

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

Jorge L. Rodríguez*

Resumen

Este trabajo es una segunda respuesta a comentarios críticos sobre mi libro *Teoría analítica del derecho* (en adelante *TAD*). Miguel Fernández Núñez ha formulado observaciones sobre la reconstrucción racional de los derechos ofrecida en mi libro; Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos han cuestionado mi descalificación de la noción de norma constitutiva y mi reconstrucción de las normas que atribuyen competencia; Sebastián Agüero-San Juan y Lorena Ramírez-Ludeña han puntualizado diversos interrogantes acerca de la relación entre la concepción de las normas que he asumido y mi defensa de una tesis indeterminista parcial en cuanto a la interpretación jurídica; Alessio Sardo se ha ocupado de resaltar los vínculos entre el originalismo y el positivismo jurídico y Cristina Redondo ha controvertido algunas de mis tesis sobre universalismo, derrotabilidad y conflictos normativos. En el texto reflexiono sobre sus ideas e intento responder algunas de sus críticas y comentarios.

Palabras clave: Derechos. Normas constitutivas. Competencia. Interpretación. Originalismo. Derrotabilidad.

Abstract

This paper is a second response to critical comments on my book *Teoría Analítica del Derecho* (hereinafter *TAD*). Miguel Fernández Núñez has commented on the rational reconstruction of rights offered in the book; Alejandro Calzetta and Julieta Rabanos have directed objections to my disqualification of the notion of constitutive

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

rules and to my reconstruction of power conferring norms; Sebastián Agüero-San Juan and Lorena Ramírez-Ludeña have pointed out questions about the relationship between my conception of norms and my defense of a partial indeterminist thesis regarding legal interpretation; Alessio Sardo highlighted the links between Originalism and Legal Positivism, and Cristina Redondo has disputed some of my theses on universalism, defeasibility, and normative conflicts. In the text I reflect on their ideas and try to answer some of their criticisms and remarks.

Keywords: Rights. Constitutive Rules. Legal Powers. Interpretation. Originalism. Defeasibility

1. La reconstrucción racional de los derechos.

Respuesta a Miguel Fernández Núñez

Miguel Fernández Núñez efectúa un comentario de carácter metateórico respecto de mi reconstrucción de los conceptos jurídicos fundamentales ofrecida en el capítulo III de *TAD* y, más específicamente, de las nociones de derechos subjetivos. La finalidad de dicho capítulo estuvo centrada en ofrecer un examen crítico de los intentos reduccionistas de caracterización de las normas jurídicas y los conceptos jurídicos básicos, que han pretendido hallar algún rasgo común a todas las normas jurídicas para distinguir en este plano al derecho de otros dominios normativos. En ese recorrido se examina centralmente la teoría kelseniana de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos fundamentales, resaltando las dificultades que se siguen de su intento de definir todas las nociones jurídicas capitales a partir del concepto de sanción coactiva, y se la contrapone a la que, desde la tradición anglosajona, ha ofrecido Hohfeld. La conclusión del análisis del capítulo es que no es posible singularizar un rasgo común a todas las normas jurídicas y, por consiguiente, tampoco distinguir al derecho de otros órdenes normativos en el plano de las normas jurídicas. No obstante ello, se intentan rescatar los principales aciertos de las reconstrucciones de Kelsen y Hohfeld para, corrigiendo algunas deficiencias de sus análisis, esbozar una reconstrucción alternativa de los conceptos jurídicos básicos que toma como punto de partida la noción de deber jurídico y aprovecha las derivaciones de la lógica de proposiciones normativas presentada en el capítulo I.

Fernández no objeta mi presentación de las teorías de conceptos jurídicos fundamentales ni mi puntualización de algunos errores y limitaciones de las teorías de Kelsen y Hohfeld. Tampoco critica mi reconstrucción alternativa en la que se integran aportes de ambos. Lo que sostiene es que, si bien en mi propuesta yo habría enfatizado las concordancias y convergencias entre ambas tradiciones, en realidad un examen minucioso permitiría apreciar que las teorías de Kelsen y Hohfeld presentan importantes diferencias y tensiones que rehuirían la complementariedad.

Para ello parte de un análisis de la idea de reconstrucción conceptual e intenta justificar que el modelo de Hohfeld ofrecería mayor fecundidad y sencillez por contraste con la mayor semejanza con el *explicandum* del modelo de Kelsen; que el modelo de Hohfeld resultaría más reformador en comparación con el más continuista de Kelsen; que en el modelo de Hohfeld las posiciones normativas resultarían todas atómicas en tanto que en el de Kelsen la mayoría serían moleculares; que en el modelo de Hohfeld tales posiciones serían más abstractas y genéricas por contraposición con las más concretas y específicas del modelo kelseniano, y que el modelo de Hohfeld sería sintáctico en tanto que el de Kelsen sería sintáctico-semántico.

Conuerdo básicamente con la idea general que inspira el trabajo de Fernández, esto es, que las reconstrucciones de los conceptos jurídicos básicos y, en particular, de los derechos que desarrollan Kelsen y Hohfeld parten de presupuestos diferentes, poseen objetivos no enteramente asimilables y, por ello, sus resultados presentan diferencias muy significativas, y que en mi presentación en parte he soslayado, precisamente porque mi objetivo fue priorizar las coincidencias a fin de armonizar sus ideas en una reconstrucción enriquecida que tomara en cuenta los aportes más significativos de ambas. Solo aclararía que no me parece acertada la apreciación de Fernández en cuanto a que, si bien mi reconstrucción alternativa resultaría tributaria básicamente del programa kelseniano, en la tabla sinóptica final se recogerían fundamentalmente las acepciones hohfeldianas de derecho subjetivo «...*con la integración puntual de contadas nociones conexas fundamentales de matriz kelseniana*». Por el contrario, a mi juicio en ese cuadro final se intenta conjugar la casi totalidad de los conceptos jurídicos básicos de la teoría kelseniana con las distinciones de Hohfeld y, como intentaré justificar en adelante, la casi totalidad de las acepciones hohfeldianas de derecho subjetivo se encuentran también presentes en el análisis de Kelsen.

Más allá de esto, tengo varias discrepancias con la particular evaluación que presenta Fernández en torno a las diferencias y tensiones entre la teoría kelseniana y la hohfeldiana. A fin de puntualizarlas creo importante aclarar dos cuestiones preliminares respecto del punto de partida del análisis de Fernández. En primer lugar, Fernández me atribuye que, en lo que respecta a su objeto y a su instrumental, la teoría del derecho en mi visión versaría sobre el lenguaje, porque el fenómeno jurídico sería considerado básicamente como una práctica lingüística, aclarando en nota que este punto de vista habría sido objeto de críticas. Si bien no profundizaré sobre la cuestión, quiero señalar que esto no es exacto: aunque he sostenido que la filosofía analítica ha enfatizado la claridad en el uso del lenguaje y el rigor en la argumentación, a lo largo del libro he remarcado que el derecho no es simplemente una práctica lingüística, que la idea de que todas las normas jurídicas deben su existencia a ciertas formulaciones en el lenguaje resulta insostenible, y que aquellas que poseen tales características presuponen pautas normativas implícitas en nuestras prácticas que no dependen de ninguna formulación en el lenguaje y que juegan un papel fundamental para la comprensión del derecho.

En segundo lugar, Fernández sostiene que un modelo conceptual tendría, por una parte, una dirección de ajuste *mente a mundo*, es decir, poseería carácter descriptivo, pero, por otra parte, tendría también una dirección de ajuste *mundo a mente*, esto es, tendría carácter normativo¹. Dadas estas dos dimensiones, el teórico podría potenciar o mitigar las aspiraciones continuistas o las aspiraciones reformadoras. Creo que esta idea merece ser precisada. A mi juicio no es posible que un acto de habla simple tenga carácter descriptivo y prescriptivo a la vez, esto es, una dirección de ajuste lenguaje/mente al mundo y del mundo al lenguaje/mente. Pero sí es posible que en ciertas actividades complejas se puedan encontrar ambas actitudes, y esto es lo que ocurre, entre otras cosas, con la reconstrucción racional de conceptos y con la interpretación.

En el caso de la interpretación, ella parece recoger dos actitudes en tensión o conflicto. Por una parte, la interpretación es un proceso que busca descubrir o recuperar el significado de algo que se presupone objetivo, un *original* que ha de ser interpretado, cuyo sentido debe ser aclarado, explicado o descubierto para quienes lo ignoran o no son conscientes de él, lo que parece corresponderse con una dirección de ajuste del lenguaje al mundo. En este sentido, la interpretación sería algo diferente de una pura invención. Por otra parte, sin embargo, cuando se hace referencia a la interpretación de un cierto original, ordinariamente no se identifica esa actividad con su mera reproducción sino que, por el contrario, se asume que la actividad interpretativa tiene necesariamente un aspecto creativo o innovativo², lo que parece corresponderse con una dirección de ajuste del mundo al lenguaje. Esas dos actitudes, llevadas a sus extremos, conducen a dos diferentes y antitéticas concepciones de la interpretación: la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la indeterminación radical. La adopción de una posición intermedia, representada por la tesis de la indeterminación parcial, que es la que he defendido en *TAD*, supone que la interpretación es una operación cognoscitiva, con dirección de ajuste del lenguaje al mundo, frente a los casos claros, en tanto que se trataría de una operación no cognoscitiva, decisoria y discrecional, con dirección de ajuste del mundo al lenguaje, frente a los casos difíciles o problemáticos.

La reconstrucción conceptual tiene a mi juicio básicamente una dirección de ajuste del mundo al lenguaje. Esto me parece claro si lo que se persigue es sustituir un concepto inexacto o vago por uno más preciso que el original. El punto es que, si a través de tal sustitución se pretende obtener un nuevo concepto que pueda ser utilizado en la mayoría de las situaciones en las que se empleaba el primero, pero disminuyendo los problemas semánticos del concepto original, que posea la máxima fecundidad posible y que resulte más simple que el primero, esa práctica reformadora debe mantener un apreciable grado de fidelidad al original. Si distinguimos

¹ Sobre la idea de dirección de ajuste, véase Anscombe 1957: 56.

² Cfr. Raz 1995.

dos etapas en este proceso³, podría decirse que la etapa previa, consistente en la elucidación informal del concepto impreciso, busca explicar con la mayor rigurosidad posible el alcance del término, es decir, explicitar su significado haciendo referencia eventualmente a la diversidad de usos que pudiera poseer. Esa etapa sí tendría una dirección de ajuste del lenguaje al mundo. La segunda, en cambio, que es la central del proceso de reconstrucción racional, consistente en la introducción de un nuevo concepto más preciso que el anterior, con aspiración del máximo de fecundidad, semejanza y sencillez, posee por el contrario una dirección de ajuste del mundo al lenguaje.

Fernández observa correctamente que los objetivos de semejanza, fecundidad y sencillez del nuevo concepto no siempre son conciliables simultáneamente en la misma medida, y que los méritos que se privilegie dependen de las necesidades del modelo que se proponga. Esto me parece incuestionable. Pero a partir de esa idea compara desde la perspectiva de cada una de estas tres dimensiones las reconstrucciones ofrecidas por Kelsen y por Hohfeld, derivando conclusiones que en términos generales no comparto.

Aclarando que me resulta harto difícil evaluar comparativamente las virtudes y deméritos de dos contribuciones que me parecen ambas muy valiosas, entrando a considerar las tesis de Fernández, este sostiene con respecto a la semejanza que el modelo de Hohfeld resultaría más reformador en comparación con el más continuista de Kelsen y que en Kelsen existiría una mayor semejanza con el *explicandum* con respecto al modelo de Hohfeld. Sostiene esto porque a su juicio Hohfeld restringiría la connotación de los términos “derecho” y “deber” y reorganizaría ese campo semántico asignando nuevos rótulos a diferencias conceptuales significativas, por lo que su proyecto debería ser considerado como una regimentación de las prácticas lingüísticas de los estudiosos y técnicos del derecho, con lo cual la semejanza con las distinciones jurisprudenciales no resultaría muy estrecha. Kelsen, en cambio, concebiría su propuesta para los científicos del derecho, pero esto podría ser entendido como la proposición de un molde lingüístico para juristas.

Estas diferencias no me parecen muy convincentes. En realidad, el proyecto kelseniano también tiene aspiraciones profundamente transformadoras respecto de las distinciones de la dogmática jurídica tradicional, que asumen presupuestos fuertemente ligados al iusnaturalismo. Si bien Kelsen toma expresiones usuales en el discurso de los juristas, les asigna un significado profundamente diferente al caracterizar todos los conceptos jurídicos básicos a partir del concepto de sanción coactiva⁴; rechaza la idea de actos ilícitos como actos malos en sí mismos y los define como los realizados por aquella persona contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige una sanción como consecuencia en una norma jurídica⁵; cuestiona la concepciones de las obligaciones en términos de una vinculación psicológica del

³ Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 11 y ss.

⁴ Cfr. Kelsen 1979: 123-124.

⁵ Cfr. Kelsen 1979: 126-129.

obligado⁶; rechaza la caracterización de los derechos subjetivos como correlatos de deberes morales⁷; identifica las nociones de capacidad, competencia e imputabilidad⁸, y eso solo para indicar algunos puntos en los que la reconstrucción kelseniana se aparta de manera radical de la dogmática jurídica tradicional. Por ello, me parece muy discutible interpretar que el modelo de Hohfeld es más reformador que el de Kelsen.

En relación con la fecundidad, a criterio de Fernández, Hohfeld llevaría la delantera respecto de Kelsen pues las distinciones kelsenianas no responderían especialmente a la atención a las prácticas de los operadores y las distinciones de la dogmática, sino que se preocuparían por describir con detalle las normas y sus efectos. En este sentido, su modelo sería más específico que la reconstrucción hohfeldiana y, por ello, resultaría más restringido el conjunto de enunciados generales que podría formular, y no reflejaría adecuadamente posiciones normativas no jurídicas. En síntesis, el modelo de Hohfeld resultaría más fecundo pues permitiría dar cuenta de muchas más situaciones normativas que el kelseniano.

Discrepo también en este punto con Fernández. A mi juicio el modelo kelseniano no solo permite dar cuenta de todas las situaciones normativas que reconstruye Hohfeld sino de muchas más, con lo cual resulta muchísimo más fecundo que el del profesor norteamericano. El mérito mayor de la reconstrucción de Hohfeld fue presentar un modelo simplificado de análisis de ocho conceptos o posiciones jurídicas a través de relaciones simétricas. Como todo modelo simplificado, esa simetría se logra forzando algunas situaciones. Por ejemplo, mientras el concepto de libertad o privilegio puede caracterizarse por oposición al (contradicción con el) concepto de deber, el de incompetencia por oposición al de competencia y el de inmunidad por oposición al de sujeción, no hay ningún concepto jurídico que resulte opuesto al de derecho como pretensión, lo que obliga a Hohfeld a introducir su noción de no-derecho, un concepto inventado al solo efecto de preservar la simetría del modelo⁹. Por otra parte, mientras lo opuesto a un derecho sería este concepto inventado de no derecho, lo opuesto a la competencia sería la incompetencia y lo opuesto a la sujeción sería la inmunidad, lo opuesto a una libertad o privilegio no es un deber, sino un deber de abstenerse¹⁰. Con todo, más allá de estas cuestiones de detalle, el modelo es verdaderamente elegante.

Ahora bien, en la reconstrucción kelseniana se ofrecen caracterizaciones explícitas, no “*definiciones ostensivas y contextuales*” como lo expresa Fernández respecto de Hohfeld –yo diría más bien que Hohfeld renuncia en general a ofrecer defini-

⁶ Cfr. Kelsen 1979: 130.

⁷ Cfr. Kelsen 1992: 38.

⁸ Cfr. Kelsen 1979: 157 y ss.

⁹ Cfr. Hohfeld 1913: 54.

¹⁰ Cfr. Hohfeld 1913: 51.

ciones y solo presenta ejemplos y relaciones entre sus diversos conceptos— de todas las posiciones jurídicas hohfeldianas y varias más. Los conceptos de competencia e incompetencia se encuentran expresamente analizados, al igual que los de deber jurídico y de derecho como correlato de un deber. La noción de libertad o privilegio está desarrollada más finamente diferenciando una noción de permisión negativa y una positiva y una noción de libertad constitucionalmente protegida por inmunidades. Pero Kelsen caracteriza además la noción de derecho político, la de derecho como acción procesal, sin mencionar otros conceptos jurídicos básicos como los de capacidad, imputabilidad (ligados al de competencia), responsabilidad, el de persona jurídica, etc. El único concepto hohfeldiano que no recibe ninguna mención en la obra de Kelsen es el de no-derecho, por razones obvias que ya he indicado.

En cuanto a la sencillez, los conceptos de Hohfeld son fundamentales en el sentido de que no se los define a partir de otros por la sencilla razón de que no se los define en absoluto. Y si bien en la reconstrucción kelseniana todos los restantes conceptos son definidos directa o indirectamente a partir del concepto de sanción, no creo que la sencillez de una reconstrucción racional dependa exclusivamente de que no se caracterice a un cierto concepto a partir de otro. La reconstrucción de Kelsen de todos los conceptos jurídicos básicos a partir de una única noción, más allá de los problemas que este esfuerzo reduccionista presenta y que he tratado de resaltar, resulta tan encomiable por su sencillez como la de Hohfeld con sus relaciones de oposición y correlatividad.

Es cierto, tal como apunta Fernández, que en lo que concierne concretamente a los diversos sentidos de la expresión “derecho subjetivo” en la teoría kelseniana, no todos ellos resultan reducibles claramente a otros, pero esa mayor complejidad se ve ampliamente compensada por su mayor fecundidad. También es correcto que en Hohfeld, pese a las relaciones de correlatividad, no parece haber una preeminencia de ciertos conceptos respecto de otros, en particular de la noción de deber frente a la de derecho como pretensión, como sí parece haberla en Kelsen con su caracterización de la noción de deber a partir de la de sanción y la caracterización del derecho entendido como correlato de un deber en términos de la conducta opuesta a este último.

Por mi parte, si bien he sostenido que mi reconstrucción tomaba como base la noción de deber, esto solo debe ser entendido en el sentido de que esta última noción no se define a partir de la noción de sanción sino de modo autónomo. Pero de conformidad con mi propuesta, las nociones de derecho como pretensión y de deber resultan interdefinibles, sin que exista ninguna prioridad conceptual de una respecto de la otra.

2. Competencia, reglas determinativas y sistemas constitutivos.

Respuesta a Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos

Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos examinan críticamente mi posición en torno a tres temas vinculados: las reglas constitutivas, las reglas que confieren potestades y el concepto de competencia o potestad jurídica. Consideran que mi posición sobre estos temas es “*más limitada de lo que debería ser*”, sosteniendo que habría rechazado de manera demasiado apresurada la noción de regla constitutiva. A criterio de los autores, más allá de las dificultades de la caracterización de Searle de las reglas constitutivas¹¹, existirían reconstrucciones alternativas, como la de Amedeo Conte¹², que debería haber considerado y, en todo caso, que ese rechazo no debería centrarse en el problema de que las reglas constitutivas “*regulen y constituyan a la vez*”, puesto que tal cosa podría explicarse satisfactoriamente en términos de sistemas constitutivos complejos. Estas dos ideas, esto es, concebir a las reglas constitutivas de acuerdo con el modelo de Conte y centrar la atención en sistemas complejos de tales reglas permitirían, a juicio de Calzetta y Rabanos, ofrecer una caracterización más adecuada de las reglas que atribuyen potestades jurídicas. Por todo ello concluyen sugiriéndome que me reconcilie con la noción de regla constitutiva y adopte la noción de sistema constitutivo como elemento fundamental para un análisis adecuado de los conceptos jurídicos.

Debo decir que tengo grandes coincidencias generales con las observaciones de los autores, si bien advierto que subsisten entre nosotros algunas diferencias, todo lo cual intentaré aclarar brevemente en lo que sigue.

En primer lugar, con respecto a mi rechazo a la noción de regla constitutiva, es correcto tal como puntualizan Calzetta y Rabanos que el objeto de mis críticas en el capítulo I de *TAD* ha sido la caracterización de tales reglas por parte de Searle y el modo en el que traza la distinción con las reglas regulativas. Las objeciones que he puntualizado allí son centralmente dos, que fueran resaltadas por Raz¹³: que el criterio de distinción que propone Searle tiene la implausible consecuencia de que todas las reglas poseerían a la vez el carácter de regulativas y constitutivas, y que Searle no explica en qué sentido las reglas constitutivas regularían las conductas que ellas mismas constituyen.

Desde luego, el hecho de que el criterio de la distinción y la caracterización de las reglas constitutivas de Searle resulten problemáticos no empece a que, con ciertas precisiones, la distinción pueda ser mantenida. De hecho, en un trabajo más reciente escrito en colaboración con Claudina Orunesu¹⁴, luego de examinar las

¹¹ Cfr. Searle 1964: 55 y ss.; Searle 1969: 33 y ss.

¹² Cfr. Conte 1995.

¹³ Cfr. Raz 1990: 108-111.

¹⁴ Cfr. Orunesu y Rodríguez 2022.

críticas antes indicadas así como varias otras, hemos intentado rescatar la noción de regla constitutiva o, como lo reclaman Calzetta y Rabanos, *reconciliarnos* con ella. Para ello propusimos distinguir entre reglas constitutivas y regulativas del siguiente modo:

- i) Las reglas regulativas “regulan” conductas en el sentido de que las califican normativamente como obligatorias, prohibidas o permitidas. Las reglas constitutivas “regulan” conductas en el sentido de que definen o determinan ciertas formas de interpretar la conducta, sin introducir modalizaciones deónticas.
- ii) Las reglas regulativas regulan conductas cuya descripción es independiente de tales reglas. Las reglas constitutivas permiten describir conductas de un modo que no sería posible si ellas no existieran.
- iii) La estructura lógica característica de las reglas regulativas respondería a esquemas de tipo “Se debe hacer X” o “Si Y, se debe hacer X”. La estructura lógica característica de las reglas constitutivas respondería a esquemas de tipo “X cuenta como Y en el contexto C”.

Hoy introduciría una corrección a esto último: en sentido estricto “X cuenta como Y en el contexto C” no sería la estructura lógica de una regla constitutiva sino de una proposición normativa que se refiere a la existencia de una regla constitutiva. La regla constitutiva en sí misma (por ejemplo, “Tales y cuales movimientos cuentan como una jugada válida del alfil”) no incluye una referencia al contexto, sino que es una regla *dentro* de un cierto contexto (en el ejemplo, en el juego del ajedrez).

Esta interpretación de la distinción es la que ha sido adoptada uniformemente en los estudios formales en lógica e inteligencia artificial, donde a partir de fines de los años 90’ del siglo XX se desarrollaron diferentes contribuciones al análisis de las reglas constitutivas entendidas como enunciados condicionales del tipo antes comentado¹⁵, algunos de ellos basados en la lógica modal y otro en formalizaciones alternativas. En todos esos trabajos la nota distintiva que se toma como fundamental de las reglas constitutivas es que en su reconstrucción no se emplean modalizaciones deónticas, a diferencia de las reglas regulativas.

Por supuesto, las reglas constitutivas interpretadas como enunciados condicionales que no califican normativamente acciones, tienen una “fuerza normativa” indirecta, pues muchas veces van asociadas a reglas regulativas que prescriben las consecuencias normativas que se siguen para aquellas instancias

¹⁵ Solo para citar algunos textos relevantes, véase. Jones y Sergot 1996; Boella y Van der Torre 2004; Grossi *et al.* 2005; Grossi *et al.* 2008; Governatori y Rotolo 2008; Lindhal y Odelstad 2008; Lorini y Longin 2008; Ceci *et al.* 2015; Sileno *et al.* 2015. En Grossi y Jones 2013 se ofrece una excelente reseña de los diferentes intentos de formalización de las reglas constitutivas como condicionales del tipo “cuenta como”.

válidas de los términos que definen. Por otra parte, si bien ellas no guían la conducta en el sentido de obligar, prohibir o permitir hacer algo, si alguien quiere por ejemplo jugar ajedrez, al pretender mover una torre *tiene que* seguir las reglas del juego pues, de otro modo, no estaría efectuando una jugada válida de ajedrez. De igual modo, como lo expresa Hart¹⁶, las reglas que determinan la nulidad como consecuencia de la falta de satisfacción de las condiciones fijadas para la válida producción de, por caso, un contrato o un testamento, no pretenden disuadir de realizar ciertas acciones del modo en que la imposición de sanciones pretende desalentar que se cometan ciertos actos. Pero si se pretende lograr que el derecho reconozca ciertos efectos jurídicos a un contrato o testamento, se *tienen que* satisfacer las condiciones fijadas por las normas jurídicas para el reconocimiento de esos efectos, y ese “*tienen que*” no expresaría un deber deóntico sino una necesidad práctica o institucional, creada a partir de las relaciones conceptuales establecidas por las reglas constitutivas.

Una propuesta como esta supone asimilar el par reglas regulativas/reglas constitutivas con el par prescripciones/reglas determinativas de von Wright¹⁷, porque el punto relevante para distinguirlas sería que las reglas regulativas califican normativamente ciertas acciones cuya realización es concebible con independencia de ellas como obligatorias, prohibidas o permitidas, en tanto que las constitutivas definirían o determinarían ciertas formas de interpretar las acciones, esto es, establecerían las condiciones de aplicabilidad de ciertas expresiones institucionales sin calificarlas normativamente.

Calzetta y Rabanos estiman no obstante que la noción de regla constitutiva permitiría reconstruir mejor a los hechos institucionales que las reglas determinativas, porque las reglas determinativas no podrían capturar adecuadamente la idea de una equivalencia entre un hecho bruto y un hecho institucional dentro de un cierto contexto. No obstante, no he logrado identificar en su argumentación ninguna razón por la cual la idea de von Wright de las reglas determinativas resultaría insuficiente para dar cuenta de ello. De todos modos, mi diferencia más fuerte con los autores es que ellos estiman que una caracterización de las reglas constitutivas como la de Amedeo Conte resultaría superadora respecto de la de Searle y que a partir de ella se podría ofrecer una caracterización más adecuada de las normas de competencia o reglas que confieren potestades jurídicas.

El trabajo de Conte me parece muy valioso, fundamentalmente debido al refinamiento en la discriminación de diferentes tipos de reglas constitutivas que propone. No obstante, su caracterización general de tales reglas sigue pareciéndome problemática por la misma razón que indiqué respecto de la de Searle: el criterio de distinción no se centra en su diferente estructura lógica respecto de las reglas regulativas. De hecho, Conte sostiene que una regla del tipo “Los alfiles deben mover en diagonal” mostraría que el proceso de constitución conceptual de

¹⁶ Cfr. Hart 1963: 35-36.

¹⁷ Cfr. von Wright 1970: 26-27.

elementos institucionales requeriría de reglas que serían regulativas en cuanto a su estructura¹⁸.

Calzetta y Rabanos aprueban en ciertos pasajes este carácter híbrido de las reglas constitutivas. Es más: sostienen que constituir *significaría* definir y regular a la vez. Esto me parece completamente desafortunado: ninguna regla puede cumplir la doble función de definir y prescribir porque, como señalé en el capítulo I de *TAD*, esas dos actividades son conceptualmente independientes si no lisa y llanamente incompatibles. Ahora bien, en otros pasajes de su trabajo Calzetta y Rabanos proponen una explicación alternativa de este problemático doble carácter que suele atribuírsele a las reglas constitutivas: sostienen que ello podría explicarse en términos de sistemas normativos complejos conformados por ciertas reglas constitutivas y otras regulativas. Esto, desde luego, es algo completamente diferente y con lo que concuerdo plenamente, pero si se reconoce que el aludido doble carácter en realidad deriva de sistemas normativos complejos, no se advierte para qué sería necesario mantener el compromiso con la problemática idea de que una misma regla puede definir y calificar normativamente a la vez.

En lo que concierne en particular a las reglas que confieren potestades o normas de competencia, Calzetta y Rabanos sostienen que mi postura parece oscilar entre concebir al fenómeno de la atribución de competencia como producto de una única regla determinativa y como producto de un sistema de reglas que incluiría al menos una regla determinativa y una prescripción. Esta observación de los autores me permite aclarar, si es que ello no quedó antes suficientemente claro, que siempre he pensado que la atribución de competencia es un fenómeno complejo. En mi primer libro escribía al respecto lo siguiente:

... la competencia de un sujeto para el dictado de una norma o la producción de cierto efecto jurídico resulta, no de una norma, sino de un sistema de normas, a veces más simple, a veces más complejo. En una presentación esquemática, podría decirse que para atribuir competencia a un sujeto para producir un cierto efecto jurídico se requiere al menos de dos reglas:

-en primer lugar, una regla conceptual que establezca las condiciones necesarias y suficientes para el surgimiento de una instancia válida de cierto predicado jurídico (contrato, matrimonio, testamento, ley, sentencia, etc.). Por ejemplo:

$$A_1 \wedge A_2 \wedge \dots \wedge A_n \leftrightarrow TV$$

Una conducta x de un sujeto podrá calificarse como instancia válida de un cierto predicado jurídico (TV) si y sólo si se verifican la totalidad de las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes ($A_1 \wedge A_2 \wedge \dots \wedge A_n$) exigidas por las reglas del sistema.

-en segundo lugar, una norma (prescripción) general y condicional que establezca

¹⁸ Cfr. Conte 1995: 279-280.

los efectos jurídicos de todas las instancias válidas del predicado jurídico en cuestión. Por ejemplo:

TV → OA

En otras palabras, si una conducta constituye una instancia válida de cierto predicado jurídico, resultará obligatoria (o prohibida o permitida) cierta conducta o conductas. Seguramente en la práctica el otorgamiento de un testamento no generará una sino un conjunto de obligaciones o prohibiciones. Pero si no existiese al menos una conducta calificada deónticamente, otorgar testamentos sería un acto que no produciría efecto jurídico alguno¹⁹.

En el capítulo III de *TAD* traté de profundizar e introducir algunas precisiones respecto de estas ideas y caractericé la noción de potestad o competencia del siguiente modo: afirmar que un agente x tiene, de acuerdo con las normas de un sistema jurídico S , la *potestad jurídica* respecto de un agente y de llevar a cabo cierta acción normativa AN , esto es, una acción cuyo resultado es la modificación de ciertas consecuencias normativas derivables de S , equivale a sostener que una regla determinativa que es consecuencia de S establece que la realización de AN por parte de x es una las condiciones para la producción de una instancia válida de cierto predicado jurídico P , al que al menos otra norma derivable de S liga cierta consecuencia normativa respecto de y .

Pese a que Calzetta y Rabanos transcriben esta definición, consideran que yo no habría explicado en términos claros cómo se articularían las reglas determinativas y las prescripciones en la atribución de potestades jurídicas, y si bien me negaría a calificar como conceptual a esa conexión, no habría explicado cuál sería su estatus. Yo creo, en cambio, que si bien la caracterización antes indicada puede resultar objetable por diversas razones, deja suficientemente en claro el modo en que a mi juicio se combinan reglas determinativas/constitutivas y prescriptivas/regulativas en la atribución de competencia, y que esa conexión, al formar parte de la propia caracterización de la noción de competencia, es conceptual.

Calzetta y Rabanos resaltan, como adelanté, la caracterización de Conte de las reglas constitutivas, en particular el rol que ocuparían lo que Conte denomina *reglas eidético-constitutivas* (reglas A1), y sugieren que sería más adecuado conceptualizar tales reglas como un sistema o microsistema de normas en el sentido de Alchourrón y Bulygin²⁰. Hasta aquí los propios autores observan que no existirían demasiadas diferencias entre lo que yo llamo reglas que atribuyen potestades y los sistemas constitutivos a los que ellos aluden. Sin embargo, consideran que un conjunto de reglas determinativas/constitutivas no podría por sí solo determinar o constituir de

¹⁹ Rodríguez 2002: 36-37.

²⁰ Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 82-100.

modo completo la competencia, pues para completar la atribución de competencia se requeriría de reglas subsidiarias que determinen el procedimiento que el sujeto competente debe seguir si es que quiere producir un cierto hecho institucional, lo cual requeriría, por una parte, determinar cuáles son los pasos a seguir para obtener el resultado institucional deseado (*normas procedimentales en sentido estricto*), lo cual sería fijado por normas técnicas en el sentido de von Wright y, por otra parte, determinar la calificación deóntica de esos pasos, esto es, determinar si ellos son obligatorios o facultativos para el agente (*normas procedimentales en sentido impropio*), lo que requeriría de ciertas prescripciones. De manera que un microsistema normativo de atribución completa de la competencia, por ejemplo, para dictar leyes, requeriría:

- i) una regla A1 que determina que cierto sujeto tiene la potestad de crear leyes;
- ii) un conjunto de reglas técnicas que definen qué es una ley, entendida como ciertos procedimientos conducentes a cierto resultado, y
- iii) una prescripción que determina si los procedimientos mencionados constituyen una facultad o un deber para el agente.

Discrepo parcialmente con estas apreciaciones. En primer lugar, las reglas que establecen qué procedimiento debe seguirse para lograr cierto resultado institucional son efectivamente parte del “sistema constitutivo” que atribuye cierta competencia, pero no son normas técnicas sino reglas determinativas/constitutivas. Desde luego, un abogado puede decirle a su cliente “Si usted desea hacer un testamento válido, debe firmarlo ante un notario público”. Pero esa no es una norma del sistema: es una recomendación efectuada a partir de una regla constitutiva/determinativa de un sistema jurídico que establece que la firma ante un notario es una de las condiciones necesarias para que un testamento sea válido. Lo que Calzetta y Rabanos denominan *normas procedimentales en sentido estricto* no pueden sino tener el estatus de reglas determinativas/constitutivas. Ello se advierte con claridad, por una parte, en el hecho de que ninguna norma técnica puede “definir qué es una ley”; eso solo puede hacerlo una regla determinativa/constitutiva y, por otra parte, si se considera cuál es la consecuencia de su incumplimiento: si no se sigue el procedimiento establecido para, por ejemplo, el dictado de una ley, lo que se obtendrá es un acto inválido como ley. En segundo lugar, las eventuales normas que puedan calificar normativamente como obligatorio, prohibido o permitido el ejercicio de una competencia no forman parte del “sistema constitutivo” que atribuye una competencia. De hecho, hablo de “eventuales normas” porque ellas bien podrían no existir, esto es, resulta perfectamente concebible que existan reglas que atribuyan competencia para llevar a cabo ciertos actos y que tales actos no se encuentren modalizados deónticamente ni como obligatorios, ni como permitidos ni como prohibidos. La atribución de competencia no debe confundirse con la regimentación de su ejercicio.

Es correcto, como apuntan Calzetta y Rabanos, que muchas veces lo que se piensa como una “norma constitutiva” y, más específicamente, como una “norma de competencia”, es en realidad un conjunto complejo de reglas de diferente tipo. En esos conjuntos complejos conviven reglas determinativas/constitutivas que fijan las condiciones necesarias y suficientes para determinar qué cuenta como una instancia válida de cierto acto institucional, con reglas prescriptivas/regulativas que establecen las consecuencias normativas de tales actos. No advierto ningún papel relevante dentro de dicho marco para normas técnicas, y no creo que deba integrarse a tales sistemas la posible existencia de normas que califiquen normativamente el ejercicio de una competencia. Por otra parte, el hecho de que los sistemas normativos complejos, como el derecho, contengan tanto reglas determinativas/constitutivas como reglas prescriptivas/regulativas, no debe hacer perder de vista las importantes diferencias que mediante entre ambos tipos de reglas.

En este sentido me parece importante resaltar que existe una asimetría entre el comportamiento de los sistemas de reglas prescriptivas/regulativas y los sistemas de reglas determinativas/constitutivas. Un sistema conformado exclusivamente por reglas prescriptivas/regulativas puede no calificar normativamente ni como prohibida ni como permitida una cierta conducta *A*, que es conceptualmente posible realizar o no con independencia tales reglas, y en tal caso diríamos que el sistema es incompleto respecto de *A*. Desde luego, podría ocurrir que a quien ha dictado las normas que conforman dicho sistema no le interese en absoluto regular *A*, pero incluso en ese supuesto se puede decir que una conducta que es conceptualmente posible realizar está indeterminada de acuerdo con tal sistema en cuanto a su calificación normativa. En cambio, en un sistema conformado exclusivamente por reglas determinativas/constitutivas, si bien puede ocurrir que no haya ninguna regla que establezca que una cierta acción natural de un agente cuenta como cierta acción institucional *AI*, ni tampoco haya ninguna que diga que dicha acción natural no cuenta como *AI*, *AI* es una conducta que no es conceptualmente posible realizar simplemente si se verifica la primera condición, esto es, si no hay norma que establezca que cierta acción natural del agente cuenta como *AI*. Dicho de otro modo, no es posible decir que una acción *AI*, que es conceptualmente posible realizar, está indeterminada en un sistema de reglas determinativas/constitutivas en cuanto a la competencia o incompetencia para realizarla, o que ese sistema sea incompleto en algún sentido en cuanto a la competencia para realizar *AI*: ante la carencia de normas que invistan de competencia a alguien para realizar *AI*, dicha acción es conceptualmente irrealizable porque tales reglas crean la posibilidad misma de realizar *AI*. En otras palabras, el carácter abierto o cerrado de un sistema de reglas prescriptivas/regulativas es contingente, mientras que los sistemas de reglas determinativas/constitutivas son necesariamente cerrados, porque el conjunto de las reglas determinativas/constitutivas deben, para ser tales, especificar el conjunto de las condiciones necesarias y suficientes para establecer cuándo algo cuenta como un acto institucional válido de la especie considerada.

En síntesis, acepto la sugerencia de Calzetta y Rabanos de que debería reconsiderar el valor de la noción de regla constitutiva –lo que efectivamente he hecho–, pero sigo convencido de que la distinción entre tales reglas y las reglas regulativas está dada porque, en tanto las segundas califican normativamente ciertas acciones, las primeras establecen las condiciones necesarias y suficientes para producir un cierto acto institucional, y que ninguna regla puede al mismo tiempo definir y regular en el sentido de calificar deónticamente cierta acción. Acepto también la importancia de resaltar que la atribución de competencia o potestades jurídicas depende normalmente de sistemas normativos complejos, pero sigo convencido de que tales sistemas están integrados por reglas determinativas/constitutivas que fijan las condiciones necesarias y suficientes para realizar cierto acto normativo válido, y que las reglas prescriptivas/regulativas lo que hacen es determinar cuáles son los efectos normativos de las instancias válidas de ejercicio de la competencia. No creo que mi reconstrucción de la noción de competencia o potestad jurídica sea por ello parcial o incompleta, y frente a la pregunta que formulan Calzetta y Rabanos en las conclusiones de su trabajo acerca de cuándo comienza a existir un cierto hecho institucional, si por el mero hecho de la existencia de la formulación de una regla determinativa aislada o cuando se considera un marco de interpretación más amplio de la práctica, que incluye no solo la determinación sino también la atribución de efectos institucionales al acaecimiento de cierto hecho, mi respuesta es que en ninguno de los dos casos. Un hecho institucional comienza a existir cuando se satisfacen en un caso concreto el conjunto de las condiciones necesarias y suficientes establecidas por cierta regla o conjunto de reglas determinativas/constitutivas que lo constituyen y, en tal sentido, lo hacen posible.

3. Normas, interpretación y positivismo.

Respuesta a Lorena Ramírez-Ludeña, Sebastián Agüero-SanJuan y Alessio Sardo

Intentaré responder aquí conjuntamente los comentarios desarrollados por Sebastián Agüero-San Juan y Lorena Ramírez-Ludeña, así como los de Alessio Sardo, porque existe un punto de conexión entre las ideas centrales de este último y las reflexiones críticas de los primeros en torno a mi postura respecto de la interpretación jurídica.

Agüero y Ramírez formulan observaciones sobre dos puntos centrales: mi concepción adscriptiva de las normas y mi visión sobre la interpretación jurídica. Con relación a lo primero, consideran que debería haber ofrecido una explicación más amplia y clara de las relaciones entre la fuerza y el significado, así como del rol de las actitudes proposicionales en la identificación de las normas, sean estas explícitas o implícitas, esto es, cómo se generarían las selecciones de los mundos

normativamente ideales. Con relación a la interpretación, estiman que debería aclarar la conexión entre semántica y convenciones interpretativas, así como las dificultades que plantea la distinción entre interpretación en abstracto y en concreto. Por otra parte, creen advertir ciertas tensiones internas entre la concepción adscriptiva de las normas y la defensa de la tesis de la indeterminación parcial en cuanto a la naturaleza de la interpretación, particularmente en lo relativo a la necesidad de la interpretación para la existencia de las normas, la manera de concebir y resolver los casos claros y los casos difíciles y el papel de los legisladores y los jueces al respecto.

Comenzando con mi modo de concebir a las normas, en el capítulo I de *TAD* he descartado la tradicional distinción entre una concepción semántica (hilética) y una concepción pragmática (expresiva) de las normas y he propuesto diferenciar lo que he denominado una concepción cognoscitiva o representativa de una concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas, tomando partido por esta última. Las razones para rechazar la primera distinción y justificar la segunda están más esbozadas que desarrolladas debido a la lenta evolución de mi pensamiento al respecto. En un trabajo reciente con Pablo Navarro hemos tratado de precisar esas razones, pero el punto fundamental es que la distinción entre una concepción semántica y una pragmática, tal como la delinearán Alchourrón y Bulygin²¹, se apoya en un presupuesto harto discutible: que los aspectos pragmáticos del lenguaje no son parte del significado.

Agüero y Ramírez concuerdan en que no sería aconsejable defender una distinción tajante entre fuerza y significado, pero resaltan que existiría una multiplicidad de propuestas respecto del modo de concebir sus relaciones, ejemplificándolo con varios desarrollos teóricos recientes, por lo cual estiman que mi posición hubiese merecido mayor desarrollo y fundamentación en lugar de limitarse al rechazo de concebir a la fuerza y el contenido como entidades separadas.

Reconozco que no he sido aquí todo lo preciso que debería haber sido, pero la verdad es que todavía no tengo una posición suficientemente elaborada sobre el punto. Se trata de una asignatura pendiente sobre la que me gustaría profundizar el análisis en el futuro. Tenemos en carpeta entre otros proyectos con Giovanni Battista Ratti un trabajo examinando el problema Frege-Geach, íntimamente ligado a esta cuestión. He examinado algunas de las propuestas teóricas recientes al respecto²², pero ninguna de ellas termina de convencerme plenamente. Lo único que me siento en condiciones de aclarar aquí es lo siguiente: refiriéndose a la distinción entre sentido y fuerza, Hart ha resaltado que una expresión como “Hay un toro detrás de usted” tiene el mismo significado o contenido ya sea que se la haya formulado como respuesta a un pedido de información o para advertir sobre un posible peligro²³. Podría decirse entonces que dicha expresión se puede “usar” para hacer cosas

²¹ Cfr. Alchourrón y Bulygin 1981.

²² Cfr. Bronzo 2021; Hanks 2015, 2019; Schmitz 2018; Schmitz y Mras 2022.

²³ Cfr. Hart 1983: 5-6.

diversas, pese a que su significado es el mismo. Pero, como bien lo advierte Hart en el mismo párrafo, la expresión “uso” tiene muchos sentidos. En la primera alternativa considerada, la expresión “Hay un toro detrás de usted” se “usa₁” solo para informar, sin ninguna intención ulterior, mientras que en la segunda alternativa la expresión se “usa₁” con la intención de influir sobre la conducta del destinatario para que haga algo al advertir el peligro que esa información revela, aludiendo aquí con “uso₁” a la intención del hablante, al aspecto perlocucionario del lenguaje. No obstante, en los dos casos la expresión en cuestión se “usa₂” en sentido descriptivo/representativo para transmitir información, más allá de otras posibles intenciones ulteriores, y es susceptible de verdad o falsedad, aludiendo aquí con “uso₂” al tipo de acto lingüístico, a la clase de uso del lenguaje, es decir, al aspecto ilocucionario del lenguaje²⁴.

Una oración como “Está prohibido estacionar aquí” también se puede “usar” para hacer cosas diversas. Se la puede usar a) para prescribir, si es que quien la formula tiene autoridad para ello; se la puede usar b) para informarle a alguien de la existencia de una prohibición dictada por otro, pero solo por el valor de esa información (supongamos que un investigador está haciendo un relevamiento sobre en qué lugares se puede estacionar y alguien le dice “Está prohibido estacionar aquí”), o se la puede usar c) para advertirle a alguien que se expone a una sanción si estaciona en ese lugar, o para sugerirle que se busque otro lugar, esto es, para que se comporte de cierto modo sobre la base de esa información. El ejemplo de la oración “Hay un toro detrás de usted” lo único que indica es una diferencia como la que media entre b) y c): en esos dos casos, la expresión “Está prohibido estacionar aquí” es “usada₁” para hacer cosas distintas: solo para informar en el caso b), para influir sobre la conducta en el caso c). En otras palabras, la diferencia que revela es una diferencia en el aspecto perlocucionario del lenguaje, lo cual no incide en el significado. Pero en ambos casos el “uso₂” del lenguaje es el mismo: descriptivo/representativo. En cambio, en el caso a), la oración “Está prohibido estacionar aquí” es “usada₂” en sentido prescriptivo. A diferencia de la oración “Hay un toro detrás de usted”, “Está prohibido estacionar aquí”, si bien tiene el mismo significado en los casos b) y c), no tiene el mismo significado en el caso a), porque aunque los aspectos perlocucionarios del lenguaje no hacen al significado, los aspectos ilocucionarios sí son parte del significado. En otras palabras, el significado de la expresión en los casos b) y c) es descriptivo/representativo, mientras que en el caso a) es prescriptivo. En tanto en los casos b) y c) la oración expresa una proposición normativa, en el caso a) expresa una norma, y normas y proposiciones normativas no tienen el mismo significado. Cuando sostengo que los aspectos pragmáticos son parte del significado, eso debe entenderse en el sentido de que el tipo de acto de habla cumplido por el hablante (el aspecto ilocucionario del lenguaje) es parte del significado, no así sus

²⁴ Sobre la distinción entre los aspectos ilocucionarios y perlocucionarios del lenguaje, véase Austin 1962: 98 y ss.; Searle 1969: 25 y ss.

intenciones ulteriores (el aspecto perlocucionario)²⁵.

Agüero y Ramírez tampoco objetan de manera directa mi defensa de una concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas, pero señalan que ella constituiría una versión actualizada de la concepción pragmática o expresiva y, siendo ello así, tendría dos inconvenientes: debería explicarse, por una parte, cómo determinar la actitud proposicional de órganos colegiados como los legisladores, órganos de creación normativa por excelencia y, por otra parte, cómo se llevaría a cabo la selección de mundos normativamente ideales en el caso de las normas implícitas, que carecen de formulación.

A esto respondería, en primer lugar, que si se interpreta a la concepción pragmática o expresiva de las normas *à la* Alchourrón y Bulygin, no diría que lo que he denominado concepción adscriptiva es una versión de la concepción expresiva dado que, como lo he indicado, la distinción concepción hilética/concepción expresiva depende crucialmente de un presupuesto que he rechazado explícitamente: que los aspectos pragmáticos del lenguaje no forman parte del significado. Si se rechaza ese presupuesto, la distinción crucial en cuanto al modo de caracterizar a las normas no está dada por si el componente no descriptivo de las normas es o no parte de su significado, sino por la circunstancia de si para caracterizar a las normas se requiere o no tomar en consideración los aspectos pragmáticos del lenguaje. Desde este punto de vista, o bien se acepta que las normas tienen una dirección de ajuste del lenguaje al mundo, esto es, expresan nuestras creencias sobre lo que consideramos normativamente ideal (concepción cognoscitiva/representativa), o bien se considera que las normas tienen una dirección de ajuste del mundo al lenguaje, esto es, expresan nuestras valoraciones o preferencias sobre lo que estimamos normativamente ideal (concepción no cognoscitiva/adscriptiva).

Pero si se rechaza la concepción cognoscitiva/representativa de las normas, de todos modos subsisten todavía dos posturas que podrían asumirse desde la concepción no cognoscitiva/adscriptiva. En primer lugar, podría identificarse a las normas con actos de prescribir (concepción *prescriptivista*), en cuyo caso ellas no serían verdaderas ni falsas y su existencia sería empírica, lo cual parece ofrecer una dificultad para dar cuenta de la intuición de que las normas persisten en el tiempo. En segundo lugar, podría identificarse a las normas con significados de posibles formulaciones lingüísticas o prácticas sociales a través de las cuales se intenta influir sobre la conducta de otros para que hagan o dejen de hacer ciertas cosas (concepción *semántico-pragmática o selectiva*). En este enfoque las normas no serían entidades empíricas sino abstractas, al igual que para la concepción cognoscitiva. En *TAD* he tratado de justificar mi opción por esta última alternativa. Las dificultades que puntualizan Agüero y Ramírez respecto del modo de determinar la actitud proposicional de órganos colegiados y el modo en que se presentaría la selección

²⁵ Cfr. Navarro y Rodríguez 2022.

de mundos normativamente ideales en el caso de las normas implícitas, pueden ser tales para quien concibe a las normas como actos de prescribir. El problema sería aquí cómo identificar un único acto de prescribir en el caso de los órganos colegiados, sumado ello a que los diferentes sujetos que los conforman podrían tener actitudes proposicionales distintas, y en el caso de las normas implícitas que el acto de prescribir resultaría inexistente. Pero si se concibe a las normas como significados con un componente pragmático no parece problemático admitir que puedan existir normas a partir de actos complejos de promulgación o pese a que no existan tales actos, porque lo relevante para identificar una norma así entendida sería el contenido significativo de la formulación normativa promulgada o de la práctica social de seguimiento de una norma implícita.

Pasando ahora a la interpretación jurídica, una primera cuestión que resaltan Agüero y Ramírez es que en mi defensa de una concepción indeterminista parcial habría enfatizado la importancia de los casos paradigmáticos y las similitudes relevantes, algo que resultaría compatible con las versiones más plausibles de la teoría causal de la referencia, a la que yo habría presentado al evaluar críticamente la tesis de la única respuesta correcta. A juicio de los autores, entendida de tal modo la teoría causal de la referencia no debería estimarse como incompatible con otras concepciones de la interpretación, como la tesis de la indeterminación parcial. Sobre esto me limitaré a decir que solo he sostenido que algunos defensores de la tesis de la única respuesta correcta han pretendido justificar su postura acudiendo a la teoría causal de la referencia, no que esta última resulte incompatible con otras concepciones de la interpretación. Pero quizás debería haberlo aclarado explícitamente y, en todo caso, agradezco la observación de los autores por permitirme aclararlo aquí.

En segundo lugar, Agüero y Ramírez creen advertir una inconsistencia en sostener, por una parte, que todo problema de subsunción individual puede generalizarse como un problema de subsunción genérica bajo cierta descripción del caso individual y, por otra parte, que vaguedad y ambigüedad constituyan problemas conceptualmente independientes. Ello porque si las normas correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, y los casos genéricos dependen de qué propiedades sean relevantes, resolver un supuesto de vaguedad supondría adoptar cierta posición sobