).

(f) Las convenciones lingüísticas no resuelven las lagunas, las antinomias, la derrotabilidad, y los problemas de ponderación entre principios en conflicto.

