

Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre *Teoría analítica del derecho*

Jorge L. Rodríguez*

Resumen

En este trabajo intento ofrecer una primera respuesta a algunos comentarios críticos a mi libro *Teoría analítica del derecho* (en adelante *TAD*). Discuto con Ratti sobre lógica de normas, con Moreso sobre la normatividad del derecho y los alcances de una teoría positivista, con Navarro sobre la aplicabilidad de las normas jurídicas, con Scavuzzo y Figueroa sobre las reglas sociales y la regla de reconocimiento, con Comanducci sobre los grados de indeterminación del derecho, con Guastini sobre la caracterización del positivismo jurídico, las jerarquías normativas, las normas de competencia y la interpretación, y con Barberis sobre la relevancia del enfoque analítico en filosofía del derecho.

Palabras clave: Lógica deóntica. Normatividad. Aplicabilidad. Reglas sociales. Interpretación. Filosofía analítica.

Abstract

In this essay I try to offer a first response to some critical comments to my book *Teoría analítica del derecho* (hereinafter *TAD*). I discuss with Ratti about deontic logic, with Moreso about the normativity of law and the scope of a positivistic theory, with Navarro about the applicability of legal norms, with Scavuzzo and Figueroa about social rules and the rule of recognition, with Comanducci about the degrees of indeterminacy of law, with Guastini on the characterization of legal positivism, normative hierarchies, power-conferring rules, and interpretation, and with Barberis on the relevance of an analytical approach in legal philosophy.

Keywords: Deontic logic. Normativity. Applicability. Social Rules. Interpretation. Analytic Philosophy

* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/25 de Mayo 2855/65, CP 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com.

1. Sobre conectivas, satisfacción e isomorfismo deóntico. Respuesta a Giovanni Battista Ratti

En su comentario al capítulo I de mi libro, Giovanni Battista Ratti, con quien efectivamente tenemos, tal como él lo señala, más coincidencias que discrepancias, al menos en lógica y teoría del derecho, presenta tres puntos en los que estima que nuestras ideas parecerían algo alejadas o divergentes: el significado de las conectivas lógicas en el discurso normativo, la lógica de la satisfacción como base para la lógica deóntica y la tesis del isomorfismo entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas bajo completitud y consistencia. Más que intentar ofrecer una respuesta a sus comentarios, que en general me parecen como siempre excelentes, trataré de explorar en qué aspectos creo que subsiste entre nosotros un desacuerdo genuino y en cuáles, no.

a) Con respecto al significado de las conectivas lógicas, Giovanni estima que, si bien podría decirse que la conjunción y la disyunción tienen en el discurso normativo el mismo significado que en el discurso descriptivo, eso no podría sostenerse respecto de la negación y el condicional.

Aunque no se trata de una cuestión que haya considerado detenidamente en el libro, efectivamente tenemos aquí a primera vista una diferencia de criterios, porque yo me inclino a defender lo que podría denominarse la *intuición de la uniformidad*: que las conectivas lógicas significan lo mismo en el discurso descriptivo y en el prescriptivo. Me animaría a decir que si las expresiones del lenguaje natural que representamos en lógica mediante la negación, la conjunción, la disyunción o el condicional tuvieran un significado diferente en el discurso normativo que aquel que les asignamos cuando ocurren en enunciados descriptivos, ello conduciría directamente a negar la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas. Si al decir “Si debes pagar tus impuestos, entonces tienes permitido hacerlo”, la expresión “si ... entonces” no se correspondiera con el significado del condicional de la lógica ordinaria, no se advierte cómo podría defenderse la misma posibilidad de una lógica de normas. Pero todavía más problemático me parece sostener que algunas conectivas sí significarían en el dominio normativo lo mismo que en el descriptivo pero otras no, pues dada la interdefinibilidad entre ellas en la lógica ordinaria creo que estamos forzados o bien a aceptarlas o bien a rechazarlas en bloque.

Giovanni no es escéptico sobre la posibilidad de una lógica de normas, de manera que yo reinterpretaría sus observaciones como un planteo de las dificultades que presentan algunos principios de la lógica deóntica focalizadas en el significado de las conectivas. Así reinterpretadas sus observaciones, no tengo objeciones contra esta idea: a lo largo de la historia de la lógica deóntica se han planteado una gran variedad de paradojas a las que conducirían sus principios básicos, la mayoría de las cuales derivan del significado de las conectivas. De todos modos, esto no demuestra por sí

solo que deba abandonarse la intuición de uniformidad. En un ejemplo: la *paradoja de Ross*, que cuestiona el teorema del sistema estándar según el cual $Op \rightarrow O(p \vee q)$ sosteniendo que ello obligaría admitir una consecuencia como que «Si es obligatorio despachar una carta, es obligatorio despacharla o quemarla», o la *paradoja de Prior de las obligaciones derivadas*, que señala el carácter problemático que asumiría el teorema $O\sim p \rightarrow O(p \rightarrow q)$ con una interpretación como: “Si está prohibido matar a una persona, entonces es obligatorio que si la mato, también le robe”, ponen de manifiesto resultados aparentemente contraintuitivos de posibles interpretaciones de fórmulas que se admiten como válidas en los sistemas deónticos, pero en ambos casos ello resulta, no de ninguna peculiaridad del lenguaje normativo, sino de que ya en el lenguaje descriptivo las fórmulas correspondientes $p \rightarrow (p \vee q)$ y $\sim p \rightarrow (p \rightarrow q)$ parecen tener un aire contraintuitivo debido a que ellas solo captan, por decirlo de modo simple, el significado veritativo-funcional de tales conectivas.

Ratti concentra la atención en la negación, en particular cuando ella afecta a normas condicionales, y en el condicional, planteando tres problemas a su respecto. Nuevamente: yo concuerdo en que, fundamentalmente, una representación adecuada de las normas condicionales es una de las asignaturas pendientes más problemáticas de la lógica deóntica. Pero las dificultades que plantea Ratti no permiten concluir lisa y llanamente que tales conectivas signifiquen algo distinto cuando ocurren en normas que cuando ocurren en enunciados descriptivos. Así, en primer lugar, Ratti no niega que, valga la redundancia, la negación pueda anteponerse a una norma con el mismo significado que ella posee en el lenguaje descriptivo y que ello de por resultado otra norma: de hecho, admite expresamente que pueden negarse normas categóricas. Es más: tenemos en carpeta desde hace tiempo la producción de un trabajo en conjunto sobre negación de normas, y si bien nos hemos demorado en su concreción, ello no se debe a que estemos en desacuerdo sobre esto. La duda de Ratti se refiere a qué es lo que cabría entender por la negación de una norma condicional. Si se tiene un norma con una estructura como $p \rightarrow Oq$, lo cual se corresponde con lo que Alchourrón denominara *concepción puente* de las normas condicionales¹, según la cual una norma condicional sería un enunciado condicional en el que el operador deóntico aparece solo en el consecuente, no en el antecedente, ordinariamente diríamos que una norma contradictoria respecto de ella sería la que correlacionara una consecuencia normativa incompatible con el mismo antecedente de hecho, por ejemplo $p \rightarrow P\sim q$. Pero la negación de $p \rightarrow Oq$ en sentido estricto no sería un enunciado condicional, sino que daría por resultado una conjunción del antecedente con el consecuente negado, esto es, $p \wedge P\sim q$.

No debería sorprendernos que exista aquí una dificultad, pues ella resulta de combinar tres grandes problemas, tres *escándalos* de la lógica: la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas, la representación de las normas condicionales y

¹ Cfr. Alchourrón 1993, 1996.

el sentido de la negación aplicada a enunciados condicionales. No obstante, insisto, esto no demuestra que debemos renunciar a la intuición de uniformidad: también en el discurso descriptivo creo que muchos dudarían sobre si el enunciado contradictorio de “Si llueve saldré con paraguas” es “Llueve y no saldré con paraguas” o más bien “Si llueve no saldré con paraguas”. Por otra parte, también en el caso del discurso normativo parecería tener perfecto sentido que, frente a alguien que dijera “Si llueve debes usar paraguas” otro negara esto diciendo “No, pese a que llueve puedes no usar paraguas”.

Algo parecido puede decirse de las observaciones de Ratti sobre el condicional en el dominio normativo. Aunque como dije la representación de las normas condicionales es un tema muy complejo, esto todavía no justifica la tesis de que los condicionales tienen un significado diverso cuando aparecen en normas. Ratti observa que resultaría problemático interdefinir una norma como $p \rightarrow Oq$ en términos de una conjunción porque en muchos sistemas de lógica deóntica no se admitiría como bien formada una fórmula como $\sim(p \wedge \sim Oq)$. No obstante, a mi juicio, esto en todo caso lo que revela es un problema de tales sistemas, dado que, como se sigue de mi observación anterior, no veo nada extraño en admitir que la negación de $p \rightarrow Oq$ sea $p \wedge \sim Oq$. Por otra parte, Ratti estima que no quedaría claro cuáles serían los casos de verdad o validez trivial de los condicionales normativos, porque nadie diría que una norma como “Si la Luna es una bola de queso, entonces es obligatorio donar todos los bienes a la caridad” es siempre válida porque su antecedente es falso. Esto seguramente resulta contraintuitivo, pero no lo es más que aceptar que el enunciado “Si la Luna es una bola de queso, entonces hay vida en otros planetas” es verdadero simplemente porque su antecedente es falso.

La última de las observaciones de Ratti sobre el punto, de acuerdo con la cual no valdría en el dominio normativo el principio de que, dadas dos proposiciones cualesquiera, ellas siempre se implican mutuamente de algún modo, me parece problemática solo porque Ratti combina una proposición como “Sale el sol” con una norma como “Debes respetar a tus vecinos”, las que desde luego no se implican mutuamente en ningún sentido debido al salto lógico entre descripción y prescripción. Si en cambio tomamos dos normas como Op y Oq , o bien ambas son válidas, o bien ninguna lo es, o bien una es válida y la otra no, y las relaciones de implicación entre ellas son exactamente las mismas que indica Ratti que se verifican entre proposiciones.

Pese a las diferencias expuestas, comparto plenamente la conclusión general que extrae de todo esto Ratti: que pocas veces la bibliografía va más allá de una lógica básica para normas categóricas y que las normas condicionales resultan muy difíciles de tratar desde el punto de vista lógico.

b) En cuanto a la lógica de la satisfacción como fundamento de la lógica de las normas, Ratti estima que se trataría del único modo de darle una base a esta última y

ofrece una réplica a las observaciones críticas que consigné en el libro. Aquí parecería nuevamente que tenemos una discrepancia significativa, incluso más importante que la anterior, porque efectivamente yo considero que ninguna versión de la lógica de la satisfacción ofrece una reconstrucción admisible de las relaciones lógicas entre las propias normas.

En este punto debo formular una aclaración: en el texto del libro solo consigné las críticas que ofrece Soeteman² a una lógica de la satisfacción como la propuesta por Hofstadter y McKinsey³. Comentando una versión preliminar del libro, José Juan Moreso me advirtió que en realidad esas críticas eran algo injustas, puesto que existen sistemas de lógica de la satisfacción más sofisticados que eluden buena parte de los problemas de la propuesta de Hofstadter y McKinsey. Por ejemplo, en su libro *Indeterminación del derecho e interpretación constitucional*⁴, Moreso presenta una teoría del sentido de las oraciones normativas sobre la base de su satisfacción o eficacia que permite superar algunas de las objeciones que yo reproduje en el texto, dado que para Moreso, la norma *Op* es satisfecha o eficaz si y sólo si *p* sucede *siempre* en la historia de la norma, mientras que *Pp* es satisfecha o eficaz si y sólo si *p* sucede *alguna vez* en la historia de la norma. Esto es suficiente para justificar la validez del principio según el cual *Op* implica *Pp*, y evitar así la consecuencia, que se sigue en el sistema de Hofstadter y McKinsey, de que *p* implicaría *Op*, *Pp* implicaría *p* y, consiguientemente, que *Pp* implicaría *Op*. Afortunadamente, gracias a esta observación de Moreso pude incorporar al menos en nota una observación al respecto.

Ratti señala que, si bien la lógica de la satisfacción puede presentar ciertos ajustes para reconstruir el comportamiento lógico de las modalidades deónticas, ese no sería su objetivo principal, el cual estaría dado por reconstruir las inferencias que se pueden realizar con el *contenido* de las normas. “Obligatorio pagar impuestos” y “Obligatorio no pagar impuestos” serían incompatibles porque “Pagar impuestos” y “No pagar impuestos” no son estados de cosas compatibles. Y a esto agrega que, si las calificaciones normativas se entienden como indicadores de fuerza ilocucionaria, sería posible además, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, distinguir entre el acto de promulgar y el acto de rechazar un mismo contenido proposicional, lo que podría dar lugar a otro tipo de conflicto: un conflicto de ambivalencia⁵.

Creo que a partir de estas dos observaciones puedo presentar de manera más clara por qué me parece inadecuada la lógica de la satisfacción como modo de dar cuenta de las relaciones lógicas entre normas. Lo que debería explicar una lógica de normas es, básicamente, el comportamiento lógico de los operadores deónticos. Decir “Es obligatorio *p*” no es equivalente a decir “*p* se satisface” o “*p* se satisface

² Cfr. Soeteman 1989: 80-81.

³ Cfr. Hofstadter, McKinsey 1939.

⁴ Cfr. Moreso 1997.

⁵ Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

siempre” sino a decir “Es obligatorio satisfacer p ” o “Es obligatorio satisfacer siempre p ”, con lo cual el operador deóntico queda fuera del análisis si este se reduce a examinar la noción de satisfacción. Las normas “Obligatorio pagar impuestos” y “Obligatorio no pagar impuestos” son desde luego incompatibles, pero no es posible explicar la noción de contradicción normativa simplemente en términos de la contradicción entre sus contenidos proposicionales, como lo pone de manifiesto el hecho de que las normas “Permitido usar corbata” y “Permitido no usar corbata” no son incompatibles en absoluto a pesar de que sus contenidos si lo son. Ahora, si *no* nos limitamos a examinar las relaciones lógicas entre contenidos proposicionales sino que complementamos eso con la consideración de las relaciones lógicas entre las modalidades deónticas en sí mismas, entendidas como diferentes actitudes pragmáticas, que es lo que parece proponer Ratti al referirse a los conflictos entre actos de promulgación y actos de rechazo, hemos excedido el dominio de la lógica de la satisfacción e, implícitamente, estamos reconociendo que ella sola no constituye una representación adecuada de las relaciones lógicas entre las propias normas.

De hecho, en la reconstrucción de Moreso a la que me referí antes, la lógica de la satisfacción se ofrece como dije como una explicación del *sentido* de los imperativos o prescripciones, pero se reconoce que ella debe ser complementada con una teoría acerca de su *fuerza* para contar con una teoría completa de su significado, lo que me parece correcto con la salvedad de que dudo de que el sentido y la fuerza no se encuentren ya conectados en el nivel semántico. En consecuencia, si el punto que pretende sostener Ratti es que la lógica de la satisfacción es un *fundamento* adecuado de la lógica de normas *solo en el sentido* de que cualquier reconstrucción de la lógica de normas requiere tomar en cuenta las relaciones lógicas entre sus contenidos, pero con eso no alcanza sino que *además* deben considerarse las relaciones lógicas entre las actitudes pragmáticas, de modo que la sola consideración de las relaciones lógicas entre contenidos proposicionales no da cuenta de manera acabada de las relaciones lógicas entre las propias normas, me parece que nuestra discrepancia, nuevamente, es solo aparente.

De todos modos, las réplicas internas que ofrece Ratti a las críticas de Soeteman contra la lógica de la satisfacción no me parecen convincentes. Primero, porque evitar introducir modalidades permisivas no es una réplica a la objeción según la cual, en la versión simple de la lógica de la satisfacción, decir que no es obligatoria cierta acción equivale a decir que es obligatorio no realizarla ($\sim Op$ equivale a $O\sim p$), sino que implica lisa y llanamente aceptar la objeción en todos sus términos, cuya consecuencia es que solo habría dos posibilidades lógicas: una acción o bien sería obligatoria o bien estaría prohibida. Segundo, porque en tanto se mantenga la versión simple de la lógica de la satisfacción, contrariamente a lo que sostiene Ratti, no solo vale que $(Op \vee Oq)$ implica $O(p \vee q)$ sino que también $O(p \vee q)$ implica $(Op \vee Oq)$, porque si se satisface $O(p \vee q)$, entonces p , q o ambos se llevan a cabo; en el primer caso la norma Op se vería satisfecha; en el segundo caso, la norma Oq se

vería satisfecha, y en el tercero se verían satisfechas ambas, de modo que de $O(p \vee q)$ se sigue $O_p \vee O_q$.

c) Finalmente, con respecto al isomorfismo entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas bajo completitud y consistencia, Ratti observa que una lógica de proposiciones normativas cumpliría dos funciones: por una parte, reconstruir las inferencias admisibles respecto de las proposiciones que versan sobre la pertenencia de ciertas normas a un determinado sistema normativo y, por otra parte, comprender qué tipos de inferencias *entre normas* podrían realizarse en sistemas normativos subóptimos, esto es, inconsistentes o incompletos. Con esa segunda función se vincularía la tesis del isomorfismo, una tesis que a su juicio conllevaría una consecuencia sorprendente: que los valores lógicos de las normas coincidirían en los sistemas normativos óptimos con los valores de verdad que se les pueden atribuir a las proposiciones normativas, lo que implicaría una solución encubierta del dilema de Jørgensen atribuyéndole subrepticamente valores de verdad a las normas.

No estoy de acuerdo con esto, pero no estoy seguro de si mi discrepancia es de fondo o solo en el modo de expresar las cosas. Yo no diría que una de las funciones de la lógica de proposiciones normativas consista en determinar qué tipos de inferencias *entre normas* pueden realizarse en sistemas normativos subóptimos, porque el examen de las relaciones lógicas entre las normas es propio de la lógica de normas, no de la lógica de proposiciones normativas y porque, como luego explicaré, creo que es posible una lógica de proposiciones normativas sin presuponer relaciones lógicas entre normas. Tampoco diría que en los sistemas normativos óptimos los valores lógicos de las normas coincidirían con los valores de verdad de las proposiciones normativas, lo que implicaría atribuir subrepticamente valores de verdad a las normas. Lo que diría es que una lógica de normas trata de reconstruir la racionalidad en la actividad de promulgar normas, la “racionalidad del legislador”, y un legislador racional no debería introducir contradicciones en un sistema normativo ni dejar acciones sin regulación. Por eso, la lógica de normas podría entenderse como un caso límite de una lógica de proposiciones normativas relativa a un sistema óptimo, esto es, completo y consistente.

Ahora bien, es correcto, tal como observa Ratti, que en los sistemas de lógica de proposiciones normativas propuestos por Alchourrón y Bulygin, incluso el que desarrollan desde el punto de vista de la concepción expresiva de las normas⁶, pese a que cuando se concibe así a las normas para Alchourrón y Bulygin no podría admitirse relaciones lógicas entre ellas, la lógica de proposiciones normativas tendría verdades lógicas específicas. Ello es producto de que en todos los casos Alchourrón y Bulygin presuponen que los sistemas normativos considerados se encuentran clausurados bajo la noción de consecuencia lógica, lo que provoca, tal como lo expone

⁶ Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

Ratti, algo así como un solapamiento al menos parcial entre el cálculo de la lógica de normas y el cálculo de las proposiciones normativas, dado que este último no sería conceptualmente independizable del primero.

En el libro yo critico en este punto la propuesta de Alchourrón y Bulygin, porque es perfectamente concebible un sistema de lógica de proposiciones normativas que, como el esbozado por von Wright en uno de sus últimos trabajos⁷, no presuponga clausura lógica y, por consiguiente, no tenga leyes lógicas específicas. Desde luego un sistema semejante no sería más que la lógica ordinaria aplicada a sistemas normativos o, como lo diría Ratti, una teoría de conjuntos relativa a sistemas de normas expresamente formuladas. De hecho, la postura de Alchourrón y Bulygin en cuanto a las relaciones entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas da lugar a un aparente dilema para esta última. Porque si se asume lo que Alchourrón y Bulygin denominan la *concepción hilética* de las normas, de acuerdo con la cual ellas serían entidades semejantes a las proposiciones de modo que no se tomarían en cuenta factores pragmáticos para caracterizarlas, y se descarta, tal como lo postulo en *TAD*, que desde este punto de vista pueda rechazarse que las normas posean valores de verdad, la distinción entre normas y proposiciones normativas no podría mantenerse, al menos en los términos en los que la presentan Alchourrón y Bulygin, dado que las propias normas serían proposiciones acerca de lo que debe ser el caso. Si en cambio se asume lo que Alchourrón y Bulygin denominan la *concepción expresiva* de las normas, según la cual ellas se caracterizarían en el plano pragmático como el resultado de actos de prescribir y, por ello, no serían susceptibles de valores de verdad, a juicio de Alchourrón y Bulygin no sería posible admitir relaciones lógicas entre las normas, de modo que no podría sostenerse el contraste entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas sencillamente porque no habría nada parecido a la primera.

A mi modo de ver, y así lo he intentado justificar en el libro, hay aquí un doble error de Alchourrón y Bulygin. Por una parte, porque consideran que desde lo que denominan concepción expresiva de las normas no se podrían admitir relaciones lógicas entre ellas, lo cual es producto de una ambigüedad en la caracterización de tal concepción, que a veces interpreta a las normas como actos de prescribir y otras veces como su resultado. Pero, por otra parte, porque sostienen que sería posible una lógica de proposiciones normativas con leyes lógicas específicas incluso aunque no se admitan relaciones lógicas entre normas, cuando en verdad en los sistemas que postulan desde la concepción expresiva de las normas esas relaciones están encubiertas bajo la presuposición de clausura lógica de los conjuntos de contenidos normativos. La salida a este aparente dilema consiste a mi criterio en asumir su segundo cuerno, pero rechazando que desde el punto de vista de la concepción expresiva o, tal como propongo denominarla en el libro, concepción no representativa o ad-

⁷ Cfr. von Wright 2000.

criptiva de las normas, no sea posible admitir relaciones lógicas entre ellas si es que se acepta que el alcance de la lógica es más amplio que el de la verdad. Desde este punto de vista, la lógica de proposiciones normativas no colapsaría con la lógica de normas, y se podría alternativamente asumir o no la clausura lógica de los sistemas normativos tomados como punto de referencia.

Ratti concuerda conmigo aquí en que no es necesario asumir la clausura lógica de las modalidades deónticas, pero considera que sí debería asumirse la clausura lógica de los contenidos proposicionales de las normas, de modo que una lógica de la satisfacción, aunada a una concepción expresiva de las normas, evitaría el colapso entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas, así como las dificultades para justificar a la primera. Creo que, más allá de la insistencia de Ratti en el papel de la lógica de la satisfacción, el punto verdaderamente relevante respecto de la cuestión es cómo concebir a las normas y si es posible o no admitir relaciones lógicas entre ellas, dos cuestiones en las que en el fondo no creo que tengamos grandes desacuerdos.

2. *A Blind Spot*. Respuesta a José Juan Moreso

Como bien señala José Juan Moreso, además de una profunda amistad nos liga una trayectoria académica largamente compartida como – hoy por cierto bastante avejentados y desgraciadamente huérfanos – *Bulygin's boys and girls*. Y en honor a ello, para comenzar mi respuesta a su comentario quisiera recordar algo que le oí decir a Bulygin en la primera conferencia suya en la que estuve presente. Refiriéndose entonces al positivismo, y con claro afán provocador, Bulygin afirmó entonces que, cuando como juez se encontraba con un caso frente al cual las normas jurídicas producían un resultado injusto, como buen positivista que era *no* las aplicaba. Esto, que así dicho podría para muchos sonar paradójico, en realidad no lo es si es que se acepta algo que Moreso controvierte centralmente en su comentario: que la asunción de una postura positivista no conlleva necesariamente ninguna conclusión normativa respecto de qué es lo que se debe hacer frente a una norma jurídica que reputamos injusta o, para decirlo de otro modo, que si bien el positivismo se compromete con un cierto modo de caracterizar e identificar al derecho sin recurrir consideraciones morales, ello no implica que identificar una norma como jurídica determine de manera concluyente que ella debe ser cumplida o aplicada sino precisamente lo contrario: que, como lo señalara Hart, el hecho de que una norma posea una fuente social adecuada para considerarla parte del derecho existente no ofrece una respuesta concluyente sobre el deber de obedecerla o aplicarla⁸. No se me ocurre una manera más simple y breve para explicar lo que pienso sobre la *normatividad* del derecho.

⁸ Cfr. Hart 1961: 259-260.

Moreso estima que la controversia entre el positivismo y el antipositivismo en lo que concierne a la caracterización del derecho es meramente verbal. En este punto discrepo con su visión. No creo que nuestra diferencia de criterios esté dada por lo que entendemos por desacuerdo meramente verbal, porque su modo de caracterizarlo no parece muy distinto del mío. A mi juicio un desacuerdo es verbal si puede disiparse y evidenciarse como meramente aparente una vez que advertimos el significado que le asignamos a ciertas palabras. Si yo sostengo que hoy nadie tiene una radio y Moreso replica que eso no es cierto porque muchas empresas de medios de comunicación son titulares de radios, ese aparente desacuerdo se revelará como meramente aparente si yo aclaro que me estaba refiriendo a los aparatos receptores de radio y Moreso a las emisoras de radio. En tal caso ambas afirmaciones pueden ser verdaderas sin conflicto alguno. Moreso cita a Chalmers cuando afirma que una disputa entre dos partes sería verbal si las dos están de acuerdo en todos los hechos relevantes acerca de un dominio determinado y solo discrepan acerca del lenguaje usado para describir ese dominio, lo cual no parece diferir en nada de mi caracterización.

No obstante, yo no creo que eso sea lo que acontece con la polémica en torno a la caracterización del derecho. Positivistas y antipositivistas no discuten simplemente sobre cuál sea el uso correcto de la palabra “derecho” y sus similares en otros idiomas, sino sobre cómo caracterizar el *fenómeno* al que aludimos con tales expresiones. Si esto es así, no creo que pueda decirse que positivistas y antipositivistas estén de acuerdo en todos los hechos relevantes y solo discrepen en el uso de las palabras. Si se tratara simplemente de una disputa sobre el significado de la palabra “derecho”, ella habría podido zanjarse fácilmente, algo que la historia del pensamiento jurídico desmiente de manera palmaria.

De hecho, en el texto que cita Moreso, Chalmes propone un *test de eliminación* a fin de determinar si una disputa sobre una oración S es meramente verbal respecto del término T, que consiste básicamente en eliminar el término T y observar si subsisten desacuerdos⁹. En nuestro caso, si eliminamos la palabra “derecho” de las disputas entre positivistas y antipositivistas, creo que subsistirían notorias discrepancias entre sus puntos de vista, lo que evidencia la existencia de un desacuerdo profundo acerca de qué aspectos del fenómeno jurídico resultan relevantes para su explicación.

Concuerdo con Moreso en que, si bien simplificando un poco las cosas, podría decirse que en lo sustancial, las posturas antipositivistas estiman que el derecho es un conjunto de pautas que están de acuerdo con la justicia, de lo cual se seguiría que el derecho comporta necesariamente su obligatoriedad, mientras que para los positivistas sería derecho cualquier conjunto de pautas establecidas por las autoridades humanas, y como solo serían obligatorias aquellas normas que están de acuerdo con la

⁹ Cfr. Chalmers 2011.

justicia, su obligatoriedad resultaría meramente contingente. Pero esto no demuestra a mi juicio que la disputa sea meramente verbal: el antipositivista no aceptaría como verdadero lo que sostienen los positivistas si se le acuerda a la palabra “derecho” el significado que los positivistas presuponen, ni tampoco el positivista aceptaría como verdadero lo que sostienen los antipositivistas si se le acuerda a la palabra “derecho” el significado que los antipositivistas presuponen. Cada uno estima que el punto de vista rival es equivocado porque deriva de una comprensión inadecuada del fenómeno al que aludimos con la expresión “derecho” y sus relaciones con la moral. No se trata simplemente de una discrepancia derivada de darle a una palabra dos significados distintos, sino que lo que justifica asumir uno u otro punto de vista deriva de razones profundas vinculadas a la naturaleza del fenómeno analizado.

Ahora bien, Moreso sostiene que aunque una disputa sea meramente verbal, ella puede tener efectos pragmáticos, y resalta que tanto desde el positivismo como desde el antipositivismo se han sostenido posturas sustantivas de corte conservador del *status quo* así como posiciones progresistas, y cita un párrafo de mi libro en el que yo reconozco esto: que, en sus versiones más progresistas, tanto el iusnaturalismo como el positivismo, si bien de diverso modo, habrían perseguido un mismo cometido, consistente en alertarnos sobre la posibilidad del abuso del poder. En esto estamos de acuerdo, pero no creo que esa cita apoye en absoluto la idea de que el desacuerdo sea meramente verbal. Por el contrario, lo que intenté decir allí es que, aunque ciertas posturas positivistas y antipositivistas pueden concordar en esa finalidad progresista en el dominio sustantivo, los presupuestos filosóficos y los mecanismos utilizados por unos y otros son profundamente distintos. Pero, además, creo que el punto que resalta aquí Moreso, al señalar que desde el positivismo y desde el antipositivismo se puede llegar a posturas normativas equivalentes, está al menos en tensión con su idea de que en el fondo la controversia se ubicaría más bien en el dominio normativo.

Más allá de esta primera cuestión, Moreso me atribuye centralmente dos tesis que se propone discutir. En primer lugar, una tesis relativista de acuerdo con la cual los juicios normativos o de deber solo tendrían sentido y permitirían la deliberación racional cuando se explicita el código normativo de referencia. En segundo lugar, una tesis acerca de la normatividad del derecho según la cual el derecho ofrecería razones para la acción distintas de la moral y a veces en conflicto con ella. Esta última tesis me la atribuye de modo más bien conjetural porque no la habría defendido de manera explícita.

Para examinar la tesis relativista que me atribuye Moreso me parece conveniente a los fines de aclarar mi posición descomponerla en dos tesis distintas:

Tesis relativista 1: Los juicios acerca de lo que se debe hacer son relativos a un cierto código normativo de referencia.

Tesis relativista 2: La deliberación racional en materia normativa solo es posible cuando se comparte un cierto código normativo.

Presentadas así las cosas diría lo siguiente. Acepto sin duda la tesis relativista 1. De hecho, no veo claro cómo alguien podría negarla porque me parece una tesis trivial: creo que hasta el más robusto objetivista moral tendría que aceptar que los juicios sobre lo que se debe haer son relativos a algún sistema normativo, solo que a ello agregaría que existe un único código moral o bien que, si es posible que exista más de uno, solo uno es verdadero, correcto, superior a todos los demás o privilegiado en algún sentido. En cuanto a la tesis relativista 2, en cambio, no creo que ella se siga de lo que he sostenido en *TAD* y, en todo caso, si no he sido enteramente claro al respecto, la observación de Moreso me permite ahora aclararlo.

Aunque, como lo resalta Moreso, el rechazo del objetivismo en metaética no es a mi juicio una tesis definitoria del positivismo, personalmente rechazo el objetivismo en metaética. En *TAD* no he ofrecido argumentos directos en apoyo del escepticismo ni tampoco en crítica a cualquier forma de objetivismo moral, pero sí de modo indirecto he tratado de responder a algunas objeciones que se han dirigido contra el escepticismo y, sobre todo, he tratado de sostener con cierto énfasis que ninguna postura metaética, ni el escepticismo ni tampoco el objetivismo, tiene consecuencias en el dominio de la argumentación moral de primer orden.

Pero a pesar de mi escepticismo en metaética, mi postura en torno a la posibilidad de la discusión racional en materia moral no es semejante a la de Brian Leiter que comenta Moreso, según la cual el razonamiento acerca de lo que se debe hacer solo sería posible si se comparten las actitudes, pues allí donde no se comparten las actitudes la discusión racional no sería posible. Moreso me atribuye un compromiso con esta idea apoyándose en una cita en la cual sostengo que el escepticismo en metaética afirma que pueden existir diversos sistemas morales en competencia y que no disponemos de criterios objetivos para individualizar a uno como el correcto. Pero, como trataré de justificar a continuación, esto no equivale a sostener que solo es posible discutir sobre cuestiones morales si se comparte un mismo código moral.

Moreso estima que el rechazo del objetivismo ético presupondría que somos capaces de distinguir entre juicios morales *básicos* y juicios morales *no básicos*, y que mientras sería posible la discusión racional sobre los primeros, los juicios morales básicos serían últimos y no podríamos debatir racionalmente acerca de ellos. A su criterio, ese argumento presupondría que el razonamiento moral es de carácter *fundacionalista* y que hay un modo claro de distinguir entre juicios básicos y juicios no básicos. Si, en cambio, como parece más razonable, aceptamos para la ética algún modelo *coherentista*, el hecho de que un juicio sea básico siempre quedaría abierto a la argumentación y, entonces, sí sería posible argumentar y desafiar los juicios que otra persona considera básicos.

Estoy de acuerdo con esta conclusión de Moreso. En lo que no estoy de acuerdo es en que el rechazo del objetivismo presuponga la posibilidad de distinguir juicios morales básicos y no básicos. No niego que a veces la argumentación discurra presu-

poniendo tal cosa, pues un modo simple de presentar la diferencia entre una visión objetivista y una escéptica en metaética consiste en sostener que, si bien podríamos tener acuerdos en juicios morales no básicos, la existencia de diversos marcos o códigos morales se pondría de manifiesto cuando alcanzamos el nivel de nuestros juicios morales más básicos y, en este punto, el acuerdo ya no sería posible si partimos de marcos distintos. Sin embargo, aceptando para la ética un modelo coherentista podría igualmente concebirse más de un código moral coherentista no enteramente compatibles entre sí, sin asumir ninguna forma de fundacionalismo. De hecho, la primera objeción que suele dirigirse al coherentismo es que, si la coherencia es condición suficiente de la justificación, siempre puede haber sistemas alternativos que estén igualmente justificados¹⁰.

Moreso observa, y comparto su idea, que una discrepancia moral no se desvanece ni puede darse por finalizada por el hecho de saber, por ejemplo, que una de las partes es utilitarista y la otra kantiana, esto es, que parten de concepciones morales sustantivas distintas. Mi explicación de esto es que no puede ponerse fin a una discusión moral de primer orden aduciendo tesis metaéticas ni limitándose a sostener que la postura que uno defiende es la que se sigue de su concepción particular de la moral: si discrepamos, lo único que podemos hacer es seguir ofreciendo razones sustantivas en apoyo de nuestra posición. Para Moreso, la resiliencia de la discrepancia es un síntoma de que el relativismo no es una reconstrucción adecuada de nuestra práctica moral. A mí no me lo parece, pero en todo caso, como argumento en contra del escepticismo en metaética no creo que tenga mayor fuerza que el argumento que puede diseñarse en contra del objetivismo a partir de la constatación del hecho indudable de la existencia de discrepancias y el pluralismo en materia moral.

En cuanto a la tesis sobre la normatividad del derecho que a juicio de Moreso yo asumiría, o al menos debería asumir, diría lo siguiente. Como la idea de Moreso de que la controversia entre positivismo y antipositivismo es meramente verbal parece dejar sin explicación el porqué se ha discutido tanto y tan apasionadamente sobre el tema, su conjetura es que la discrepancia no descansaría ni en cuestiones conceptuales ni en cuestiones ontológicas sino en cuestiones normativas. Esto, como adelanté, no es fácilmente conciliable con la idea de que desde posturas positivistas y antipositivistas se hayan defendido posiciones normativas equivalentes. Pero más allá de eso, Moreso estima que mi defensa del positivismo descansaría en última instancia en un presupuesto normativo cercano a lo que Carrió calificara como la *actitud positivista*, que sería la de un juez que se compromete con la aplicación de reglas positivas públicas y no de las pautas que pueda extraer de sus principios morales. Aquí me parece importante aclarar que en la cita que transcribe Moreso, Carrió no está definiendo qué entiende por “actitud positivista”, sino formulando una tesis normativa según la cual para ser un buen juez se debería adoptar dicha

¹⁰ Cfr. Russell 1912: 71.

actitud. En cambio, cuando caracteriza la actitud positivista, la identifica con lo que Bobbio denominara positivismo jurídico como *approach*, esto es, una tesis de carácter conceptual:

El positivismo como *approach* – que en lo sucesivo llamaré “la actitud positivista” – propone y usa una definición de “derecho” tal, que la fuerza laudatoria de la palabra y de sus principales derivados queda cancelada [...] Según la actitud positivista, que algo sea o no un orden jurídico o una regla jurídica depende de su estructura y función y no de su contenido valorativo. “Derecho injusto” no es una contradicción, “derecho justo” no es una tautología¹¹.

Más allá de esa salvedad, Moreso cree advertir la asunción de una actitud normativa como la indicada antes en algo de lo que he escrito en el último punto del libro al referirme a la normatividad del derecho. Para Moreso, habría al menos dos formas en las que podría entenderse la idea de que las normas jurídicas generan razones para la acción. La primera sería entender que las normas jurídicas actúan como mecanismos de activación de nuestros deberes morales, o que generarían razones para actuar por el impacto moral que tendrían al modificar los hechos moralmente relevantes. La segunda sería alguna posición emparentada con la idea de Raz de la concepción de la autoridad como servicio. Para cualquiera de estos dos enfoques, al menos en algunos casos las directivas de las autoridades generarían deberes morales y, contrariamente a lo que yo sostendría, no habría deberes jurídicos *robustos* distintos a los deberes morales.

Si es correcta esta idea de que las dos formas fundamentales de entender el modo en que las normas jurídicas generan razones para la acción son las que Moreso explica, mi postura por defecto sería privilegiar algo parecido a la primera opción, dado que en el libro he rechazado expresamente tanto la idea de Raz de que las normas jurídicas son razones protegidas como la concepción de la autoridad como servicio. Pero Moreso interpreta que mi posición sería más bien un intento por defender la existencia de deberes jurídicos robustos distintos de los deberes morales. No creo que nada de lo que he escrito me comprometa con esa idea y, en todo caso, nuevamente, esta es una buena oportunidad para aclarar que no es lo que pienso. De los párrafos transcritos por Moreso de mi libro lo único que se sigue es que he afirmado que obedecemos las normas jurídicas por razones distintas; que el carácter de esas razones no debería confundirse con el carácter de las normas a las que obedecemos, y que las normas jurídicas pueden estimarse que generan deberes específicamente jurídicos solo en un sentido muy elemental y, quizás, solo condicional y dependiente de la aceptación de la práctica. Pero el punto central que he tratado de resaltar, y que quizás se haya visto soslayado por esas observaciones, es que, como se

¹¹ Carrió 1990: 386.

sigue de la idea presentada con brutal claridad por Bulygin que comentara al inicio, las normas jurídicas no siempre generan deberes concluyentes. De hecho, la última oración de mi libro dice:

[...] si se rechaza tanto el iusnaturalismo definicional como el positivismo ideológico, debería concluirse que no es posible sostener que una norma jurídica, por el solo hecho de ser tal, genere un deber moral siquiera *prima facie* de obedecerla¹².

Para Moreso, una teoría jurídica que no tuviera respuesta para preguntas tales como cuándo y cómo las autoridades jurídicas gozan de legitimidad, o si la aplicación del derecho debe estar abierta a la moral, sería una teoría incompleta, y agrega que si bien yo habría tratado de dar respuesta a preguntas como estas, una respuesta que rechaza el objetivismo ético pero que parece conceder un lugar a las razones jurídicas, para que mis intuiciones encajen adecuadamente debería abrazar una postura semejante al positivismo jurídico normativo.

Por lo que he señalado hasta aquí, no creo que mi posición me comprometa con alguna forma de positivismo normativo o ético. De hecho, en el capítulo II de *TAD* he tratado de justificar que, examinando con cuidado los alcances de las posturas anti-positivistas, comprometidas con la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, el positivismo excluyente, que sostiene que el valor moral de una norma nunca puede constituir una condición de la validez jurídica, y el positivismo jurídico incluyente, para el cual el valor moral de una norma puede contingentemente constituir una condición de la validez jurídica, las tres posiciones así caracterizadas resultarían conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Y dentro de ese mapa conceptual, el positivismo ético o normativo, al sostener que los criterios para identificar cuándo una norma pertenece o no a un sistema jurídico *no deberían* depender de la moral y los jueces *no deberían* apartarse de la letra de la ley a la hora de resolver las disputas jurídicas remitiéndose a la moral, el positivismo normativo solo tendría sentido si presupone una postura en cuanto a la caracterización del derecho como la que asume el positivismo incluyente, una posición que he rechazado con diferentes argumentos. En síntesis, si Moreso tiene razón al atribuirme un compromiso con el positivismo normativo, o bien en mi reconstrucción de las posiciones en torno a la caracterización del derecho hay algo manifiestamente equivocado, o bien existiría una grave incongruencia en mi defensa del positivismo excluyente. De más está decir que rechazo ambas alternativas de este dilema, porque su planteo supone una confusión entre la propuesta conceptual que realicé en el libro con tesis normativas que explícitamente he rechazado.

Para concluir, quisiera decir que, si bien comprometido con el ideal del Estado de Derecho, como juez no me he caracterizado por asumir un cerrado formalismo

¹² Rodríguez 2021: 789.

consistente en tomar decisiones apegadas estrictamente a la letra de la ley, sino que he adoptado más bien un moderado activismo judicial, de modo que – seguramente con inconsistencias – en la práctica he tratado de ser fiel a la máxima bulyginiana de que un juez positivista no debe aplicar normas jurídicas injustas.

3. Presupuestos y consecuencias de la aplicabilidad. Respuesta a Pablo Navarro

Entre los muchos temas que hemos discutido en profundidad con Pablo Navarro, uno de aquellos en los que hemos tenido mayores diferencias es el de las relaciones entre la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa de las normas. Como es bien sabido, Moreso y Navarro propusieron diferenciar esos sentidos en los que puede hablarse de la aplicabilidad de las normas¹³. La idea general sería que una norma es externamente aplicable a un caso si existe un deber de usarla como fundamento de una decisión a su respecto, en tanto que resultaría internamente aplicable a cierto caso si lo regula. La aplicabilidad externa coincidiría básicamente con la noción que reconstruyera Bulygin en *Tiempo y validez*¹⁴: una norma N_1 sería externamente aplicable en un tiempo t respecto de cierto caso individual c , que es una instancia de un caso genérico C , si y solo si otra norma N_2 que pertenece al sistema jurídico en t obliga o permite aplicar N_1 a los casos individuales que son instancias de C . En cambio, una norma N sería internamente aplicable en un tiempo t respecto de cierto caso individual c si y solo si c es una instancia de un caso genérico C , y C es definido por los ámbitos de validez espacial, material, personal y temporal de N .

A comienzos de este milenio participamos en un proyecto de investigación subsidiado por la fundación Antorchas con Pablo Navarro, Claudina Orunesu y Germán Sucar cuyo objetivo central consistía en examinar esta distinción y su repercusión para diversos problemas de la teoría del derecho¹⁵. En las muchas reuniones que organizamos, la mayoría de ellas en Cosquín, tuvimos larguísimas discusiones en las que nunca terminamos de ponernos de acuerdo. De hecho, tengo en mi computadora guardado un largo manuscrito de un proyecto de libro que nunca llegamos a publicar porque ninguno estaba enteramente satisfecho con sus conclusiones. Navarro siempre trató de sostener la independencia conceptual entre la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa, esto es, que una norma puede ser externamente aplicable sin ser internamente aplicable, y puede ser internamente aplicable sin ser externamente aplicable. Por mi parte, siempre traté de justificar que la aplicabilidad interna debía considerarse al menos como condición necesaria de la aplicabilidad externa,

¹³ Cfr. Moreso, Navarro 1997; Moreso, Navarro 1998.

¹⁴ Cfr. Bulygin 1982.

¹⁵ Algunos de los trabajos que fueron publicados en el marco de dicho proyecto fueron Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar 2000 y Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar 2004.

y he tenido posiciones algo vacilantes en cuanto a si además podía considerarse como condición suficiente. En nuestras publicaciones en conjunto hemos hecho concesiones parciales recíprocas y, en general, ha prevalecido un criterio próximo al que acabo de expresar, esto es, que aunque la aplicabilidad interna se considere condición necesaria, no sería condición suficiente de la aplicabilidad externa. En su comentario a mi libro Navarro insiste en su idea fuerte de la independencia conceptual entre ambas nociones. Por mi parte, en la versión publicada de *TAD* – no era así en la versión inmediatamente precedente a la publicada – me he inclinado a defender que se trata de dos nociones diferenciables, pero coextensivas.

Mi justificación para sostener esta idea ha sido la siguiente. Bulygin señaló con acierto que resultaría enteramente superfluo dictar una norma N_2 que establezca el deber de *cumplir* con lo prescripto por otra norma concreta N_1 , porque en tal caso N_2 no exigiría nada que no resulte ya exigido por N_1 , y porque para que resulte exigible la conducta a la que se refiere N_1 no se necesita ninguna norma adicional¹⁶. Del mismo modo, resultaría enteramente superfluo que una norma dispusiera el deber de *aplicar* otra norma concreta a un caso. En situaciones ordinarias no se necesita que una norma jurídica aclare que otra debe ser aplicada a los casos que ella regula: basta con que el legislador dicte ciertas normas regulando ciertos casos, pues se asume que los jueces y demás órganos de aplicación deben usar esas normas como fundamento de sus decisiones en los casos que ellas regulan. No obstante, hay circunstancias en las que puede tener perfecto sentido el dictado de una norma que establezca sobre los jueces el deber de aplicar cierta *clase de normas* para la resolución de cierta *clase de casos*. Los ejemplos más claros de ello son las disposiciones contenidas en las partes generales de los códigos que regulan diversos aspectos vinculados con las condiciones temporales, espaciales y personales de aplicación de las restantes normas que los integran. En tales casos, por razones prácticas o de técnica legislativa, algunas de las condiciones de aplicación de las normas no surgen de su propia formulación, sino que están especificadas en normas especiales que se refieren a la aplicabilidad de otras normas. Este procedimiento no es desde luego necesario: bien podría formularse un código incorporando en cada norma todas sus condiciones de aplicación. El resultado sería reiterativo y engorroso, pero nada sustancial cambiaría en cuanto a las soluciones previstas por el sistema.

Si se efectúa un corte temporal de todas las normas válidamente promulgadas y no derogadas de un cierto país en un cierto tiempo, el criterio general es que ellas serán aplicables a todos los casos que queden comprendidos en sus supuestos fácticos que hayan acaecido en el territorio de dicho país a partir del momento de su promulgación. De eso se sigue que normalmente las normas que un juez deberá aplicar a un cierto caso serán aquellas normas válidas al momento de tomar la decisión que lo regulen. Sin embargo, ese principio general reconoce diversas excep-

¹⁶ Cfr. Bulygin 2006: 99-100.

ciones. Entre ellas se destacan, en lo relativo al tiempo, la aplicación ultra-activa de normas derogadas y, en lo relativo al espacio, la aplicación extraterritorial de normas extranjeras. Esto hace que la distinción entre las normas *válidas* y las normas *aplicables* resulte de la mayor importancia para explicar muchos fenómenos jurídicos prácticos.

Desde luego, no es lo mismo afirmar que una norma es aplicable a un caso porque lo regula – lo que Moreso y Navarro denominan *aplicabilidad interna* – y afirmar que una norma es aplicable a un caso porque los jueces tienen el deber de usarla como fundamento de sus decisiones frente a él – lo que Moreso y Navarro denominan *aplicabilidad externa* –. No obstante, la caracterización de la noción de aplicabilidad interna presenta ciertos puntos problemáticos que he considerado en *TAD*. De ellos, los dos más importantes son los siguientes: en primer lugar, como adelanté, cuando se dictan normas que se refieren a la aplicabilidad externa de otras normas a ciertos casos, esto se hace para aislar en normas específicas las circunstancias vinculadas al tiempo, al lugar y a las personas a las que se refiere todo un conjunto de otras normas. Pero la aplicabilidad interna es definida por Moreso y Navarro precisamente en términos de los ámbitos material, personal, temporal y espacial de aplicación, de modo al menos respecto de los tres últimos aspectos las nociones de aplicabilidad externa e interna colapsarían. El segundo problema está dado porque la noción de aplicabilidad interna resultaría por completo indeterminada si no se asume un cierto criterio de identidad de las normas. Establecer qué casos regula una norma y, por consiguiente, respecto de qué casos ella sería internamente aplicable, depende de cómo se identifique a las normas. Moreso y Navarro consideran el hipotético supuesto de una norma N_1 del derecho irlandés que impone una pena a quien provoque un aborto, y otra N_2 del mismo sistema que establece que la norma anterior será aplicable a los abortos provocados dentro del territorio de Irlanda. Frente a ellas se preguntan si debería decirse que un aborto provocado en un país diferente constituiría un caso no regulado por N_1 , esto es, que N_1 no es internamente aplicable a ese caso, o más bien que N_1 sí lo regula, pero que N_2 restringe la aplicabilidad externa de N_1 a los abortos provocados en el territorio irlandés. Y la respuesta que ofrecen es un tanto vacilante puesto que, como lo reconoce Navarro en su comentario, es difícil que exista un único conjunto de criterios que pueda servir para armonizar de manera consistente todas nuestras intuiciones relevantes sobre la aplicabilidad del derecho. Estas vacilaciones son enteramente comprensibles: como ya se indicó, no es más que una cuestión de conveniencia práctica el que la imaginaria norma irlandesa sobre el aborto, así como todas las restantes que tipifiquen delitos, no especifique ella misma su ámbito territorial de aplicación, reuniéndose en una única disposición las condiciones espaciales de aplicación de todas esas normas. De manera tal que, aunque tomada aisladamente la norma N_1 parece regular el caso de un aborto cometido fuera de Irlanda, ella no resulta aplicable a ese caso, y no resulta aplicable a él porque el sistema irlandés como un todo no lo regula.

Ese es el motivo central por el que considero que las dos nociones resultan coextensivas, es decir, que una norma regule cierto caso es condición necesaria para que los jueces tengan el deber de aplicarla a él, y es suficiente que una norma regule un caso (conjuntamente con el deber de los jueces de aplicar el derecho) para que deba ser aplicada. Esta tesis, que podríamos denominar *tesis normal*, es la que Navarro busca poner en crisis en su comentario a través de la consideración de distintos ejemplos.

Parece difícil negar que una condición necesaria para considerar aplicable una norma a un caso, en el sentido de que los jueces tienen el deber de aplicarla (su aplicabilidad externa), es que ella regule ese caso (sea internamente aplicable), pues la idea de que una norma pueda imponer sobre un juez el deber de utilizar como fundamento de su decisión frente a cierto caso una norma que no lo regula resultaría no simplemente algo excepcional, sino más bien una situación enteramente anómala o patológica. No obstante, uno de los argumentos al que podría apelarse para intentar sostener tal cosa está dado por situaciones en las que existe una discrepancia entre lo que ha sido probado en cierto caso y lo efectivamente acontecido. Hemos discutido largamente con Navarro el caso de Dimitri Karamazov: aunque de acuerdo con la famosa novela de Dostoievski, Dimitri no había matado a su padre, las pruebas producidas en el proceso judicial resultaron suficientes para que se lo condenara por homicidio. En función de lo acontecido en el juicio, el jurado dictaminó que Dimitri era culpable y el juez, aplicando la norma que regulaba los casos de homicidio, condenó a Dimitri a trabajos forzados. Sin embargo, la verdad del enunciado “Dimitri mató a su padre” no depende de lo que crean o digan los jueces y jurados y, como se dijo, Dimitri no había matado a su padre, de manera tal que el caso individual de Dimitri no era una instancia del caso genérico de homicidio. No obstante, de acuerdo con la prueba producida en juicio la norma que sancionaba el homicidio era la norma que el juez debía invocar para justificar la decisión. De ello parece seguirse que la norma que disponía una sanción para los homicidas, aunque no regulaba el caso de Dimitri, resultaba no obstante externamente aplicable a él.

Si bien este argumento parece muy persuasivo, en nuestras discusiones pasadas le advertí a Navarro que en realidad constituía una falacia derivada de una ambigüedad. La expresión “caso” puede entenderse en este contexto como si aludiera a un *caso individual*, esto es, un acontecimiento real acaecido en un momento y lugar determinados, pero también puede interpretársela como referida a un *caso judicial*, esto es, un problema práctico suscitado por un caso individual que se somete a la decisión de un órgano jurisdiccional, el cual debe resolverlo mediante una decisión revestida de autoridad dentro de un proceso sujeto a ciertas reglas. Si se entiende la expresión “caso” en el primer sentido, entonces efectivamente debería decirse que la norma que imponía sanción a los homicidas no regulaba el caso individual de Dimitri, dado que Dimitri no era un homicida. Pero bajo esta interpretación la norma en cuestión tampoco era externamente aplicable respecto de ese caso, ya que

sería insostenible considerar que el derecho ruso autorizaba a los jueces a aplicar esa norma a casos en los que no se hubiese cometido homicidio. Si en cambio tomamos en cuenta la noción de caso judicial, entonces la norma que sancionaba a los homicidas no solo sería externamente aplicable al “caso” de Dimitri, esto es, a los hechos tal como quedaron probados en el juicio, sino que, así delimitados los hechos, ella lo regulaba, esto es, era internamente aplicable a él.

Las cuestiones de prueba no inciden en la aplicabilidad interna de las normas porque la aplicabilidad interna es una relación directa entre una norma y un caso. Si una de las partes prueba que una persona mató a otra y la otra prueba que actuó en legítima defensa, sería incorrecto sostener que la norma que sanciona a los homicidas dejó de ser internamente aplicable al caso. Lo que ocurre es que la configuración del caso judicial varió: primero creíamos que el caso era tal que José mató a Pedro y ahora creemos que el caso es que José mató a Pedro en legítima defensa. Y si en lugar de entender por “caso” el caso judicial, esto es, qué es lo que las partes han probado, se entiende por caso lo que efectivamente aconteció, lo que prueben o dejen de probar las partes es enteramente irrelevante para determinar qué norma es internamente aplicable. Si como consecuencia de una mayor información consideramos que un caso no era en verdad de tipo C1 sino de tipo C2, esa variación no incide en la aplicabilidad interna de las normas: si el caso C1 está regulado por la norma N1 y el caso C2 está regulado por la norma N2, cada una de las normas sigue siendo internamente aplicable a los mismos casos.

En su comentario Navarro agrega ahora que en el contexto de la novela de Dostoievski no habría una norma en el derecho ruso que dijera algo así como “Debe castigarse por homicidio a todos los que han sido declarados culpables en el marco de un proceso judicial”. Comparto esta afirmación, pero el juego conjunto de las reglas de fondo y las reglas procesales determina ese deber: el juez no tiene simplemente el deber de castigar a quienes cometen delitos; tiene el deber de castigar a quienes, luego de un cierto procedimiento en el que se garanticen un conjunto de derechos al imputado, se haya probado, tomando en cuenta ciertos estándares de prueba, que ha cometido un delito. Por ello, no creo que esto tenga relevancia alguna para descalificar mi argumento.

Otras situaciones que podría pensarse que abonan la idea de que una norma puede ser aplicable a un caso que no regula son los supuestos de aplicación analógica de normas. El Código Civil y Comercial argentino en su artículo 1175 declara aplicables de manera supletoria las normas de la compraventa a todo lo que no se haya previsto específicamente respecto del contrato de permuta. Navarro sostiene que podría justificarse que en tales situaciones el juez debe aplicar a un caso una norma que no lo regula a partir de un esquema de razonamiento como este:

Premisas:

- 1) Son aplicables (i.e., deben aplicarse) las normas de la compraventa a los casos

de permuta que no estén regulados en el Código Civil.

- 2) El pacto comisorio está regulado en las normas referidas a la compraventa.
- 3) El pacto comisorio no está regulado por las normas relativas a la permuta en el Código Civil.
- 4) El caso C es un caso de pacto comisorio en la permuta.

Conclusión

- 5) Los jueces deben aplicar las normas de la compraventa al caso C de pacto comisorio de la permuta.

Pero el punto aquí es qué es lo que significa la premisa 1), porque si se interpreta que ella significa que los jueces tienen el deber de aplicar las normas de la compraventa a casos que ellas no regulan, se estaría presuponiendo lo que se pretende demostrar. En *TAD* sostuve que las tres reconstrucciones más plausibles de una norma como el artículo 1175 del Código Civil y Comercial argentino eran las siguientes:

i) que ella autoriza al juez a aplicar a los casos de permuta normas generales que no integran el sistema y que el juez debe *crear al efecto en analogía* con lo preceptuado por las normas previstas para la compraventa;

ii) que ella, por razones de técnica legislativa, evita reproducir para la permuta todas las disposiciones ya consagradas para los contratos de compraventa que no resulten excluidas en virtud de las diferencias que median entre ambos tipos de contrato, o

iii) que ella autoriza al juez a reputar relevantes las semejanzas existentes entre los contratos de compraventa y los contratos de permuta a efectos de correlacionar a todos los casos genéricos de permuta (salvo los expresamente regulados) las soluciones normativas especificadas para los casos genéricos de compraventa.

En ninguna de estas tres alternativas de reconstrucción son las propias normas de la compraventa las que permiten justificar de manera directa la decisión del juez frente a un caso de permuta, por lo que ninguna de estas reconstrucciones abona la conclusión de que tales normas son aplicables a casos que no regulan.

También se podría tratar de justificar que, aunque la aplicabilidad interna se considere condición necesaria de la aplicabilidad externa, no sería una condición suficiente de ella, es decir, que podrían darse situaciones en las que una norma resulte internamente aplicable a un caso y, no obstante, no sea deber de los jueces aplicarla. El ejemplo más promisorio para tratar de justificar esto es el de las contradicciones normativas. Si dos normas establecen soluciones incompatibles respecto de un caso, un juez llamado a resolverlo deberá utilizar solo una de ellas como fundamento de su decisión, descartando la otra. En consecuencia, pese a que ambas normas regulan el caso, solo una de ellas sería externamente aplicable.

Este argumento resulta, no obstante, tan inconcluyente como los orientados a

mostrar que la aplicabilidad interna no es condición necesaria de la aplicabilidad externa. Si existe una contradicción entre dos normas que regulan cierto caso, puede ocurrir que el propio sistema suministre un criterio unívoco para resolver ese conflicto o no. En caso de no existir un criterio semejante, tendremos dos normas que regulan un caso y ninguna pauta general que obligue al juez a privilegiar una de ellas en particular. Si bien el juez no puede sino escoger alguna de las normas en conflicto, los argumentos que utilice para hacerlo no podrá derivarlos del sistema, porque por hipótesis en este caso no existen. Lo que aquí ocurriría entonces es que el juez no aplica una de las normas que tenía el deber de aplicar. En otras palabras, el sistema de normas externamente aplicables sería en este caso inconsistente: las normas en conflicto serían no solo internamente aplicables sino también externamente aplicables. Si en cambio el sistema sí suministra un criterio unívoco para privilegiar a una de las normas en conflicto, el deber del juez será utilizar esa norma como fundamento de su decisión. Pero en tal caso resultaría enteramente artificioso sostener que las dos normas son internamente aplicables pero solo una resulta externamente aplicable, del mismo modo que lo sería sostener que la norma irlandesa que sanciona el aborto regula los abortos cometidos en China. Tendría sentido decir que las dos normas en conflicto siguen siendo internamente aplicables si no contamos con un criterio de preferencia en el sistema que lo resuelva, como en el supuesto anterior. Pero si tal criterio existe e impone un deber sobre todos los jueces de dejar de lado una de las normas en conflicto, decir que ese criterio afecta la aplicabilidad externa pero no la interna es artificioso, porque en realidad la norma preterida es, como dicen Alchourrón y Bulygin, “tan inaplicable como si hubiera sido derogada”¹⁷. De todos modos, debería advertirse que para poder sostener que en casos de conflicto dos normas son internamente aplicables pero solo una es externamente aplicable, esto requeriría una modificación de la noción de aplicabilidad externa: una norma externamente aplicable a un caso ya no sería simplemente una norma a cuyo respecto existe otra que establece el deber de aplicarla, sino que una norma sería externamente aplicable a un caso si otra establece el deber de aplicarla y además no está en conflicto con otra norma que sea preferida en virtud de un cierto criterio de preferencia¹⁸. En otras palabras, se estaría generando una situación anómala de divorcio entre las normas que regulan ciertos casos y las normas que los jueces deben aplicar sobre la base de una definición *ad hoc* que excluye de la noción de aplicabilidad externa los casos de conflicto.

Navarro en su comentario se centra en un supuesto específico de conflictos entre normas que está dado por el caso de las normas inconstitucionales. Si se declara la inconstitucionalidad de una norma que establece la prohibición de divorciarse antes

¹⁷ Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

¹⁸ En algunos de los trabajos que produjimos en conjunto con Navarro sobre el tema llamábamos a esta noción *aplicabilidad estricta*, para diferenciarla de la aplicabilidad externa.

de transcurridos tres años desde la celebración del matrimonio, esa decisión a juicio de Navarro afectaría la aplicabilidad externa de la norma, no su aplicabilidad interna, a lo que agrega que, desde mi punto de vista, la declaración de inconstitucionalidad debería interpretarse como una modificación del ámbito personal de validez de la norma en cuestión. No obstante, estima que esto resultaría implausible porque si uno de los cónyuges que obtiene el pronunciamiento de inconstitucionalidad decide casarse nuevamente y, reincidiendo, desea divorciarse de su nueva pareja antes de pasados tres años, debería peticionar nuevamente la inconstitucionalidad de la norma, lo cual no podría explicarse si se entiende que, debido al primer pronunciamiento, la norma en cuestión no se refiere a ese individuo.

En *TAD*, he examinado con cierto detalle el problema de la inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad de las normas, y he sostenido que las declaraciones de inconstitucionalidad repercuten de manera directa sobre la aplicabilidad externa de las normas, no sobre su pertenencia al sistema. Pero de ello no se sigue en absoluto que un caso como el que plantea Navarro debería desde mi punto de vista reconstruirse del modo que él explica. Lo que yo diría es que, en las declaraciones de inconstitucionalidad, al menos en un sistema como el argentino en el cual el alcance de tales decisiones no es *erga omnes*, el juez considera inaplicable una norma respecto de un caso porque estima que ella se encuentra en conflicto con otra de rango superior. Como los efectos de su declaración se circunscriben al caso considerado, el juez no puede derogar la norma inconstitucional, quitarla del sistema. Lo que hace es limitarse a dejar de aplicarla al caso, pero lo hace porque en su razonamiento, esto es, en el microsistema normativo que conforma para justificar su decisión, ella colisiona con otra de rango superior, de modo tal que privilegia la solución de esta última y, al hacerlo, la suprime como si la derogara, de modo que en dicho sistema la norma no es externamente aplicable pero tampoco internamente aplicable. Pero, insisto, ello es así solo en el marco del microsistema de normas que conforman las premisas de su razonamiento, porque el juez no tiene competencia para eliminar dicha norma del sistema jurídico. En el sistema jurídico la norma en cuestión persiste, y sigue siendo externamente aplicable a los casos que regula. Yo no diría que en el ejemplo concreto que plantea Navarro la decisión que declara la inconstitucionalidad de la norma aludida implique un recorte de su ámbito personal de aplicación por dos razones. Primero, porque el “caso” no está dado por la petición de alguien, digamos Juan, de declarar la inconstitucionalidad de una norma que le impide divorciarse antes de los tres años, de modo que los alcances de la decisión importen restringir el ámbito personal de validez de la norma en cuestión, que a partir de ahora no regulará ningún matrimonio de Juan, sino que el caso en cuestión es el caso del matrimonio de Juan con María. Si luego Juan decide reincidir y casarse con Mónica, y pretende igualmente divorciarse antes de los tres años, tendrá que solicitar nuevamente una declaración judicial de inconstitucionalidad porque su planteo anterior fue respecto de su matrimonio con María. Segundo, porque

como dije, en sistemas como el argentino las declaraciones de inconstitucionalidad no impactan sobre la pertenencia de normas al sistema jurídico, sino que, en todo caso, lo que el juez hace es modificar el alcance de las normas en juego en el marco del microsistema que justifica su decisión.

Otro ejemplo que examina Navarro para tratar de justificar que la aplicabilidad interna no es condición suficiente de la aplicabilidad externa se vincula con las jerarquías entre los órganos de adjudicación. En un sistema de precedentes obligatorios podría ocurrir que un tribunal inferior tuviera el deber de seguir un precedente establecido por un tribunal superior, pero el tribunal superior no tuviera obligación de seguir sus propios precedentes. En este último caso, la norma impuesta como precedente sería interna y externamente aplicable para el tribunal inferior, pero para el tribunal superior sería internamente aplicable aunque no externamente aplicable.

Tampoco estoy de acuerdo con este análisis. Si el tribunal superior no tiene el deber de respetar sus propios precedentes ello equivale a decir que los puede cambiar. Si el tribunal superior estableció un cierto precedente obligatorio para los tribunales inferiores, dicho precedente es, como lo señala Navarro, interna y externamente aplicable para ellos. En cuanto al tribunal superior, si decide mantenerlo frente a cierto caso, el precedente sería internamente aplicable pero también externamente aplicable para dicho tribunal, dado que ha considerado que su deber es mantenerlo. Si en cambio decide dejarlo de lado, ya no será externamente aplicable pero tampoco internamente aplicable puesto que habrá sido dejado de lado por otro criterio de decisión.

Un último ejemplo que consideraré de los que propone Navarro es el de los criterios últimos de aplicabilidad. Su argumento es el siguiente: para que una norma N_1 sea externamente aplicable a ciertos casos es preciso que exista otra norma N_2 que establezca el deber de aplicarla. Podría ocurrir que respecto de esa segunda norma N_2 exista a su vez otra norma N_3 que establezca el deber de aplicar N_2 respecto de ciertos casos, lo cual necesariamente nos conducirá a ciertos criterios de aplicabilidad últimos. Esos criterios últimos de aplicabilidad serían internamente aplicables a ciertos casos pero, por definición, no podrían ser externamente aplicables.

Sobre esto debo decir, en primer lugar, que hablar de “criterios últimos de aplicabilidad” siempre me ha parecido algo bastante misterioso. Tiene perfecto sentido pensar en cadenas de validez, porque es posible encontrar en un sistema jurídico normas de un nivel N_2 que establezcan el modo de crear normas de nivel N_1 , pero a su vez habrá normas de un nivel N_3 que establecerán el modo de crear normas del nivel N_2 , y esto se repetirá hasta el máximo nivel normativo. En cambio, como dije al comienzo, en situaciones ordinarias no se necesita que una norma N_2 establezca a qué casos debe aplicarse una norma N_1 : ella debe ser aplicada a los casos que regula porque así lo dispone el principio general que impone sobre los jueces el deber de justificar sus decisiones en el derecho. Puede acontecer que, por cuestiones de conveniencia práctica, ciertos aspectos vinculados con la aplicabilidad de una norma no

se especifiquen en ella misma sino que se estipulen en otra norma, pero ya indiqué esto no es en absoluto imprescindible (como sí lo es especificar en otra norma N_2 el que modo de crear la norma N_1) y nada cambiaría si no lo fuera. Si esto es así, pensar que en criterios de aplicabilidad que se refieren a otros criterios de aplicabilidad me parece algo enteramente artificial, y mucho más la idea de “criterios últimos de aplicabilidad”.

Ahora, aceptando por mor de la argumentación el planteo de Navarro, he examinado un problema semejante en *TAD* al considerar la pregunta kelseniana por el fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico. Desde luego, no puede existir respecto de cada norma otra norma que establezca el deber de cumplirla o aplicarla en el marco de un sistema finito de normas en el que las relaciones de validez (entendida como fuerza obligatoria) no sean circulares. Pero eso no quita que en un sistema semejante, y respecto de la primera norma positiva (o el “criterio de aplicabilidad último”, como lo diría Navarro) no sea posible y necesario preguntarse si existe el deber de cumplirla o aplicarla, solo que ese deber no podrá ser impuesto por otra norma del propio sistema sino que la pregunta remitirá a otro sistema normativo (moral, político, etc.). En síntesis, si se define la aplicabilidad externa como la existencia de una norma en el marco de un cierto sistema normativo que establece el deber de aplicar otra norma de ese sistema a ciertos casos, es correcto que habrá ciertas normas en todo sistema normativo que podrán ser internamente aplicables pero no serán externamente aplicables en este sentido. Pero esta situación – más allá de lo implausible que me resulta el pensar en criterios de aplicabilidad que se refieren a otros criterios de aplicabilidad – nos fuerza a aceptar que en última instancia la aplicabilidad de las normas de un sistema normativo estará siempre abierta a evaluación a partir de otros sistemas normativos. Si desde ese punto de vista no podemos justificar la aplicabilidad de las normas últimas, carecería de justificación el deber de aplicar cualquiera de las restantes normas de dicho sistema.

Para concluir, quisiera resaltar algo que me parece de la mayor importancia sobre esta discusión. Desde luego, un ejemplo puede reconstruirse desde el punto de vista teórico de diversos modos. Navarro afirma que en realidad no habría ninguna necesidad de privilegiar ni las reconstrucciones que él propugna ni tampoco las que yo privilegio de los ejemplos considerados. Yo en cambio creo que sí existen razones para justificar mis reconstrucciones y para privilegiar la intuición básica de coextensividad, pues la opción entre mantener o rechazar la idea de que las normas que un juez debe aplicar son aquellas que lo regulan y que, si una norma regula un caso, debe ser aplicada a él, no es trivial.

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, los jueces tienen el deber de resolver los casos que se les someten a decisión justificando esas decisiones en las normas jurídicas que los regulan. Esto se deriva de los tres principios que especifican Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* sobre la actividad judicial: el principio de inexcusa-

bilidad, el principio de justificación y el de legalidad¹⁹. Si esto es correcto, de ello se sigue que:

- a) Si una norma regula cierto caso, los jueces tienen el deber de aplicarla, y
- b) Si una norma no regula un caso, los jueces no tienen el deber de aplicarla.

Lo segundo equivale a decir que, si es deber de los jueces aplicar cierta norma a un caso, entonces es porque ella lo regula, es decir, que la aplicabilidad interna es condición necesaria de la aplicabilidad externa. Lo primero en cambio significaría decir que la aplicabilidad interna es condición suficiente de la aplicabilidad externa, con la salvedad de que lo que en verdad constituye una condición suficiente de la aplicabilidad externa es la aplicabilidad interna sumada al deber genérico de los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos por ellas regulados.

La idea de que la aplicabilidad interna es condición necesaria y a la vez suficiente (con la salvedad antes indicada) de la aplicabilidad externa tiene su fundamento en el carácter secundario y subsidiario del sistema normativo relativo a los jueces respecto del sistema normativo relativo a los súbditos. De acuerdo con Hart, las reglas de adjudicación, entre las que se cuentan aquellas que atribuyen potestades, confieren facultades e imponen deberes sobre los jueces, buscan remediar la insuficiencia de la presión social que subyace a un sistema exclusivo de reglas primarias, por lo cual constituyen un complemento del régimen simple de reglas primarias, que facultan a ciertos órganos a determinar si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria²⁰. En sentido similar, Alchourrón y Bulygin sostienen que el sistema del juez es secundario con respecto al sistema del súbdito, ya que presupone la existencia de este último²¹. Dado que los jueces están obligados a resolver los conflictos de intereses fundando sus decisiones en el sistema primario, las normas del sistema del juez tienen que referirse directa o indirectamente a las normas de aquel sistema y son, por consiguiente, normas de segundo nivel.

Considerar que hay situaciones en las que un juez puede estar justificado en aplicar a un caso una norma que no lo regula, o bien en dejar de aplicar una norma que lo regula, está reñido con la idea de que las reglas de adjudicación son secundarias respecto de aquellas que regulan nuestras acciones. En otras palabras, los órganos de adjudicación intervienen frente a casos en los que existen discusiones respecto de cuáles son las normas primarias que los regulan/resultan aplicables a ellos. El modo en que Navarro pretende independizar las nociones de aplicabilidad interna y externa (digo “el modo en que Navarro pretende independizar” porque, como he enfatizado, yo no sostengo que no sean nociones conceptualmente independientes;

¹⁹ Cfr. Alchourrón, Bulygin 1971: 236-237.

²⁰ Cfr. Hart 1961: 114 y ss.

²¹ Cfr. Alchourrón, Bulygin 1971: 191.

lo que sostengo es que son coextensivas) distancia el sistema del súbdito y el sistema del juez de una manera que no me parece fácilmente articulable con la forma en la que a mi criterio funciona el derecho. A mi juicio, tenemos ciertas normas que regulan ciertos casos, y frente a situaciones de controversia los jueces deben despejar las dudas de cómo esas normas regulan esos casos, aplicando las normas que los regulan y dejando de aplicar las que no los regulan. La noción de aplicabilidad externa es conceptualmente relevante para dar cuenta de aquellas situaciones en las que un juez tiene el deber de aplicar cierta norma a un caso pese a que ella ya no pertenece al sistema, o bien aquellas en las que un juez tiene el deber de aplicar a un caso una norma que pertenece a otro sistema. En otras palabras, lo relevante y teóricamente interesante es distinguir aplicabilidad de pertenencia, no distinguir aplicabilidad de casos regulados por las normas.

4. Reglas sociales y regla de reconocimiento. Respuestas a Natalia Scavuzzo y Sebastián Figueroa Rubio

He decidido tratar en un único punto las observaciones críticas de Natalia Scavuzzo y de Sebastián Figueroa dado que se encuentran íntimamente conectadas. De hecho, Scavuzzo señala en su comentario que este se desarrolló a partir de una pregunta que me formuló en el workshop de discusión sobre *TAD* celebrado en Génova en enero de este año, precisamente a partir de la discusión con Figueroa.

La contribución de Scavuzzo versa sobre un punto muy complejo: el modo de conciliar adecuadamente una concepción de las normas como significados y, en tal sentido, como entidades abstractas, con la intuición de que las normas jurídicas poseen existencia empírica. Para intentar dar una respuesta a algunos de los interrogantes que plantea Scavuzzo trataré de sistematizar brevemente algunas de las consideraciones vinculadas a este problema que he formulado en diversas secciones de *TAD* sobre a) las concepciones de las normas; b) la existencia empírica de las normas y el positivismo jurídico; c) la concepción práctica de las normas y d) el convencionalismo profundo como respuesta al desafío planteado al positivismo respecto del modo de dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. Para concluir, me ocuparé en particular de mi reconstrucción de la regla de reconocimiento hartiana, sobre la cual también Scavuzzo formula algunos cuestionamientos, pero que constituye el punto central del cual se ocupa específicamente Figueroa en sus comentarios.

Como ya he adelantado, en mi libro he objetado la clásica distinción entre una concepción semántica o hilética de las normas y una concepción pragmática o expresiva, tal como fuera postulada por Alchourrón y Bulygin²². Según esta distinción, mientras para la concepción semántica las normas serían entidades abstractas, sig-

²² Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981; Alchourrón, Bulygin 1979: 37 ss.

nificados, para la concepción pragmática las normas se interpretan ambiguamente como actos de prescribir o como el resultado de tales actos. Desde mi punto de vista, esta distinción resulta problemática por diversas razones que he tratado de reseñar²³, y propuse por ello sustituirla por una distinción alternativa entre una concepción cognoscitiva o representativa y una concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas. Desde el primer punto de vista, las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que describen o representan correlaciones entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales a su respecto o, lo que sería equivalente, que expresan nuestras creencias sobre qué mundos son normativamente ideales respecto del mundo real. Desde el segundo punto de vista, en cambio, las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real o, lo que sería equivalente, que expresan nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real. En *TAD* he tratado de justificar mi opción por una concepción no cognoscitiva de las normas. De todos modos, en cualquiera de estas dos maneras de concebir a las normas, ellas son entendidas como entidades abstractas.

Ahora bien, esto conduce inmediatamente al problema que resalta Scavuzzo: si las normas son entidades abstractas, significados, ¿cómo se concilia esto con la defensa de una concepción positivista del derecho, de conformidad con la cual las normas jurídicas deben su existencia y contenido a ciertos hechos sociales? Una posible respuesta fue intentada por Hart con su concepción práctica de las reglas²⁴. De acuerdo con ella, la existencia de las reglas jurídicas dependería de una forma de práctica social que comprende tanto pautas de conducta regularmente seguidas por la mayoría de los miembros del grupo como una actitud normativa distintiva hacia tales pautas de conducta (“aceptación”), que consistiría en una disposición de los miembros del grupo para tomar tales pautas de conducta como guías para su conducta futura y como estándares de crítica de la conducta de otros que pueden legitimar reclamos y diversas formas de presión para la conformidad.

El problema es que la concepción práctica de las reglas ha sido merecedora de justificadas objeciones, entre otros por Raz y Dworkin²⁵. De hecho, el propio Hart ha reconocido su inadecuación al aceptar que dicha concepción desconoce la diferencia que media entre *consensos por convención*, en los que el hecho de que todos acepten una regla es lo que constituye la razón para hacer lo que ella dispone, y *consensos por convicción*, esto es, la existencia de prácticas sociales concurrentes pero en las que cada individuo adhiere a la regla por sus convicciones personales.

²³ Esas razones han sido desarrolladas con mayor profundidad en Navarro, Rodríguez 2022.

²⁴ Cfr. Hart 1994: 254.

²⁵ Cfr. Raz 1975: 53-58; Dworkin 1986: 135-137.

Al aceptar esta objeción Hart sostuvo que la concepción práctica solo resultaría aplicable a aquellas reglas que constituyen prácticas convencionales, en el sentido de que la conformidad general hacia ellas por un grupo social es parte de la razón por la cual sus miembros la aceptan²⁶.

En mi análisis de la noción de deber u obligación jurídica en *TAD* resalté que, de acuerdo con Raz, una regla no necesita ser de hecho seguida para ser una regla. Podría considerarse que una regla no es una regla social a menos que de hecho sea regularmente seguida dentro de un cierto grupo social, pero ese requisito es solamente necesario para que sea una regla *social*, no para ser una regla²⁷. Hart tiene razón al señalar que la noción de obligación o deber está incuestionablemente ligada a la existencia de reglas o normas y no puede explicarse simplemente apelando a regularidades de conducta o hábitos sociales. Del mismo modo, la noción de obligación o deber *jurídico* está ligada a la existencia de reglas o normas *jurídicas*. Pero que las reglas en general, o las reglas jurídicas en particular, sean de hecho seguidas, que haya quienes las acepten y las utilicen para justificar sus acciones y criticar a quienes no las siguen, esto es, que asuman el punto de vista interno frente a ellas, aunque pueden ser requisitos necesarios para poder hablar de reglas seguidas dentro de una cierta comunidad, o de reglas que integran un sistema jurídico vigente en un grupo social, no son necesarios para dar cuenta de la noción de obligación en general, ni tampoco de la noción de obligación jurídica. La existencia de un deber jurídico depende básicamente de la pertenencia de una norma de obligación a un sistema jurídico, y serán en todo caso los criterios para determinar cuándo una norma pertenece a un sistema jurídico los que permitirán determinar cómo diferenciar entre el derecho y otros sistemas normativos.

¿Y cuáles serían esos criterios desde una visión positivista del derecho? A mi juicio, para el positivismo jurídico se requiere de ciertos hechos sociales más o menos complejos de producción normativa para poder determinar, a la luz de ciertas reglas conceptuales que configuran los criterios de identificación de un sistema jurídico, que esos hechos cuentan como la creación de una norma válida. Redondo ha resaltado correctamente que, si se concibe a las normas como entidades semánticas, su existencia es abstracta, de modo que una proposición acerca de la existencia de una norma sería una proposición abstracta²⁸. Y si las normas son entidades abstractas, los conjuntos de normas también lo son, de modo que predicar la pertenencia de una norma a tales conjuntos será igualmente una proposición abstracta. No obstante, formular proposiciones acerca, por ejemplo, de lo que exige el derecho argentino, no simplemente de lo que se debe hacer *simpliciter*, obliga a acotar esos conjuntos de normas mediante ciertos criterios que remiten a ciertos hechos sociales, porque

²⁶ Cfr. Hart 1994: 255-256.

²⁷ Cfr. Raz 1975: 53-54.

²⁸ Cfr. Redondo 2018: 22 y 38-49.

es en virtud de ellos que podemos decir que ciertas normas valen en Argentina y no, por ejemplo, en Uruguay. Por otra parte, las normas jurídicas tienen también una dimensión temporal de existencia que puede recogerse a través de la asociación de diferentes conjuntos a los distintos actos de producción normativa²⁹, de modo que concebir a los sistemas jurídicos como conjuntos de entidades abstractas no impide dar cuenta de la validez temporal de las normas.

Si lo que he reseñado hasta aquí es correcto, concebir a las normas como entidades abstractas no es incompatible con que ellas sean de hecho seguidas ni tampoco con una visión positivista del derecho según la cual la existencia y contenido de las normas jurídicas depende de ciertos hechos sociales. Sin embargo, como bien lo puntualiza Scavuzzo, esto presenta todavía una dificultad más compleja de resolver. Me refiero a si el positivismo puede dar cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos acerca de lo que el derecho exige.

De conformidad con una famosa crítica de Dworkin, el positivismo, comprometido con la idea de que la existencia de una regla jurídica dependería de un acuerdo social a su respecto, no podría explicar el hecho de que en la práctica muchas veces se presentan desacuerdos acerca de lo que el derecho exige³⁰. Porque si el derecho es un fenómeno convencional, y la existencia de acuerdos en cuanto al modo de aplicar las reglas determina los límites de tal convención, allí donde existan discrepancias al respecto el derecho simplemente no ofrecería ninguna respuesta, lo cual no parece compadecerse con lo que se conoce como el *argumento del contraste con la práctica*, esto es, que muchas veces los juristas discrepan sobre el contenido del derecho y esas discrepancias no parecen ser discrepancias sobre cómo debería ser resuelto un caso que el derecho simplemente no soluciona.

En *TAD*, he sostenido que esta crítica es meramente ilusoria y deriva de una comprensión equivocada sobre los alcances de la tesis de las fuentes sociales del derecho y de su naturaleza convencional³¹. El positivismo no puede sostener que la existencia de una norma jurídica depende de la existencia de un acuerdo respecto de sus casos de aplicación, porque si lo hiciera estaría identificando a las normas con meras regularidades de conducta. Wittgenstein sostenía que la comprensión de una regla se pondría de manifiesto en la práctica de seguirla, y seguir una regla consistiría en una habilidad práctica, en el dominio de una técnica³². Pero esto no significa que la única realidad de una norma convencional sea la práctica de su aplicación a casos particulares, porque esa práctica estará conformada por un conjunto de aplicaciones que pueden resultar compatibles con una multiplicidad de reglas distintas,

²⁹ He tratado de reconstruir tales criterios en el capítulo V de mi libro.

³⁰ Cfr. Dworkin 2006: capítulo I.

³¹ La réplica a esta crítica fue presentada previamente a la publicación de *TAD* en Perot, Rodríguez 2010.

³² Cfr. Wittgenstein 1953: §431.

lo que conduciría al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein³³. Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer ninguna pauta de corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasadas de acuerdo con alguna regla.

En síntesis, la tesis de las fuentes sociales supone adoptar una concepción convencionalista acerca del derecho, al menos en el sentido de que existen ciertas prácticas sociales compartidas de identificación y reconocimiento de su contenido³⁴. Pero el acuerdo que resulta relevante para identificar el contenido del derecho desde tal concepción no es un acuerdo explícito sobre los casos de aplicación de las reglas jurídicas, sino el que recae sobre los criterios que guían el uso de tales reglas. Esto es lo que Juan Carlos Bayón denominó *convencionalismo profundo*, e implica que una comunidad puede compartir ciertos criterios de corrección sin que cada uno de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones³⁵. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica respecto de un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que esa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, porque es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas.

Frente a una postura como esta, que distancia de este modo a las reglas como contenidos de significado de sus casos de aplicación, Scavuzzo se pregunta cómo podríamos determinar cuándo existe una regla. Pues bien, de lo que expuesto hasta aquí se sigue que si lo único de lo que disponemos es un acuerdo en el modo de resolver ciertos casos, eso no nos garantiza en absoluto el que todos estemos siguiendo la misma regla, pues nada impediría que cada uno resuelva tales casos del mismo modo sobre la base de razones enteramente diferentes. Si frente a la pregunta “¿Cuál es el resultado de 2 elevado al cubo?” la mayoría de nosotros responde que es ocho, la razón por la que diríamos que al determinar ese resultado estamos siguiendo una regla no es que todos concordamos en responder de ese modo, sino que disponemos de un mecanismo o criterio de corrección, quizás no formulado e implícito en nuestras prácticas, para evaluar como correcta la respuesta 8 e incorrecta una respuesta distinta. En otras palabras, la existencia de una regla no equivale a un acuerdo en los casos de su aplicación, sino que equivale a la existencia de un criterio para evaluar las aplicaciones como correctas o incorrectas, lo cual a su vez

³³ Cfr. Kripke 1982.

³⁴ Cfr. Hart 1994: 256-266.

³⁵ Cfr. Bayón 2002.

presupone que puede haber aplicaciones desviadas y desacuerdos. Desde luego, la existencia de una regla demanda que existan acuerdos básicos en ciertos casos paradigmáticos de aplicación, pero es compatible con la posibilidad de un cierto margen de desacuerdos en la práctica de aplicarla.

Scavuzzo sostiene, luego de examinar mis puntos de vista en diferentes secciones de *TAD*, que yo utilizaría una noción de regla social cuya existencia no dependería de su efectivo seguimiento o aplicación, lo que le parece problemático pues tradicionalmente las reglas sociales se definen por la convergencia del aspecto interno y externo. Mi respuesta a esto es que lo que he sostenido en más de un lugar en *TAD* es que una regla puede ser tal, esto es, puede ser una *regla*, pese a no ser seguida. No he sostenido que una *regla social* pueda ser una regla social pese a no ser seguida, lo cual resultaría absurdo. Como bien señala Raz en crítica a la concepción práctica de las reglas, esta última parece caracterizar a todas las reglas por un rasgo que solo las reglas sociales o convencionales poseen. En el caso de las reglas convencionales, como una de las razones por las que se las acepta es porque otros las aceptan, la aceptación parece ser una condición de su existencia, pero esto no es algo que pueda predicarse en general de cualquier regla. De hecho, Scavuzzo reconoce una distinción similar cuando afirma que la cuestión del seguimiento “*es relevante, cuando distinguimos entre reglas sociales existentes y reglas sociales posibles*”. Pero desde su punto de vista resultaría problemático considerar que una regla, como contenido de significado, sería independiente de su efectivo seguimiento, puesto que esto sería difícil de congeniar con el aspecto empírico de la acción de seguir o aplicar una regla. Yo no creo que exista aquí ningún problema o tensión: una regla, como contenido de significado, existe abstractamente. Algunas reglas son efectivamente seguidas, esto es, poseen lo que Bulygin denominaba “*existencia fáctica*”³⁶. Afirmar que una regla existe en este sentido es afirmar un hecho. Ahora, puede ocurrir que todos aceptemos un mismo contenido de significado, lo que se revelará en ciertos casos paradigmáticos de aplicación y, sin embargo, tengamos ciertas discrepancias frente a algunos otros casos.

En lo que respecta a la regla de reconocimiento como regla social, Figueroa formula una serie de observaciones con respecto al tratamiento que he dado en *TAD* al tema, estructurando sus comentarios y críticas en torno a cinco tesis centrales que me atribuye. Esas tesis serían:

- a) que la mejor interpretación de la norma fundante básica es aquella que la entiende como un esquema definicional;
- b) que la regla de reconocimiento no es una regla convencional;
- c) que la regla de reconocimiento no es una norma social de conducta;

³⁶ Cfr. Bulygin 1990.

d) que la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica, y

e) que la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio.

Su reconstrucción de lo que he señalado respecto de estos temas es desde luego básicamente fidedigna y apegada al texto. No obstante, me gustaría hacer algunas observaciones aclaratorias sobre el alcance de estas tesis y hasta qué punto me he comprometido con ellas, aprovechando para responder a algunas de las observaciones críticas de Figueroa.

En primer lugar, me parece muy importante a fin de examinar una construcción compleja como la de la norma fundante básica de Kelsen tomar en consideración, tal como lo resaltara Bulygin, los distintos sentidos en los que puede hablarse de la validez de las normas³⁷. Desde este punto de vista, y diferenciando centralmente un sentido descriptivo de validez como pertenencia de una norma a un sistema y un sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria, Bulygin ha señalado que la norma fundante básica sería o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez como pertenencia, puesto que no se requeriría de ninguna norma adicional para justificar la pertenencia a un sistema jurídico de su primera norma positiva (la primera constitución histórica de Kelsen), o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria, puesto que el deber de cumplir con esa primera constitución histórica no podría ser establecido meramente por una norma supuesta e hipotética como la norma fundante kelseniana, sino que a tal fin se requeriría de una norma en sentido pleno, que no podría ser jurídica sino moral.

Dejando de lado la noción de validez como fuerza obligatoria y centrando la atención en la validez como pertenencia de normas a un sistema jurídico, en *TAD* sostuve que, si bien a primera vista la justificación de la pertenencia de las normas originarias de un sistema jurídico no requeriría de nada parecido a la norma fundante kelseniana, pues tal como señala Bulygin esas normas serían parte del sistema correspondiente por definición, algo parecería faltar en ese análisis. Una vez que se distingue entre fuerza obligatoria y pertenencia, y se centra la atención exclusivamente en la cuestión de la identificación del derecho, debe diferenciarse el análisis de la pertenencia de las normas derivadas del análisis de la pertenencia de las normas originarias. Como desde el punto de vista práctico la pregunta por la validez entendida como pertenencia se plantea normalmente respecto de las normas derivadas, no de las originarias, y la respuesta a dicha pregunta remite a la creación regular de las normas, esto lleva a que ordinariamente se identifique validez con creación regular. Pero si se identifica validez con creación regular, las normas originarias no pueden ser calificadas ni como válidas ni como inválidas en este sentido.

³⁷ Cfr. Bulygin 1990.

Si en cambio se identifica la validez con la pertenencia al sistema, en tal caso las normas originarias de un sistema jurídico son, sin duda, normas válidas, y su validez como pertenencia no necesita ser justificada por referencia a otra norma *de carácter prescriptivo*. Ahora, ¿qué significa exactamente decir que las normas originarias pertenecen al sistema “por definición”?

Nada obsta a que uno se pregunte de dónde proviene la competencia del primer constituyente. O, en palabras de Kelsen, ¿qué es aquello que permite interpretar al acto del primer constituyente como un acto creador de derecho y no meramente como un acto de fuerza? Alchourrón y Martino han señalado que Kelsen asigna a la norma fundante diversas funciones, entre las cuales se cuentan la de conferir fuerza vinculante a las restantes normas del sistema y, además, la de identificar a las normas válidas que integran un sistema jurídico, y afirman que para poder cumplir la primera función la norma fundante debería ser interpretada como una norma de conducta, una prescripción, mientras que para poder cumplir con la segunda debería ser entendida como una regla conceptual³⁸. Sin embargo, a juicio de los autores, ninguna norma podría cumplir esas dos funciones, lo cual tornaría a la norma fundante en una imposibilidad, algo que habría conducido al propio Kelsen a abandonar en su último período de producción la doctrina de la norma fundante básica.

Pero el abandono de la doctrina de la norma fundante deja sin respuesta el problema de qué es aquello que permite interpretar al acto del primer constituyente como un acto de creación de derecho o, lo que es lo mismo, qué es lo que confiere al primer constituyente competencia para crear derecho. La atribución de competencia es un fenómeno normativo complejo, que requiere, por una parte, la especificación de las condiciones que deben satisfacer ciertos actos para contar como una instancia válida de creación normativa (lo cual ha de ser establecido por ciertas reglas definitorias, determinativas o conceptuales) y, por otra parte, la determinación de las consecuencias normativas que se siguen de tales actos (lo cual requiere de normas de conducta, prescripciones). Si esto es correcto, para poder atribuir competencia para la creación de una norma de nivel 1 se necesita tener en un nivel 2:

- a) una (o más) reglas determinativas que establezcan las condiciones para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma válida de nivel 1, y
- b) una (o más) prescripciones que establezcan las consecuencias normativas que se derivan de la existencia de una norma válida de nivel 1.

Esto se reiterará tantas veces como estratos normativos existan, hasta un cierto nivel n , conformado por el conjunto de las normas originarias del sistema, esto es, la primera norma positiva. Llegados a este punto, si se pregunta por qué debe obedecerse esa primera norma positiva (la prescripción que justifica su validez como fuerza obligatoria), eso dependerá de una evaluación extrajurídica, para simplificar,

³⁸ Cfr. Alchourrón, Martino 1991.

de una evaluación moral. Pero si lo que se tiene en mira es la validez como pertenencia, de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita identificar a la primera norma positiva como parte del sistema. Esto parece darle parcialmente la razón a Kelsen, ya que se requeriría al menos de la presuposición de una regla conceptual semejante para poder interpretar como norma perteneciente al sistema a la primera norma positiva. Y esto también explicaría lo que significa decir que la primera constitución histórica pertenece al sistema “por definición”: se requeriría apelar a una regla determinativa o conceptual, que obviamente no ha sido dictada por nadie pero que debe asumirse a fin de identificar el primer eslabón de la cadena.

En lo que hace concretamente a la regla de reconocimiento, mi análisis en el libro siguió sintéticamente los siguientes pasos. Al hacerse cargo de las críticas a la concepción práctica de las reglas, Hart sostuvo, como se adelantó, que si bien su caracterización de las reglas sociales no valdría para cualquier tipo de reglas, sí se aplicaría a un tipo especial de ellas: las reglas convencionales y, más específicamente, que la regla de reconocimiento sería una regla convencional en ese sentido. Sin embargo, ha sido materia de controversia el verdadero alcance del compromiso de Hart con una interpretación convencionalista de la regla de reconocimiento: para la época en que Hart escribiera el *Postscript* ya se había publicado y devenido clásico el estudio de David Lewis sobre las convenciones, no obstante lo cual resulta difícil sostener que la regla de reconocimiento constituya una convención en el sentido de Lewis³⁹. De hecho, la regla de reconocimiento no parece satisfacer las condiciones de Lewis para calificarla como una convención. En primer lugar, no parece que tenga sentido pensar que la regla de reconocimiento tiene por fin solucionar un problema de coordinación, y ni siquiera es claro qué problema de coordinación podría plantearse con carácter previo a la existencia de la regla de reconocimiento de un cierto sistema jurídico. En segundo lugar, si se interpreta que la naturaleza de la regla de reconocimiento es prescriptiva puesto que impone sobre los jueces y demás funcionarios el deber de utilizar como fundamento de sus decisiones un cierto conjunto de normas que la propia regla de reconocimiento identifica, dicho rasgo no es fácil de conciliar con la noción de convención de Lewis, porque Lewis reconstruye esta noción en términos puramente descriptivos, de los que no es posible derivar sin premisas adicionales obligación alguna. Finalmente, un rasgo característico de las convenciones es su *arbitrariedad*, esto es, que frente a una práctica convencional ha de ser posible especificar una práctica alternativa a la vigente que, de haber sido seguida, habría sido preferida sobre ella. Esta idea de arbitrariedad no parece veri-

³⁹ Cfr. Lewis 1969. De acuerdo con su análisis, una convención sería centralmente una regularidad de conducta entre los miembros de una población en una situación recurrente tal que todos cumplen con ella, todos esperan que los demás cumplan con ella, todos tienen aproximadamente las mismas preferencias respecto de las posibilidades de acción, todos prefieren que los demás cumplan con ella si los demás la cumplen, y todos preferirían que los demás cumplan con una regularidad de conducta alternativa si los demás la cumplieran, siendo esta última incompatible con la primera.

ficarse respecto de la regla de reconocimiento, puesto que, si bien es posible pensar en criterios alternativos de identificación del derecho respecto de los efectivamente seguidos en cualquier comunidad, la selección de unos determinados no parece ser una cuestión arbitraria sino más bien dependiente de complejas y significativas consideraciones políticas e ideológicas.

Pese a estas dificultades, Marmor intentó ofrecer una reinterpretación de la regla de reconocimiento como una regla convencional en un sentido próximo al de Lewis, pero sosteniendo que se trataría de una *convención constitutiva*⁴⁰. Contra esto he dirigido en *TAD* algunas críticas por las que me parece que la propia idea de una convención constitutiva resulta problemática. Básicamente, porque una regla constitutiva no necesita ser practicada para ser una regla y porque una regla constitutiva no puede ser arbitraria en el sentido requerido para que se trate de una convención del tipo de Lewis. Figueroa en este punto coincide en que la regla de reconocimiento no sería una convención lewisiana y que entenderla en comparación con las reglas constitutivas de un juego también fallaría, de modo que no agregaré más sobre la cuestión.

Muchos autores coinciden en interpretar a la regla de reconocimiento como una regla de conducta que impone deberes, es decir, como una regla regulativa con un estatus normativo similar al de las reglas primarias. Como regla regulativa de conducta, ella prescribiría a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas identificadas a través de ella. Esta interpretación ha sido cuestionada entre otros por Eugenio Bulygin, quien ha señalado centralmente que:

a) la obligación de los jueces de aplicar las normas de un sistema jurídico no surgiría de la propia regla de reconocimiento sino de alguna regla del sistema identificada de acuerdo con ella, pues una norma que estableciera el deber de aplicar cada una de las normas del sistema sería redundante respecto de lo que establecen esas mismas normas.

b) interpretada como una prescripción, la regla de reconocimiento no podría ser una regla última, porque siempre se podría seguir preguntando por el fundamento del deber de obedecerla, y el deber moral de obedecer un sistema jurídico no podría establecerlo una regla como la regla de reconocimiento.

c) al igual que el análisis kelseniano de la validez, esta lectura confundiría una noción puramente descriptiva de validez como pertenencia a un sistema con una noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria.

d) para poder evaluar los deberes que establecen las normas jurídicas se debería contar primero con un criterio conceptual que permita identificarlas.

e) bajo esta interpretación no se podría sostener que la regla de reconocimiento sea una regla jurídica válida.

⁴⁰ Cfr. Marmor 2009.

f) se incurriría en circularidad, porque para identificar la regla de reconocimiento Hart considera que debe examinarse la práctica de los jueces, pero para poder identificar a los jueces es preciso acudir a las reglas de adjudicación válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento⁴¹.

Comentando estas ideas, Figueroa observa que el hecho de que, concebida como una prescripción la regla de reconocimiento no sería una norma válida, es algo reconocido por el propio Hart, y yo mismo he sostenido que si se toma en cuenta un sentido descriptivo de validez como fuerza obligatoria jurídica, la primera constitución histórica no sería válida ni inválida en este sentido. De modo que concuerdo aquí con Figueroa en que, si se la entiende como una regla última en el sentido de Hart, esto es, como una regla que proporciona criterios para establecer la validez de las demás reglas del sistema, pero que no está ella misma subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, esto no resultaría un problema en sí mismo. Ahora, esto tiene perfecto sentido si se interpreta que la regla de reconocimiento se limita a especificar los criterios de validez del sistema, no si se la entiende como una norma de conducta que establece deberes, porque en este último caso resultan válidas al menos dos de las restantes observaciones de Bulygin. En primer lugar, que uno podría seguir preguntándose por el fundamento del deber que ella impone, por lo que no podría ser una regla última. Figueroa observa al respecto que podría interpretarse que la regla de reconocimiento, como regla social, podría basarse en diversos fundamentos o ninguno en especial, y leerse como producto de una historia que la sustenta y refuerza, lo que entiendo que se orienta a sostener que no se requeriría de otra norma que imponga el deber de obedecerla, o que la respuesta a esta pregunta sería más compleja. De hecho, en un trabajo aun no publicado examinando las ideas de Bulygin sobre la regla de reconocimiento, Figueroa sostiene que si no se aceptara esta lectura prescriptiva de la regla de reconocimiento no tendríamos una explicación sobre el deber de los jueces de usar ciertos criterios de identificación del derecho⁴².

Yo creo, contrariamente, que existe una prioridad de los criterios de identificación de normas como paso conceptualmente previo a que tenga sentido preguntarse por los deberes que esas normas imponen, y que bajo la lectura prescriptiva se estaría identificando en una única regla dos funciones diferentes: conferir fuerza vinculante a ciertas normas y, además, identificar a las normas válidas, lo que supone confundir las nociones de validez como pertenencia y como fuerza obligatoria, que es el mismo problema que se observó respecto de la norma fundante. Esa es la razón fundamental que me inclinó a descartar la idea de concebir a la regla de reconocimiento como una norma de conducta y tratar de interpretarla más bien

⁴¹ Cfr. Bulygin 1991b.

⁴² Cfr. Figueroa 2022.

como una regla constitutiva, determinativa o conceptual que establece los criterios de identificación de las reglas de un sistema jurídico. Esta interpretación no es ajena a los dichos del propio Hart, y posee además la virtud de que permite distinguir con claridad una noción descriptiva y una noción prescriptiva de validez, pues interpretada de este modo se vincularía exclusivamente con la validez en el primer sentido, no en el segundo.

De todos modos, y ese ha sido el paso siguiente de mi análisis, existe una dificultad en esta reconstrucción. Hart parece aceptar, al igual que Kelsen, que los criterios de validez de todas las reglas de un sistema jurídico, con excepción de una, son suministrados por otras reglas positivas: aquellas que confieren la potestad para crearlas; en términos del propio Hart, las reglas de cambio. La única excepción se daría con una norma como “Aquello que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”, a cuyo respecto no tendría sentido, según Hart, predicar su validez o invalidez porque no existiría ninguna otra regla que suministre el criterio para evaluar su propia validez. Esa regla última equivaldría a la primera constitución histórica kelseniana. Ahora bien, Hart reconoce que existe una cierta superposición entre el contenido de la regla de reconocimiento y el de las reglas de cambio, porque donde existan reglas de cambio, la regla de reconocimiento debería incorporar una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas⁴³. Lo que he sostenido en *TAD* al respecto es que esa conexión es más estrecha de lo que parece reconocer Hart, porque donde haya reglas de cambio, la regla de reconocimiento debería incorporar una referencia a cualquier mecanismo que ellas prevean para modificar el derecho, los que no se circunscriben a la creación o derogación de normas en forma deliberada por un órgano determinado, esto es, la legislación, sino también procedimientos para modificar la constitución vigente, para introducir o eliminar nuevas normas mediante precedentes judiciales, o cualquier otro. En otras palabras, el contenido de la regla de reconocimiento quedaría absorbido por el de las reglas de cambio. Con relación a cualquier norma del sistema, salvo la última, las reglas de cambio resultarían suficientes para identificar su validez, en el sentido de pertenencia al sistema. Contra esto Figueroa observa que esa coincidencia de contenidos podría no darse porque la regla de reconocimiento podría incorporar criterios que no tengan que ver con la función de las reglas de cambio. A su juicio, las reglas de cambio no tendrían porqué determinar cómo se identifican todas las reglas del sistema: podría ocurrir que la regla de reconocimiento se refiera a normas que no se pueden introducir o eliminar (las reglas escritas en el Código de Hammurabi) o reglas que no se definen por poder serlo (como los principios y las costumbres).

Estas consideraciones no me parecen concluyentes. Yo diría que las reglas del Código de Hammurabi, los principios o las costumbres, o bien constituyen normas originarias de un sistema jurídico, o bien su introducción debe estar habilitada por

⁴³ Cfr. Hart 1961: 119.

alguna norma del sistema, a la que yo denominaría regla de cambio. Parecería que en este punto nuestra discrepancia deriva de que tenemos visiones diferentes de las reglas de cambio. Mi concepción de ellas es amplia, pues comprendería la habilitación para cualquier modificación del derecho más allá de lo que dispongan ciertas normas originarias. Para decirlo brevemente, una regla del tipo “Todo lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”, que sería para Hart una regla última (u originaria, depende de cómo se lo vea), permite identificar ciertas normas como parte del derecho. Cualquier modificación debería estar habilitada por alguna regla de cambio. Figueroa parece considerar, al igual que Hart, que las reglas de cambio se limitarían a habilitar la creación o derogación de normas en forma deliberada por un órgano determinado. Desde luego, desde esa visión más restringida quedaría un margen de autonomía para la regla de reconocimiento, pero eso no obsta a que cualquier procedimiento de creación de derecho debe estar habilitado por alguna norma, más allá de que luego a partir de tales normas podamos abstraer los criterios de identificación del sistema.

Frente al problema señalado indiqué en *TAD* que a mi juicio solo existirían tres salidas. La primera consistiría en aceptar en todos sus términos esta objeción y, no obstante, conservar la terminología de “regla de reconocimiento” para aludir simplemente a la regla de cambio última. Bajo esta intelección la regla de reconocimiento sería una regla conceptual o constitutiva, pero no especificaría *todos* los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico. La segunda sería reunir en un conjunto a la totalidad de los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico, y denominar ahora “regla de reconocimiento” a ese conjunto. La tercera consistiría en denominar “regla de reconocimiento” a aquella regla conceptual que identifica como perteneciente al sistema a la regla de cambio última (o la primera norma positiva). Esto justificaría considerar que, además de las reglas de cambio, que atribuyen potestades para crear ciertas normas, todo sistema jurídico debe poseer una regla adicional de reconocimiento que permita identificar a la primera norma positiva como regla del sistema⁴⁴.

Aquí, en discusión con Marmor, he cuestionado que, bajo cualquiera de estas tres alternativas, se pueda sostener en sentido estricto que la regla de reconocimiento sea una regla efectivamente seguida en cierta comunidad. En el primer caso, porque si la regla de reconocimiento es la regla de cambio última, no tendría por qué coincidir con la norma suprema, como la constitución vigente en cierto ordenamiento jurídico: esta última podría derivar su validez de una constitución anterior ya no vigente, esto es, no ser hoy seguida por nadie. En el segundo caso, porque si la regla de reconocimiento es el conjunto de los criterios de identificación de todas

⁴⁴ Esa regla se identificaría con la regla 1 del esquema definicional de un orden jurídico que se propone en Bulygin 1991a, que identifica por enumeración las normas que conforman la primera constitución histórica como parte del sistema.

las normas válidas, lo que los jueces y demás funcionarios utilizan para identificar las reglas válidas son las reglas de cambio, no ese complejo conjunto de criterios de identificación que es posible abstraer a partir de las reglas de cambio. En el tercer caso, si la regla de reconocimiento es el criterio conceptual que permite identificar a la primera regla de cambio, al igual que la norma básica kelseniana, no sería una norma efectivamente seguida o practicada sino más bien una norma presupuesta.

Figueroa desconfía de la idea de que en ninguno de estos tres sentidos la regla de reconocimiento sería efectivamente seguida en una comunidad, señalando que, al menos bajo la segunda alternativa, el propio Bulygin al leer la regla de reconocimiento como el conjunto de los criterios de identificación, aclara que no obstante tratarse en este sentido de una regla de tipo conceptual, ella sería el esquema definicional en uso en una cierta comunidad jurídica. Algo parecido parece considerar Scavuzzo al sostener que la identificación de las normas de un sistema jurídico requiere el previo reconocimiento de los criterios dados por ciertas reglas conceptuales que deben ser reconocidas por quien quiera realizar la identificación, y esa función la cumpliría la regla social de reconocimiento. Adicionalmente, Figueroa resalta que Bulygin incluso reconoce que, no obstante su carácter de regla conceptual, existirían reacciones críticas características frente a quienes no utilizan los criterios que ella especifica, lo cual aproximaría esta noción a la idea de Hart de entender a la regla de reconocimiento como una regla social.

Al respecto diría lo siguiente. En primer lugar, Caracciolo, al terciar en la discusión entre Bulygin y Ruiz Manero sobre el carácter de la regla de reconocimiento, sostenía que deberían distinguirse criterios externos e internos de identificación, que podrían ser idénticos pero también podrían no coincidir plenamente, y que los segundos tendrían para los aceptantes un carácter vinculante no limitado a su función estricta de identificación de normas⁴⁵. No tengo problema en aceptar esto, pero debería advertirse que, aunque se expresen reacciones críticas frente a quienes no siguen los criterios de identificación del derecho aceptados en cierta comunidad, esto no justifica concluir que tales criterios posean, por decirlo de algún modo, un carácter prescriptivo, dado que también la falta de seguimiento de reglas constitutivas o conceptuales puede dar lugar a reacciones críticas. En esto creo que concordaríamos con Figueroa.

En segundo lugar, nada en mi análisis implica negar que existan en todo sistema jurídico ciertos criterios compartidos de identificación de sus normas efectivamente seguidos, así como reacciones críticas frente a quienes se apartan de ellos. Mi punto es simplemente que, si se interpreta a la regla de reconocimiento como una regla constitutiva o conceptual, su función en la identificación de las restantes reglas del sistema se superpone con el rol que Hart asigna a las reglas de cambio, de un modo que parece duplicar innecesariamente las entidades existentes. Y, por otra parte,

⁴⁵ Cfr. Caracciolo 1991.

que bajo las tres reconstrucciones que he intentado explorar para rescatar la autonomía de la regla de reconocimiento respecto de las de cambio deviene cuanto menos discutible que la regla de reconocimiento sea una regla efectivamente seguida.

5. Los grados de la indeterminación del derecho. Respuesta a Paolo Comanducci

En el capítulo VI de *TAD* he examinado las diferentes concepciones de la interpretación clasificándolas en tres grandes grupos: los *cognoscitivistas fuertes*, partidarios de la tesis de la única respuesta correcta o de lo que Hart llamaba *el noble sueño*⁴⁶, para quienes la interpretación es siempre una cuestión de conocimiento objetivo: interpretar equivaldría a captar el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos particulares; los *no cognoscitivistas*, escépticos o realistas, partidarios de lo que Hart llamaba *la pesadilla*, para quienes la interpretación no sería nunca una cuestión de puro conocimiento objetivo dado que involucraría siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión, y los *cognoscitivistas moderados*, indeterministas parciales o partidarios de lo que Moreso calificara como *la vigilia*⁴⁷, para quienes existirían casos fáciles en los que la interpretación es una cuestión de conocimiento objetivo, pero también casos difíciles en los cuales la interpretación sería una cuestión de decisión y evaluación. En el libro he intentado ofrecer argumentos contra las dos primeras posturas y para justificar mi opción por la tercera.

En su comentario, Paolo Comanducci dirige un conjunto de críticas contra mi posición, centrando la atención en las fuentes de indeterminación del derecho, la noción de corrección en la interpretación, la relevancia del contexto en la interpretación jurídica, y la poca utilidad de las clasificaciones de las teorías de la interpretación.

A fin de ofrecer algunas respuestas a sus observaciones me parece importante puntualizar mis coincidencias y también mis discrepancias – que no son tantas ni tan profundas – con la concepción escéptica que Comanducci defiende. Pero como paso previo creo importante formular una aclaración respecto del modo en el que he presentado la discusión entre estas diferentes concepciones de la interpretación. Comanducci observa que la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones no se vincula con la disyuntiva entre casos fáciles y difíciles. Citando a Tarello⁴⁸, resalta que la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones radica en dos diversas actitudes y dos diversos actos lingüísticos, que pueden darse tanto frente a casos fáciles o difíciles: la actitud de describir usos lingüísticos y la actitud de adoptar, proponer, o bien prescribir esos usos.

⁴⁶ Cfr. Hart 1977.

⁴⁷ Cfr. Moreso 1997: 218 ss.

⁴⁸ Cfr. Tarello 1980: 61 ss.

Si bien esta observación es correcta, ella no obsta al modo en que he presentado las cosas. El punto central que provoca diferencias entre las tres posturas esquematizadas se vincula con la determinación o indeterminación del derecho: para la tesis de la única respuesta correcta el derecho siempre tiene un contenido determinado; para la tesis de la indeterminación radical el derecho nunca posee un contenido determinado, y para la tesis de la indeterminación parcial el derecho a veces posee un contenido determinado y a veces no. Pero ello provoca una diferencia significativa en el modo de concebir a la interpretación jurídica. Para la tesis de la única respuesta correcta la interpretación es fundamentalmente una actividad cognoscitiva: como siempre existe una respuesta jurídicamente correcta para cualquier caso, la actividad del intérprete consistirá centralmente en descubrirla. Desde luego, incluso asumiendo este punto de vista alguien podría proponer (prescribir) una interpretación diferente para un caso respecto de aquella que resulta jurídicamente correcta, es decir, podría llevar a cabo una actividad prescriptiva bajo la calificación de “interpretación”. Pero como desde este punto de vista el derecho resultaría siempre determinado, su contenido podría ser siempre conocido y, por ello, es para esa actividad para la que esta postura reservaría el sentido central de la expresión “interpretación”. Para la tesis de la indeterminación radical, en cambio, la interpretación es fundamentalmente una actividad no cognoscitiva, decisoria y discrecional: como nunca existe una respuesta jurídicamente correcta para ningún caso, la actividad del intérprete consistirá centralmente en adscribir un significado previamente indeterminado a las disposiciones jurídicas. Desde luego, incluso asumiendo este punto de vista alguien podría limitarse a describir las interpretaciones existentes asignadas a ciertas disposiciones, es decir, podría llevar a cabo una actividad descriptiva bajo la calificación de “interpretación”. Pero como desde este punto de vista el derecho resultaría siempre indeterminado, su contenido nunca podría ser conocido sino que debería ser decidido y, por ello, es para esa actividad para la cual esta postura reservaría el sentido central de la expresión “interpretación”. La tesis de la indeterminación parcial resalta que esta aparente dicotomía entre dos visiones tan opuestas de lo que ha de entenderse por “interpretación” constituiría una falsa opción, porque como el derecho tendría casos claros y casos problemáticos de aplicación, frente a los primeros tendría sentido pensar en que es posible conocer el contenido del derecho, de modo que la interpretación podría asumir un carácter puramente cognoscitivo de ese contenido determinado, mientras que frente a los segundos esto no tendría sentido y la interpretación sería centralmente una actividad adscriptiva y discrecional. Me parece que, sin perjuicio de la observación de Comanducci, este es un modo bastante claro y fidedigno de presentar las diferencias entre las tres posiciones.

De un modo algo más refinado que el que presenté en *TAD*, podría decirse que el escepticismo defiende las siguientes tesis:

(1) Se debe distinguir entre *disposiciones* o formulaciones normativas (textos) y *normas* (sus significados), que serían el resultado de la interpretación.

(2) No existe correspondencia biunívoca entre formulaciones normativas y normas, puesto que todas las disposiciones o formulaciones normativas admiten más de una interpretación.

(3) Los legisladores y demás órganos *prima facie* competentes para “dictar normas generales” no producen en realidad normas sino únicamente disposiciones. Esto no significa decir que las disposiciones carecen de todo significado antes de la intervención de los intérpretes, ni tampoco que cualquier disposición admite cualquier interpretación, pero sí que, como se sigue de (2), toda disposición es ambigua y solo podría a lo sumo ser correlacionada con un conjunto de significados alternativos jurídicamente admisibles.

(4) Pueden existir enunciados interpretativos puramente cognoscitivos, que intenten identificar cuál es el conjunto de las interpretaciones admisibles de cierta disposición de conformidad con los usos lingüísticos, los métodos de interpretación y las teorías dogmáticas vigentes en cierta comunidad jurídica.

(5) No obstante, los enunciados interpretativos en función práctica, es decir, los que formulan jueces o juristas con el objeto de solucionar problemas prácticos, cuya estructura típica sería “La disposición D significa N”, son adscriptivos y, por ello, similares a definiciones estipulativas. No existen pautas objetivas para evaluar su corrección o incorrección.

Si la anterior no es una reconstrucción demasiado distorsionada, anticipo que personalmente solo tengo discrepancias parciales con (2), (3) y (5), de modo que mi visión de la interpretación no se halla muy alejada del realismo o escepticismo que defiende Comanducci, máxime cuando además compartimos el rechazo de cualquier forma de cognoscitividad u objetivismo en cuestiones metaéticas. De todos modos, quisiera formular algunos comentarios aclaratorios respecto de cada una de las tesis indicadas.

La primera cuestión concierne a la tesis (1), esto es, la distinción entre disposiciones y normas. Distinguir entre las normas y sus formulaciones en el lenguaje resulta de la mayor importancia. No obstante, el punto que deseo resaltar es que parece difícil armonizar conjuntamente la distinción tajante entre disposiciones y normas, la idea de que las normas son el resultado de la interpretación y la idea de que el resultado de la actividad interpretativa se pone de manifiesto en enunciados que tendrían básicamente la forma “La disposición D significa N”.

De acuerdo con lo primero, al menos a primera vista parecería que las disposiciones o formulaciones normativas son concebidas como entidades puramente sintácticas (textos no interpretados), en tanto que las normas serían o bien entidades puramente semánticas (significados), o bien textos con una interpretación (entidades sintáctico-semánticas). Pero paralelamente se sostiene que las normas se obtienen a través de la interpretación y que la interpretación produce enunciados

del tipo “La disposición D significa N”⁴⁹, en los que “N” no puede sino ser otra expresión en el lenguaje, más allá de que, a diferencia de “D”, que sería la expresión *mencionada* en el enunciado interpretativo, “N” estaría siendo *usada*. Por ello, los enunciados interpretativos equivaldrían a la traducción de una expresión lingüística en otra expresión lingüística que, aunque se considere más comprensible que la primera, *al igual que ella requeriría de interpretación*. Siendo ello así, o bien se acepta que la interpretación, si bien *puede* ponerse de manifiesto a través de enunciados interpretativos, no lo requiere, esto es, se admite que interpretar es una operación mental que no necesita expresarse en el lenguaje pues al menos en ciertos casos se podría simplemente *captar* o *comprender* el significado, o bien nunca sería posible obtener normas por medio de los enunciados interpretativos.

Con respecto a la tesis (2), es correcto a mi juicio que no hay correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas. Primero porque hay normas que son el resultado de la interpretación de más de una formulación normativa o disposición, y segundo porque una misma disposición resulta ordinariamente ambigua. Mi problema es la extensión de la afirmación según la cual *toda* disposición es susceptible de una pluralidad de significados alternativos. Chiassoni ha llamado a esto *la tesis de la ambigüedad metodológica universal*, que sostendría que, desde el punto de vista de las reglas de interpretación, todas las disposiciones serían ambiguas puesto que cada una sería susceptible de ser traducida en normas explícitas diferentes y alternativas⁵⁰.

La tesis de la ambigüedad como propiedad universal de las disposiciones jurídicas es muy fuerte, puesto que significa que, respecto de todo sistema jurídico pasado, todo sistema jurídico presente, y todo sistema jurídico futuro, cada una de sus disposiciones admite más de un significado. No sé cómo podría probarse esto en toda su extensión, ni tampoco si se asume que su verdad es empírica o analítica. En *TAD*, sostuve que esta tesis sería el resultado de una falacia de generalización inadecuada: en muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no necesariamente vale en forma irrestricta para cualquier formulación normativa. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no parece que pueda existir ningún argumento conceptual que permita excluir la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos puedan confluír en una sola. Respecto de algunas formulaciones normativas la comunidad jurídica no solo converge en admitir un conjunto de métodos interpretativos utilizables sino también en el uso de un método concreto y en la identificación de un significado

⁴⁹ Guastini afirma que la interpretación como actividad es un proceso mental, pero como resultado de tal proceso es un discurso (cfr. Guastini 2014: 327).

⁵⁰ Cfr. Chiassoni 2019: 172.

específico. Por supuesto, esa convergencia puede ser desafiada e incluso puede ocurrir que el desafío tenga éxito y se logre cambiar la interpretación. Pero que una convención pueda cambiar no autoriza a negar la existencia de convenciones.

Comanducci concede que puede ser correcto que no exista ningún argumento conceptual que permita justificar la tesis de que *todas* las formulaciones normativas admiten *siempre* una pluralidad de interpretaciones alternativas, pero resalta que habría argumentos empíricos que lo apoyarían. Yo no tengo problema alguno en admitir que hay argumentos empíricos (agregaría fuertes argumentos empíricos) que pueden mostrar que muchas formulaciones normativas admiten más de una interpretación. También concuerdo con Comanducci en que no existen meta-criterios que permitan justificar una ordenación unívoca de los criterios de interpretación. De hecho, en mi libro he criticado a quienes han tratado de “diseñar” meta-criterios semejantes. Pero ni los argumentos empíricos a los que alude Comanducci ni tampoco la inexistencia de meta-criterios de ordenación de los argumentos interpretativos son suficientes para justificar la tesis fortísima de que todas las formulaciones normativas de todos los sistemas jurídicos de ayer, de hoy y de mañana admiten una pluralidad de interpretaciones.

Por otra parte, el hecho de que diferentes métodos de interpretación produzcan resultados distintos tampoco implica que no pueda haber casos que reciban exactamente la misma solución en todas las interpretaciones admisibles. Nada impide llamar *casos claros* o fáciles a estos casos uniformemente resueltos por todas esas interpretaciones. En este punto, Comanducci me atribuye la tesis de que la fuente primordial de la indeterminación en el derecho sería la vaguedad o textura abierta y objeta un argumento, dirigido en *TAD* contra Brian Leiter, según el cual la existencia de diferentes argumentos interpretativos en el derecho no necesariamente potenciaría la indeterminación del derecho derivada de la vaguedad. La objeción de Comanducci se centra en que los métodos de interpretación jurídica operan en el paso de los textos a la identificación de normas, en tanto que la vaguedad o textura abierta opera en la determinación de qué casos quedan comprendidos en el alcance de una norma, no de un texto, de modo que se trataría de dos cuestiones conceptualmente distinguibles. Esto es correcto, pero el hecho de que sean conceptualmente distinguibles no significa que un problema potencie al otro porque el proceso de interpretación y aplicación de normas es abierto y fluido, de modo tal que puede y suele ocurrir que el intérprete, luego de escoger un cierto significado para una disposición, se enfrente a un caso problemático de aplicación, o bien advierta que para un cierto caso se seguiría una consecuencia que no está dispuesto a respaldar y, debido a ello, vuelva atrás y revise el alcance que asignó originariamente a la disposición en juego utilizando un argumento interpretativo diferente, de modo de obtener una norma que resuelva el caso o lo haga de un modo que le resulte más satisfactorio.

En un ejemplo, el artículo 163 inciso 6 del Código Penal argentino agrava el delito de hurto cuando «[...] fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares

de acceso público». Dicho artículo ha motivado diferentes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de si debe considerarse hurto agravado el hurto de una bicicleta. Preguntarse si frente un caso particular en que alguien ha sustraído una bicicleta queda o no comprendido dentro de la figura agravada sería un supuesto de subsunción individual, y si existen dudas al respecto se trataría de un problema de vaguedad o textura abierta relativo al alcance de una norma, esto es, de un texto interpretado. Pero para resolver ese caso particular es preciso asignarle cierto alcance al texto del artículo y, de ese modo, resolver el problema de subsunción genérica de si las bicicletas deben interpretarse como vehículos de acuerdo con lo que expresa el artículo. A través de un argumento de interpretación literal podría sostenerse que las bicicletas son claramente supuestos de vehículos y, en consecuencia, justificarse la aplicación de la agravante en el caso; optar por una interpretación teleológica podría dar lugar a sostener que el fin perseguido por la agravante es tutelar vehículos de alta significación económica, como los automóviles, lo que dejaría fuera de su alcance las bicicletas, de modo que las diferentes alternativas de métodos de interpretación constituirían en el caso diferentes delimitaciones de los casos comprendidos en la agravante. Por consiguiente, el hecho de que conceptualmente la existencia de distintos métodos de interpretación y de casos de textura abierta o vaguedad operen en niveles distintos no significa necesariamente que importen dos fuentes diversas que multipliquen la indeterminación en el derecho. Al menos no siempre, que es lo único que he intentado sostener.

Una consecuencia que parece seguirse de la distinción tajante entre disposiciones y normas tal como la presenta el escepticismo es que los legisladores no producen normas jurídicas sino disposiciones, esto es, textos, tal como lo enuncia la tesis (3). Mi discrepancia aquí no se centra en esta idea sino, en todo caso, en pensar, como a veces se ha sostenido, que esto implica que esas disposiciones carecen de significado antes de la intervención de los intérpretes. Como es conocido, Guastini ha distinguido entre un *escepticismo interpretativo radical*, que sostendría que no existe ningún significado antes de la interpretación, y que llevaría a su juicio a una serie de consecuencias inaceptables, entre ellas la inexistencia de reglas o convenciones lingüísticas, y otro *moderado*, que si bien se comprometería con la idea de que siempre es posible interpretar un texto de múltiples formas distintas y que, por ello, no existirían criterios de verdad para los enunciados interpretativos formulados en función práctica, consideraría que interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*, admisibilidad que estaría determinada por el uso común, los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas⁵¹.

⁵¹ Cfr. Guastini 2012; Guastini 2017: 33 ss. También Chiassoni distingue dos formas de no cognoscitivism, uno radical y uno racional, que aunque tiene ciertos puntos de contacto con la distinción de Guastini, no parece enteramente coincidente con ella (véase Chiassoni 2019: 13-15).

Chiassoni ha sostenido que no es algo accidental que las disposiciones jurídicas sean oraciones que los legisladores formulan utilizando las palabras y las reglas gramaticales y sintácticas de un cierto lenguaje natural, y que por ello podría sostenerse que el significado jurídico correcto de las disposiciones coincide, al menos presuntivamente, con el significado que depende de las convenciones lingüísticas. Pero aclara que del hecho de que esto *pueda ser* así no se sigue que lo *sea*, o que deba necesariamente ser así, señalando que el paso de la afirmación de que las disposiciones son parasitarias de un cualquier lenguaje natural a la conclusión de que su significado jurídico coincide, al menos presuntivamente, con su significado convencional lingüístico requeriría de premisas adicionales de carácter ético-normativo⁵². Esto es a mi juicio correcto. Resulta sensato pensar que si un legislador formula disposiciones en un cierto lenguaje, pretende que ellas sean en principio interpretadas de acuerdo con la gramática y léxico de ese lenguaje natural. Pero esto registra un sinnúmero de excepciones, pues muchos vocablos que poseen en el lenguaje ordinario un cierto sentido tienen en el derecho un sentido bien diferente. De todos modos, si se toma en consideración, no ya las convenciones lingüísticas del lenguaje natural en el que han sido formuladas las disposiciones jurídicas, sino el conjunto más específico de las convenciones interpretativas vigentes dentro de la comunidad jurídica de que se trate, no se advierte por qué habría que rechazar la idea de que los legisladores producen textos que cuentan ya con un cierto significado antes de la intervención de los intérpretes.

Comanducci afirma en su comentario que podría coincidir conmigo en que existe un significado anterior a la interpretación, pero ese significado preexistente sería el atribuido a las disposiciones por sus productores, aun si no siempre es posible determinarlo, pues en cualquier situación comunicativa necesariamente quien produce un mensaje le atribuye un significado. Pero aclara que esa atribución de significado no sería una actividad cualitativamente distinta de la interpretación llevada a cabo por los destinatarios de la comunicación. Por otra parte, resalta que el lenguaje del derecho presenta particularidades que lo diferencian del lenguaje ordinario y conspiran contra la cooperación comunicativa, debido a la existencia de asimetría en las posiciones de los sujetos, intereses contrapuestos, etc.

No tengo objeciones contra esto, pero si la discusión entre las concepciones realista o escéptica y la de quienes defendemos la tesis de la indeterminación parcial, como sostiene Comanducci, es si la indeterminación ocupa un lugar central o periférico en el derecho, creo que sería importante advertir una cosa. Las diferencias entre el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico se potencian frente a los casos problemáticos que llegan a los tribunales. Es allí donde cobran particular relevancia los intereses contrapuestos y la asimetría de las posiciones de las partes. No obstante, en un gran número de casos que son los que no llegan a los tribunales, las normas jurídicas

⁵² Cfr. Chiassoni 2019: 180-181.

se cumplen y aplican sin dificultades interpretativas, porque comprendemos lo que exigen. La vida del derecho es más amplia que los casos que llegan a los tribunales, e incluso en aquellos que generan disputas que se ventilan en los tribunales, en una gran proporción de casos la discusión versa exclusivamente sobre los hechos, no sobre el alcance de las normas.

En síntesis, si las disposiciones son enunciados expresados por las autoridades, o bien no tienen ningún significado antes de la intervención de los intérpretes pues se las concibe como entidades puramente sintácticas, o bien tienen ya algún significado, más allá de que el intérprete pueda precisarlo, ampliarlo o restringirlo por vía de interpretación. En el primer caso, ello implicaría abandonar el escepticismo moderado para abrazar el radical. En el segundo caso, si es que las disposiciones poseen ya algún significado antes de la actividad interpretativa, este sería susceptible de ser conocido. Pero de ser esto así, no se advierte cómo se distinguiría en este punto la postura del escepticismo moderado respecto de una forma al menos moderada de cognoscitivismo.

La tesis (4) sostiene que pueden existir enunciados interpretativos puramente cognoscitivos, que intenten identificar cuál es el conjunto de las interpretaciones admisibles de cierta disposición. Comparto esta idea y ese acuerdo es lo que me hace dudar respecto de la existencia de una controversia genuina entre escepticismo moderado y cognoscitivismo moderado. Si desde el escepticismo se acepta que no todo enunciado interpretativo es adscriptivo sino que pueden existir enunciados interpretativos puramente cognoscitivos, y si además de acuerdo con (3) se aclara que no es correcto sostener que las disposiciones carecen de todo significado antes de la intervención de los intérpretes, ni que cualquier disposición admita cualquier interpretación, me parece que las diferencias se limitan, a lo sumo y como lo señala Comanducci, al grado de indeterminación del derecho.

La tesis (5) sostiene que los enunciados interpretativos en función práctica, es decir, los que formulan jueces o juristas con el objeto de solucionar problemas prácticos, serían adscriptivos y, por ello, similares a definiciones estipulativas, por lo que no existiría objetividad a su respecto. También estoy de acuerdo con gran parte de esto. Los jueces (y a veces también los juristas) toman decisiones interpretativas que, en tanto tales, son adscriptivas, no descriptivas. La única cuestión en la que creo que subsiste un desacuerdo es en lo que concierne a la posibilidad de hablar de pautas de corrección respecto de tales decisiones interpretativas. A mi juicio, si alguien sostuviera que el artículo 79 del código penal argentino, que reza “Al que matare a otro le corresponderá una pena de entre ocho y veinticinco años de prisión”, expresa la norma de que los contratos de alquiler de inmuebles destinados a vivienda deben tener una duración mínima de dos años, decididamente estaría formulando un enunciado interpretativo incorrecto. Lo que a mi criterio permitiría hablar de corrección o incorrección de al menos algunos enunciados interpretativos son simplemente las convenciones o prácticas interpretativas vigentes en cierta co-

munidad jurídica, esto es, exactamente lo mismo que permite a los realistas hablar de un marco de significados jurídicamente admisibles.

Comanducci observa aquí que si alguien tiene una pretensión de corrección cuando presenta una interpretación estaría usando una estrategia retórica, es decir con finalidades persuasivas, pues “correcto”, cuando se usa dicha expresión presentando una interpretación, implicaría una valoración positiva, no neutral. No obstante, Comanducci reconoce que, tal como he sostenido, habría usos neutrales de “corrección”, por ejemplo, cuando se juzga de forma no comprometida si una interpretación es o no correcta. Pero considera que para ello se requeriría de la existencia de criterios precisos y aceptados, lo cual no parece verificarse: lo único de lo que dispondríamos es del consenso, en un momento y una situación determinados, de la comunidad jurídica acerca de una específica interpretación de una disposición particular. A ello agrega que la idea de consenso en el marco jurídico resultaría problemática pues no todas las opiniones están en el mismo nivel, habría algunas más influyentes que otras. El consenso no sería solo un fenómeno agregativo de opiniones, sino a veces una cuestión cualitativa de quiénes son los que están de acuerdo, y esos consensos serían contextuales, relativos a un tiempo, un lugar, una rama del derecho, etc.

Coincido en gran medida con estas apreciaciones. Pero como dije, aunque desde el realismo se rechaza hablar de “corrección” cuando se discute sobre interpretación jurídica, no se tiene reparos en hablar de significados jurídicamente “admisibles”, y yo sinceramente no advierto diferencia relevante entre estas dos formas de expresarse. Existen en el derecho interpretaciones admisibles y otras inadmisibles de las disposiciones o formulaciones normativas. Esa admisibilidad es contextual y depende del consenso en la comunidad jurídica de que se trate. Ahora bien, el único punto que quisiera resaltar aquí es que el consenso, el mero acuerdo, como lo sostuvo en mis respuestas a Scavuzzo y Figueroa, no constituye la pauta de corrección: el consenso relevante es el que versa sobre la aceptación compartida de pautas o criterios que son los que determinan la admisibilidad o corrección. Esas pautas pueden en ciertos casos ser explícitas, pero también pueden encontrarse implícitas en nuestras prácticas interpretativas, y una tarea relevante del teórico sería en este punto elaborar una gramática que reconstruya esos criterios de corrección implícitos. Por eso, discrepo aquí con Comanducci cuando sostiene que, en última instancia, lo determinante de la corrección son los usos efectivos, y en el lenguaje jurídico además esa corrección podría ser “constituida” por los órganos autoritativos apoyándose en la amenaza de la fuerza. Lo determinante a mi juicio son las reglas que se encuentran implícitas en nuestros usos consensuados o en esas prácticas autoritativas.

De lo expuesto hasta aquí se sigue, y creo que en esto estamos de acuerdo con Comanducci, que la distancia entre el escepticismo moderado y la tesis de la indeterminación parcial es muy escasa y que el punto dirimente es cómo contestar a la pregunta sobre las pautas de corrección de la interpretación. Como teórico y como juez soy consciente de que en muchísimos casos la actividad interpretativa constitu-

ye un ejercicio discrecional de poder normativo, pero eso no quita que también en muchísimos casos sepamos perfectamente cómo comportarnos y cómo aplicar un conjunto de normas, lo que deja lugar para hablar de objetividad y corrección en la interpretación jurídica no simplemente como un juego retórico.

6. Positivism, jerarquías normativas y realismo. Respuesta a Riccardo Guastini

En su comentario crítico Riccardo Guastini ha centrado la atención en cinco puntos diferentes: la caracterización del positivismo jurídico, las jerarquías normativas, la cláusula alternativa tácita kelseniana, las normas de competencia y la interpretación en el derecho. Sin pretensión de hacer justicia a la totalidad de sus argumentos, trataré brevemente de responder a algunos de sus principales cuestionamientos a la posición que asumí en *TAD* sobre cada uno de estos temas.

Con respecto a la caracterización que ofrezco en el libro del positivismo jurídico Guastini remarca ciertas discrepancias, tres de las cuales son más bien verbales pero una cuarta me parece más de fondo o sustantiva. En primer lugar, Guastini sostiene que hablar de la “separación entre derecho y la moral”, como una tesis central del positivismo metodológico, no le parece una expresión feliz por dos razones: porque ella resultaría más adecuada para caracterizar la doctrina normativa liberal según la cual los legisladores no deberían sancionar legalmente una cierta moral, y porque soslayaría que el positivismo descartaría igualmente cualquier vínculo conceptual entre derecho y política, siendo preferible hablar de *distinción* (no separación) entre derecho y *justicia*. En segundo lugar, tampoco le parece satisfactorio hablar de la tesis de las “fuentes sociales del derecho”, porque ello parecería aludir, no a las fuentes en sentido técnico como cierta clase de hechos productores de normas, sino a las denominadas “fuentes materiales” del contenido de las leyes, y porque sugeriría que todas las normas jurídicas resultarían reglas sociales, esto es, consuetudinarias. En tercer lugar, le parece inadecuada la inclusión entre los elementos definitorios del positivismo de la tesis de la discrecionalidad, dado que ella sería exclusiva de la concepción del derecho de Hart y no del positivismo en general. Finalmente, para Guastini el rechazo del cognoscitivism en metaética resultaría no solo un presupuesto, sino que se identificaría con el positivismo, al menos del positivismo teórico, dado que este se comprometería con la idea de que las normas no son ni verdaderas ni falsas y, consiguientemente, con que no existe algo así como un “derecho natural”. Si contra esto se sostuviera que autores como Bentham y Austin asumieron una concepción metaética objetivista, la respuesta de Guastini es que ello solo significaría que tales autores no eran positivistas en sentido ontológico o, simplemente, que no tenían ideas coherentes.

No tengo mucho para decir respecto de las primeras dos opciones terminológicas de Guastini, que me parecen sensatas, sobre todo la idea de que hablar de la tesis

de la separación/distinción entre derecho y moral no deja del todo claro que para el positivismo es posible identificar el derecho sin efectuar una evaluación de su contenido, sea moral, ideológica o política. De todos modos, creo que he tratado de dejar en claro esto al caracterizar esta tesis, y si he utilizado las expresiones “tesis de la separación entre el derecho y la moral” y “tesis de las fuentes sociales” es porque he seguido a Hart, cuya contribución en este punto, más allá de ciertas necesarias precisiones, me parece muy esclarecedora. En cuanto a la tesis de la discrecionalidad frente a los casos difíciles, me he preocupado en aclarar en el libro que podría controvertirse la inclusión de esta tesis entre las características definitorias del positivismo jurídico. Pero si decidí incluirla fue porque creo que puede sostenerse la existencia de una conexión entre ella y las restantes tesis: si para el positivismo el derecho es un fenómeno social, en el doble sentido de que no solo debe su existencia exclusivamente a ciertas acciones humanas sino además porque a través de sus normas se trata de influir sobre la conducta de un grupo social, ello tiene como consecuencia que para el positivismo existe un fuerte vínculo entre la existencia de una norma jurídica y su formulación en el lenguaje, lo que a su vez determina que el derecho quede sujeto a los límites del lenguaje en el que se lo formula. Así, creo se justifica que, aceptar la tesis de la separación y la tesis de las fuentes del derecho, obliga a aceptar que el derecho no puede regular unívocamente toda posible conducta, esto es, que el derecho es al menos parcialmente indeterminado, y frente a los casos de indeterminación los jueces poseen discrecionalidad.

Finalmente, como se dijo, Guastini sostiene que el positivismo jurídico – al menos el positivismo jurídico teórico, no el metodológico – no solo presupone sino que se identifica con el no cognoscitivismo ético, por lo que objeta que no haya tomado al escepticismo en metaética como un rasgo definitorio del positivismo. Aquí concuerdo con Ricardo Caracciolo cuando sostenía que:

Obviamente [...] es posible sostener que el escepticismo moral es un ingrediente conceptual del “genuino” positivismo jurídico. Entonces, por definición, ambas concepciones [NdA: Caracciolo se refiere al realismo moral y al positivismo jurídico] serían incompatibles [...] Sin embargo, la cuestión interesante consiste en mostrar que esta condición es lógicamente independiente de las otras dos: los argumentos a examinar aquí se dirigen a cuestionar esa independencia. De esta manera, no se trata de una trivial cuestión verbal⁵³.

En otras palabras, no hay nada objetable en adoptar una caracterización del positivismo jurídico, al menos del positivismo teórico, según la cual ella presupone el rechazo del objetivismo moral y que, en todo caso, aquellos pensadores que, como Bentham y Austin, no eran escépticos en metaética, no eran positivistas en ese senti-

⁵³ Caracciolo 2000.

do. Eso es precisamente lo que he tratado de resaltar al sostener que hay diferentes estrategias para defender la tesis de la separación: desde el escepticismo ético y desde lo que se ha calificado como positivismo metodológico o conceptual. Pero el punto interesante es si la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral (o de la distinción entre derecho y justicia, como preferiría Guastini) implica el no cognoscitivismo en metaética. Y al respecto mi parecer es que, tal como lo sostuvo Caracciolo en el artículo antes citado, en réplica fundamentalmente a la postura que defendiera Bulygin en la famosa entrevista que el primero le hiciera al segundo publicada en «Doxa»⁵⁴, no existe tal implicación. Porque la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral solo supone que para identificar el derecho no se requiere una evaluación de su contenido, de lo cual se sigue que pueden existir normas jurídicas contrarias a la moral, incluso asumiendo que existe algo así como una moral verdadera u objetiva. Bulygin consideraba que, si hay una moral objetiva, se debe hacer lo que ella requiere, por lo cual sería contradictorio afirmar que de acuerdo con el derecho se debe hacer *p* y al mismo tiempo que de acuerdo con la moral no se debe hacer *p*, dado que solo se podría hablar de lo que se debe hacer *simpliciter*. Pero esto es equivocado: de la tesis de la separación solo se sigue que las normas jurídicas pueden identificarse sin recurrir a la moral. La tesis de que hay una moral objetiva no es incompatible con esto: solo implicaría en todo caso que puede haber normas jurídicas falsas, esto es, contrarias a la moral objetiva, si algo así existiera.

Un segundo punto que le merece a Guastini una evaluación crítica es mi tratamiento de las jerarquías normativas. Como es sabido, Guastini ha propuesto distinguir cuatro sentidos en los que suele hablarse de jerarquías normativas: una *jerarquía estructural o formal*, que consistiría en la relación que se verifica entre las normas sobre la producción jurídica y aquellas cuya producción es regulada por las primeras; una *jerarquía material o sustancial*, que consistiría en la relación que se verifica entre dos normas cuando una tercera establece que una de las dos anteriores es inválida si es incompatible con la otra; una *jerarquía lógica o lingüística*, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando una se refiere a la otra, y una *jerarquía axiológica*, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando el intérprete atribuye a una un valor superior al de la otra⁵⁵.

Al examinar la idea de jerarquías normativas mi intención en el libro estuvo centrada en diferenciar las preferencias entre normas de las jerarquías normativas en sentido técnico, entendiendo esto último como una ordenación, no entre normas, sino entre conjuntos de normas, de modo que un conjunto de normas se encontraría jerárquicamente estructurado cuando existen relaciones de preferencia entre sus normas tales que ellas determinan una partición de ese conjunto de normas en subconjuntos no vacíos, conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes.

⁵⁴ Cfr. Caracciolo 1993.

⁵⁵ Cfr. Guastini 1997: 470 ss; Guastini 1998: 121 ss; y Guastini 2014: 209-213.

Luego de comentar los sentidos que Guastini diferencia, afirmé en *TAD* brevemente que la jerarquía estructural o formal constituiría un caso específico de jerarquía lógica, puesto que siempre que una norma regule la producción de otra norma necesariamente ha de referirse a esta última. Por cierto, habría casos de jerarquía lógica que no serían supuestos de jerarquía estructural o formal, como las definiciones de términos contenidos en otras normas, de modo que esta última categoría sería más amplia que la primera. Por otra parte, la jerarquía axiológica implicaría el reconocimiento de una jerarquía material entre las normas en juego, que hace prevalecer a la que se considera axiológicamente superior en casos de conflicto, pues de lo contrario no se comprendería lo que significa decir en este caso que se reconoce un *valor superior* a una frente a la otra, de lo cual se seguiría que centralmente no habría más que dos grandes sentidos en los que podría hablarse de la ordenación jerárquica entre normas: el sentido lógico y el sentido material.

Si bien con lo expuesto no he pretendido descalificar las distinciones de Guastini sino más bien resaltar aquellos sentidos que me parecían más relevantes a los fines de mi análisis, Guastini rechaza las asimilaciones que propuse con argumentos que, no obstante, siguen pareciéndome algo controvertibles. Por una parte, considera que la jerarquía formal no podría interpretarse como una subclase de jerarquía lógica porque las normas sobre la producción jurídica no versarían sobre otras normas sino sobre actos normativos, distinguiéndose así de la relación que mediaría, por ejemplo, entre una norma derogatoria y la norma derogada, donde la primera versa sobre la segunda al nivel de metalenguaje. A esto, no obstante, puede responderse que las normas sobre la producción jurídica, esto es, las que confieren potestades, si bien se refieren en forma directa a aspectos formales relativos a los actos normativos y no a las normas creadas por esos actos, también establecen condiciones de validez material de las normas a crearse. Y tampoco me parece satisfactorio sostener que esas relaciones difieran significativamente de la relación metalingüística que mediaría entre una norma derogatoria y la norma por ella derogada, simplemente porque no creo que exista nada parecido a “normas derogatorias”: lo que suele denominarse de ese modo es una disposición o formulación lingüística que expresa un acto legislativo de derogación, si bien también hay actos derogatorios no legislativos – como los que cumplen los intérpretes aplicando criterios como *lex superior* o *lex posterior* – que no tienen correlato en “normas derogatorias”.

Por otra parte, Guastini estima que la jerarquía axiológica se diferencia de la jerarquía material porque la relación jerárquica material dependería de lo que digan las fuentes, en tanto que las jerarquías axiológicas serían operaciones hechas por los intérpretes, y porque la jerarquía axiológica no necesariamente provocaría la invalidez de la norma inferior sino que, por ejemplo, cuando se construye una jerarquía axiológica entre dos principios constitucionales para resolver un conflicto entre ellos, el principio que sucumbe en el balance no es aplicado en el caso concreto, pero no pierde su validez. No obstante, nuevamente, a esto puede responderse, en

primer lugar, que la caracterización genérica que ofrece Guastini de jerarquía material – la relación que se verifica entre dos normas cuando una tercera establece que una de las dos anteriores es inválida si es incompatible con la otra – no implica en absoluto que ella se circunscriba a lo que digan las fuentes del derecho. En segundo lugar, cuando un intérprete atribuye a una norma un valor superior a otra, ello implica establecer una preferencia entre ambas, lo cual tiene básicamente sentido si las normas en cuestión se encuentran en conflicto y es preciso escoger una. Pero, además, considerar que la jerarquía material impacta sobre la “validez” mientras que la axiológica impacta sobre la aplicabilidad resulta problemático porque por “validez” puede entenderse una referencia tanto a la pertenencia como a la aplicabilidad de las normas, y la asignación de una jerarquía axiológica superior a un principio sobre otro puede reconstruirse desde un punto de vista teórico ya sea desde la perspectiva de la pertenencia como de la aplicabilidad.

El tercer punto que aborda Guastini se refiere a mis críticas a la doctrina kelseniana de la cláusula alternativa tácita, esto es, la idea de que la constitución autorizaría al legislador a dictar normas que respeten las restricciones impuestas por la constitución o normas con cualquier contenido. Centralmente, esas críticas podrían sintetizarse del siguiente modo: si la tesis de Kelsen valiera solo para el caso en que el control de la validez de las leyes se confiere al propio legislador, la doctrina no sería más que un reconocimiento del hecho de que, en sistemas jurídicos semejantes, la supremacía de la constitución no sería más que una ficción, pues dejar en manos del propio legislador la evaluación de cuándo una norma por él dictada es o no compatible con la constitución resultaría enteramente ineficaz como mecanismo de control. Pero el problema es que Kelsen no circunscribe de ese modo el alcance de su tesis, pues cuando considera la situación en la cual la constitución otorga a un órgano específico, diferente del legislador, el control de constitucionalidad, reitera de todos modos que la constitución autorizaría al legislador a dictar normas conformes a la constitución o contrarias a ella. Con ese alcance la tesis de la cláusula alternativa tácita resulta incompatible con la estructura jerárquica del derecho: si, como sostiene Kelsen, no se puede examinar la cuestión de la invalidez de las normas sin tener en cuenta quién es el encargado de decretar esa invalidez, “validez” ya no sería equivalente a la creación de una norma de conformidad con lo que disponen las normas de jerarquía superior, sino que se identificaría con lo que resuelva al respecto el órgano de contralor, lo cual implicaría que las normas generales no determinarían en nada los actos de aplicación, y supondría confundir el carácter definitivo o final de la decisión sobre la validez o invalidez con su infalibilidad o corrección.

Guastini afirma que el problema de Kelsen es que no distingue entre validez y fuerza vinculante, dado que una norma puede ser inválida pero no obstante vinculante en tanto no sea declarada inválida por el órgano competente. En cambio, considera que sería un mal argumento sostener que Kelsen no distingue entre el carácter definitivo y la corrección de un juicio sobre la validez de una nor-

ma, primero porque el juicio sobre si una decisión es definitiva resultaría fáctico mientras que los juicios de corrección serían juicios de valor, y Kelsen no podría ser acusado de no distinguir entre hechos y valores. Y, en segundo lugar, porque más que no distinguirlas, en realidad a Kelsen no le interesarían los juicios de corrección, dado que se trataría de un elemento de política del derecho extraño a su pensamiento.

Yo creo en cambio que si bien la propuesta de Kelsen de la doctrina de la cláusula alternativa tácita es un intento por solucionar el problema que genera su identificación entre la existencia de una norma jurídica, su pertenencia a un sistema jurídico y su fuerza vinculante en un único concepto, el de validez, como correctamente señala Guastini, las consecuencias de esta doctrina son las que apuntaba antes: su incompatibilidad con la estructura jerárquica del derecho y la identificación entre el carácter definitivo e infalible de las decisiones sobre la validez. Desde luego, Kelsen distingue entre hechos y valores y su teoría tiene la pretensión de estar depurada de toda valoración. Pero la distinción hartiana entre el carácter definitivo e infalible de una decisión no es una distinción entre hechos y valores, sino que pretende dar cuenta de la posibilidad del error judicial. Para decirlo de un modo simple: se puede jugar al fútbol sin árbitros, tratando de respetar del mejor modo posible las reglas del juego, pero si se lo hace con árbitros, el fútbol no se transforma automáticamente en un juego diferente según el cual lo que cuenta como una jugada válida o como un gol es simplemente lo que decida el árbitro. Incluso aunque las decisiones de los árbitros no sean recurribles, se supone que ellas son adoptadas aplicando las reglas del fútbol y, por eso, tiene perfecto sentido decir que, pese a ser finales, pueden estar equivocadas. En otras palabras, al resaltar que una decisión sobre la validez de una norma puede ser incorrecta no se está haciendo política del derecho: simplemente se está remarcando que las normas jurídicas generales establecen pautas de corrección para las decisiones judiciales porque el derecho no es enteramente indeterminado. El término “correcto” puede aparecer en un genuino juicio de valor, tal como lo afirma Guastini, pero también en una “proposición valorativa”, esto es, una proposición descriptiva de ciertos valores. Por ello, nada obsta a que una teoría genuinamente descriptiva del derecho contenga “proposiciones valorativas” sobre la corrección, por ejemplo, de ciertas interpretaciones. Quizás esto es lo que no aceptaría Guastini y lo lleva a relativizar esta grave consecuencia que se sigue de la cláusula alternativa tácita.

Con respecto a las normas de competencia, Guastini sostiene que si bien con anterioridad había sostenido que normas como las normas constitucionales que otorgan competencia legislativa al parlamento serían una definición al menos parcial de “ley”, hoy estima que ello sería un error porque si bien hay normas jurídicas que ofrecen definiciones de “contrato” o “testamento”, las normas constitucionales que asignan potestades legislativas no tendrían la misma estructura lógica. El problema derivaría de una confusión entre el lenguaje del derecho y el metalenguaje de los

juristas: la norma que confiere competencia legislativa contribuiría al *definiens* de “ley”, pero solo en el metalenguaje de la doctrina. Por otra parte, sugiere que junto al lenguaje descriptivo y al lenguaje prescriptivo deberíamos admitir al menos un tercer tipo de enunciados: los adscriptivos, entre los que se contarían los que confieren posiciones jurídicas subjetivas hohfeldianas del segundo tipo, como las de competencia.

En *TAD* he ofrecido una reconstrucción de las normas que confieren potestades como reglas constitutivas o determinativas. Eso no equivale exactamente a identificarlas con definiciones, tal como lo propusiera en algún trabajo Bulygin, pero con alguna licencia podría decirse que tales reglas determinan, constituyen o “definen” ciertas acciones institucionales, como dictar una ley, realizar un acto administrativo, celebrar un contrato o contraer matrimonio. Ello marca una diferencia importante con el modo de caracterizar el primer grupo de posiciones jurídicas hohfeldianas, esto es, las de “deber”, “derecho”, “libertad” y “no-derecho”, que se derivan de la existencia de reglas regulativas o prescripciones. He puesto también mucho énfasis en sostener que las normas de competencia no pueden explicarse satisfactoriamente en términos de reglas regulativas o prescripciones, esto es, que no puede reducirse el universo de las normas jurídicas al último tipo de normas. También sostuve que las expresiones que caracterizan las posiciones jurídicas hohfeldianas, como “derecho”, “deber”, “potestad”, “sujeción”, etc., cuando las emplea el legislador en la formulación de normas, sirven para *adscribir* tales posiciones a ciertos sujetos, en tanto que, cuando son empleadas por los teóricos y dogmáticos del derecho para formular proposiciones normativas debería más bien caracterizarse por referencia a la pertenencia a un sistema jurídico de normas, ya sea regulativas o constitutivas.

Lo que no llevo a ver claro es cómo podría justificarse, tal como parece sostener ahora Guastini, que las normas que confieren potestades privadas definen términos como “contrato”, “matrimonio” o “testamento”, mientras que las normas que confieren potestades públicas solo contribuyen al *definiens* de “ley”, “reglamento” o “acto administrativo” solo en el metalenguaje de los juristas. En otras palabras, no me parece que exista una diferencia cualitativa entre potestades públicas y privadas según la cual las primeras solo pueden definirse en el metalenguaje de los intérpretes y las segundas puedan en cambio definirse en el lenguaje del legislador.

Para concluir – como no podía ser de otro modo – Guastini formula comentarios críticos respecto de mi defensa de una visión indeterminista parcial, o cognoscitivista moderada, según como se quiera presentar las cosas, en materia de interpretación jurídica. Como ya he sido bastante extenso en aclarar mi visión de la interpretación jurídica en la respuesta al comentario de Comanducci, me limitaré aquí a formular unas breves consideraciones puntuales sobre las observaciones de Guastini. Su primera objeción se refiere al presupuesto que una posición semejante asume respecto de la existencia de casos claros: para Guastini el concepto de “caso

claro” es problemático pues si el juicio sobre la claridad de un caso es anterior a la decisión por un juez se trataría de un enunciado prescriptivo, una recomendación dirigida al juez, mientras que si es posterior se trataría de un juicio de valor que aprueba o critica la decisión.

Sobre esto lo que pienso es que tanto con anterioridad como con posterioridad a la decisión de un juez es posible hablar de la claridad de ciertos casos, no como una prescripción o un juicio de valor, sino como un enunciado descriptivo (una proposición normativa) acerca del alcance de las normas. Solo desde una perspectiva escéptica radical – que pensé que a estas alturas Guastini había dejado de lado – podría sostenerse que no se puede hablar de la existencia de al menos algunos casos claros de aplicación de las normas, esto es, casos que quedan comprendidos en cualquiera de las alternativas de interpretación jurídicamente admisibles de ciertas disposiciones.

En segundo lugar, Guastini resalta que incluso si se admite la existencia de casos claros, resultaría controvertible cuál sería su interés para la teoría de la interpretación, pues la insistencia sobre la existencia de casos claros supondría que los problemas de interpretación son básicamente problemas de interpretación en concreto relativos a la extensión de los predicados, mientras que en la práctica interpretativa se tiene que lidiar con dificultades como las ambigüedades sintácticas y semánticas, las lagunas normativas, los casos deónticamente indiferentes, las lagunas axiológicas, la derrotabilidad, la ponderación y concretización de principios, etc., sumados a los múltiples argumentos que se pueden utilizar para seleccionar una interpretación determinada y descartar otras. De modo que el problema de la extensión de los predicados, es decir, la vaguedad, ocuparía un lugar marginal. Por ello, concluye que no sería posible fundar la teoría de la interpretación en un aspecto tan marginal y conceptualmente banal como la vaguedad y los casos claros.

Disiento aquí nuevamente con Guastini. En primer lugar, la vaguedad no me parece un problema meramente marginal sino que, por el contrario, constituye uno de los mayores problemas para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En segundo lugar, hablar de casos claros no implica en absoluto suponer que los problemas de interpretación son esencialmente problemas vinculados a la vaguedad de las normas: quienes sostenemos que existen al menos ciertos casos claros regulados por las normas jurídicas consideramos que ello es así a pesar de todos los problemas de interpretación a los que alude Guastini. Ahora, en tercer lugar, creo que Guastini tiene razón al considerar que los problemas de interpretación, esto es, todas las dificultades que lista Guastini sumadas a la vaguedad y los conflictos normativos, constituyen sin lugar a duda el aspecto central y más relevante de la teoría de la interpretación. Pero aclarar que muchas normas jurídicas tienen al menos algunos casos claros de aplicación no me parece algo nada banal. De hecho, las diferentes concepciones de la interpretación discuten precisamente sobre esto: si todos, algunos o ningún caso es jurídicamente claro.

Por último, Guastini me atribuye correctamente la idea de que el concepto de interpretación cognitiva supone para mí la existencia de criterios objetivos de corrección, pero considera que, mientras “corrección” sería un concepto valorativo, la interpretación cognitiva no consistiría en listar interpretaciones “correctas” sino aquellas interpretaciones que resultan socialmente admisibles, lo cual no constituiría un juicio de valor sino un enunciado meta-lingüístico sobre valores o preferencias vigentes o socialmente aceptadas dentro de la cultura jurídica existente. A ello agrega que cualquier enunciado tiene un significado literal o *prima facie* compartido, y, en ese sentido limitado, socialmente objetivo, pero la preferencia por la interpretación literal no es universalizable por muy variadas razones.

Mi discrepancia aquí con Guastini es simplemente que no advierto discrepancia donde Guastini cree verla. Cuando sostengo que existen criterios objetivos de corrección en materia interpretativa – respecto de ciertas normas y ciertos casos de aplicación – no es porque crea que existan significados verdaderos flotando en el éter, sino que lo que determina la corrección de una interpretación es, precisamente, la existencia de convenciones lingüísticas, generales y específicamente jurídicas, esto es, lo que Guastini denomina “interpretaciones socialmente admisibles” dentro de la cultura jurídica vigente. Esas convenciones lingüísticas no determinan unívocamente una solución para cualquier caso jurídico, resultan jaqueadas por numerosos problemas que generan indeterminación, pueden ser desafiadas y están abiertas a permanentes cambios, pero nada de ello impide hablar de la existencia de ciertos casos claros de aplicación de las normas jurídicas a la luz de ellas. De otro modo la práctica jurídica resultaría ininteligible.

7. El canto del cisne. Respuesta a Mauro Barberis

Como se señala en la introducción, la redacción de *TAD* evolucionó de un manual para el dictado de clases a un curso de grado a un trabajo mucho más extenso que tiene la pretensión de poner de manifiesto mi visión sobre diversos problemas de la teoría general del derecho, visión que desde luego se enmarca dentro de una tradición: la de la filosofía analítica de corte positivista. La filosofía analítica no constituye un conjunto unificado de teorías o doctrinas, pero podría decirse en general que los filósofos analíticos se caracterizan por compartir un cierto *estilo* para hacer filosofía, que prioriza la claridad en el uso del lenguaje y el rigor en la argumentación. Hace mucho tiempo Eduardo Rabossi decía que entre los filósofos analíticos hay un parecido de familia que se manifiesta en una serie de rasgos: una actitud positiva hacia el conocimiento científico, una actitud cautelosa hacia la metafísica, cultivar la filosofía como tarea conceptual, es decir, tomando al análisis conceptual como método, una relación fuerte entre lenguaje y filosofía, y la preocupación por la búsqueda de respuestas argumentadas a problemas filosóficos priorizando la

claridad en el análisis⁵⁶. El análisis filosófico persigue la elaboración de una explicación sistemática de la estructura de nuestros aparatos conceptuales, que nuestra práctica cotidiana revela que dominamos tácita o inconscientemente. Evocando a Robert Brandom, podría decirse que su utilidad consiste en *hacer explícito lo que está implícito* en nuestras prácticas y nuestros aparatos conceptuales. El positivismo, por su parte, ha insistido en el carácter social del derecho al sostener la tesis de que su existencia y contenido depende exclusivamente de hechos sociales complejos, que pueden ser identificados sin recurrir a consideraciones morales. Pero eso no significa que el positivismo se comprometa con la idea de que el derecho positivo se origine únicamente en la legislación, ni que la tarea judicial sea meramente declarativa del derecho preexistente, ni que en esa tarea los jueces estén obligados a aplicar toda norma positiva cualquiera sea su contenido.

No he intentado justificar que esta tradición sea superior a otras, aunque desde luego el hecho de que la haya asumido pone de manifiesto que la considero rica, potente y muy fructífera. Es la tradición que he aprendido de mis maestros, Alchourrón, Bulygin, Caracciolo, Guibourg y Guastini, por circunscribirme a cinco nombres, quienes han hecho contribuciones extraordinarias a la comprensión del derecho, y a la que, con algún acierto y seguramente muchos errores, he tratado de contribuir. Desde luego, con todas las virtudes que esta tradición pueda poseer, ello no obsta a que pueda y deba ser complementada con otros enfoques y líneas de trabajo. Ahora bien, el estudio del lenguaje del derecho y del razonamiento jurídico, que podría decirse que constituyen las líneas generales en las que se apoya la argumentación en los siete capítulos del libro (conjuntamente, en mi caso con una defensa de una concepción positivista del derecho y escéptica en metaética) y, desde dicha óptica, un intento por ofrecer una delimitación del derecho de otros dominios normativos, me parecen una condición necesaria, si bien seguramente no suficiente, para comprender aquello que llamamos derecho.

Para Barberis esta tradición estaría terminada y destinada a ser sustituida por enfoques más interdisciplinarios y con mayor apego a la práctica real del derecho. Yo no creo en absoluto que esté terminada, pero en todo caso no me apresuraría en vaticinarlo, porque una predicción tal corre el riesgo de fallar, como las de muchos analistas que dan por concluida la carrera de un político que luego gana las siguientes elecciones. La metafísica llegó a ser casi una mala palabra en el discurso filosófico mientras hoy, incluso desde la filosofía analítica que tanto hizo para desacreditarla, goza de excelente salud. Tampoco creo que la filosofía analítica del derecho registre una distancia respecto de lo que “en verdad es” el derecho o de la práctica jurídica. Muy por el contrario, creo que el análisis del lenguaje y el razonamiento jurídico constituyen una herramienta metodológica imprescindible para mejorar nuestra comprensión de muchas cuestiones de la práctica jurídica.

⁵⁶ Cfr. Rabossi 1977.

De todos modos, si la filosofía analítica del derecho se ha alejado de la práctica, tal como estima Barberis, más alejado de ella estaría discutir si es preferible un enfoque como el que ofrece la filosofía analítica por sobre alguna propuesta alternativa, de manera tal que voy a limitarme a hacer un breve comentario sobre las cuatro tesis que Barberis me atribuye en su crítica, esto es:

- a) una concepción de las normas como significados de las disposiciones legislativas y no como prácticas sociales;
- b) una concepción no cognoscitivista en metaética, con escasa mención a los valores;
- c) una concepción de los sistemas jurídicos centrada no en el derecho sino en su representación lingüística y que los retrata como meros conjuntos de normas,
y
- d) una concepción escéptica moderada de la interpretación jurídica.

En mi presentación de las ideas del libro y las respuestas a los comentarios críticos que he ofrecido aquí creo que ya he formulado bastantes aclaraciones sobre estos cuatro temas: sobre mi concepción de las normas en mis respuestas a Ratti y Scavuzzo y Figueroa; sobre el no cognoscitismo y el problema de la normatividad del derecho en mi respuesta a Moreso; sobre mi concepción de los sistemas jurídicos en mis respuestas a Navarro y Guastini, y sobre mi concepción de la interpretación en mis respuestas a Comanducci y Guastini. Haré aquí solo unos breves apuntes adicionales para no repetir lo que ya he dicho y dejar en claro que me parece que ninguna de esas tesis representa adecuadamente mi pensamiento, salvo por la segunda, si bien a su respecto Barberis me atribuye defender una vinculación entre positivismo y escepticismo en metaética que he rechazado explícitamente.

En cuanto a mi concepción de las normas, en el libro he aclarado específicamente que, si bien la mayoría de las normas jurídicas tienen alguna formulación en el lenguaje, sería un error suponer que toda norma debe su existencia a alguna formulación lingüística, porque esto da lugar a series paradójicas, puestas de manifiesto por Wittgenstein y Sellars, entre otros. Por ello, la idea de identificar a todas las normas con reglas formuladas explícitamente está condenada al fracaso: existen normas implícitas en nuestras prácticas que no dependen de ninguna formulación en un lenguaje y que juegan un papel fundamental para la comprensión del funcionamiento de aquellas que sí deben su existencia a ciertas formulaciones lingüísticas.

En cuanto a mi asunción del escepticismo en metaética solo agregaré que en mi reconstrucción de la discusión entre el positivismo y las concepciones antipositivistas he resaltado que el no cognoscitismo en metaética no constituye un rasgo definitorio del positivismo, esto es, que si bien muchos pensadores positivistas rechazaron las doctrinas del derecho natural debido a que asumían una visión escéptica en metaética, esto no puede tomarse como una tesis definitoria del positivismo dado que muchos otros pensadores, como es el caso de Bentham y Austin, no eran

escépticos en metaética. De hecho, Guastini me ha objetado precisamente lo opuesto a lo que me atribuye Barberis: el hecho de que *no* haya tomado como un rasgo característico del positivismo jurídico al escepticismo en metaética.

En cuanto a la caracterización de los sistemas jurídicos, he dedicado dos capítulos a tratar de mostrar que bajo la idea de sistema jurídico se encubren en realidad varias nociones diferenciables, particularmente una visión estática y una dinámica, y que una caracterización satisfactoria del derecho no puede ofrecerse sobre la base de una noción de sistema jurídico que lo identifique con un mero conjunto de normas. Mi concepción de los sistemas jurídicos no está centrada en su representación lingüística, no es atomista en el sentido que indica Barberis, ni es extraña para los juristas dogmáticos. Muy por el contrario, en la consideración de los diversos problemas sistemáticos del derecho (lagunas, contradicciones, redundancias, problemas de aplicabilidad, indeterminaciones dinámicas, jerarquías entre normas, etc.) he tratado de dar cuenta de las diferentes operaciones que llevan a cabo los juristas cuando consideran las relaciones relevantes entre los elementos que conforman el derecho.

En cuanto a mi visión de la interpretación, no voy a agregar nada a lo mucho que ya he expuesto, pero de ello debería quedar claro que a mi juicio existen casos frente a los cuales el derecho ofrece una respuesta clara, esto es, las respuestas que ofrece el derecho no son siempre impredecibles, de modo que no me caracterizaría como escéptico moderado sino más bien como cognoscitivista moderado. Y esa visión de la interpretación no tiene porqué limitarse, como parece creer Barberis, al derecho formulado lingüísticamente, a la legislación como fuente del derecho, sino que cumple un papel central frente al derecho proveniente de cualquier fuente, incluso el creado judicialmente.

No quiero concluir estas breves consideraciones sin hacer referencia a una observación que desliza al pasar Barberis en su comentario, al señalar que, en regiones como América Latina o Europa del Este, donde en tiempos políticamente turbulentos dedicarse a estudios de otro tipo podía ser costoso o peligroso, habría sido más fácil dedicarse al análisis lingüístico o a la lógica. Realmente no se en quiénes estaría pensando Barberis al escribir esto, pues personalmente no he conocido a ningún filósofo analítico cuya inclinación por la lógica y el análisis del lenguaje haya estado motivada por su cobardía. De hecho, en las épocas difíciles en Argentina resultaba irrelevante dedicarse a la lógica, a la sociología, a la historia o a la ciencia política: lo peligroso era simplemente pensar. La dictadura militar no tenía la sutileza suficiente como para discriminar sobre qué se pensaba.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C.E. (1993). *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, en Meyer, J.J., Wieringa, R. (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore, Wiley & Sons, 43-84.
- Alchourrón, C.E. (1996). *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, «*Studia Logica*», 57, 5-18.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Wein-New York, Springer Verlag, trad. esp. *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975), Buenos Aires, Astrea (segunda edición revisada de 2012).
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1981). *The Expressive Conception of Norms*, en Hilpinen, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 95-124.
- Alchourrón, C.E., Martino, A. (1991). *Kelsen senza la norma fondamentale*, en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi Normativi Statici e Dinamici. Analisi di una Tipologia Kelseniana*, Torino, Giappichelli, 399-412.
- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, P.E. y M.C. Redondo, M.C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Bulygin, E. (1982). *Time and Validity*, en Martino A.A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 51-63.
- Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, «*Ratio Juris*», 3, 29-45.
- Bulygin, E. (1991a). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «*Doxa*», 9, 257-279.
- Bulygin, E. (1991b). *Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*, «*Doxa*», 9, 311- 318.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara.
- Caracciolo, R. (1991). *Sistema jurídico y regla de reconocimiento*, «*Doxa*», 9, 295-309.
- Caracciolo, R. (1993). *Entrevista a Eugenio Bulygin*, «*Doxa*», 14, 499-513.
- Caracciolo, R. (2000). *Realismo moral vs. positivismo jurídico*, «*Análisi e Diritto*», 37-44.

- Carrió, G. (1990). *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos S. Nino)*, en Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 375-404.
- Chalmers, D. (2011). *Verbal Disputes*, «Philosophical Review», 120, 515-566.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Fontamara.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.
- Figuroa Rubio, S. (2022). *Definiciones, hostilidades y compromisos. Sobre la noción de regla de reconocimiento de Eugenio Bulygin*, a publicarse en Redondo, M.C., Ratti, G.B. y Rabanos, J. (eds.), *Eugenio Bulygin y la teoría del derecho contemporánea*, Vol. II., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Guastini, R. (1997). *Gerarchie normative*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, 2, 463-487.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2012). *El escepticismo ante las reglas replanteado*, «Discusiones», 11, 27-57.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, trad. esp. *La sintaxis del derecho* (2016), Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons.
- Guastini, R. (2017). *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, trad. esp. *El concepto de derecho* (1963), Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, «Georgia Law Review», 11, 5, 969-990.
- Hart, H.L.A. (1994). *Postscript a The Concept of Law* (2 ed.), Oxford, Oxford University Press, 238-276.
- Hofstadter, A., Mckinsey, J.C.C. (1939). *On the Logic of Imperatives*, «Philosophy of Science», 6, 4, 446-357.
- Kripke, S. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell, trad. esp. *Wittgenstein: Reglas y lenguaje privado* (1989), México, UNAM.
- Lewis, D. (1969). *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton-Oxford, Princeton University Press.
- Moreso, J.J. (1997). *La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- Moreso, J.J., Navarro, P.E. (1997). *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*, «Law and Philosophy», 16, 201-219.
- Moreso, J.J., Navarro, P.E. (1998). *The Reception of Norms, and Open Legal Systems*, en Paulson, S. y Litschewski, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Oxford University Press, 273-292.
- Navarro, P.E., Orunesu, C.I., Rodríguez, J.L., Sucar, G. (2000). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, «Análisi e Diritto», 133-152.
- Navarro, P.E., Orunesu, C.I., Rodríguez, J.L., Sucar, G. (2004). *Applicability of Legal Norms*, «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», XVII, 2, 337-359.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2022). *Concepciones de las normas*, en Moreso, J.J., Navarro, P.E. y Rodríguez, J.L. (eds.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Perot, P.M., Rodríguez, J.L. (2010). *Desacuerdos acerca del derecho*, «Isonomía», 32, 119-147.
- Rabossi, E. (1977). *Análisis filosófico, lenguaje y metafísica: ensayos sobre la filosofía analítica y el análisis filosófico "clásico"*, Caracas, Monte Ávila Editores.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, citado por la segunda edición de 1990, Princeton, Princeton University Press.
- Redondo, M.C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana, Revus Club.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons.
- Russell, B. (1912). *Problems of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Tarello, G. (1980). *La interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- von Wright, G.H. (2000). *On Norms and Norm-Propositions. A Sketch*, en Krawietz, W. et al (eds.), *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 173-178.
- Wittgenstein, L. (1953). *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell.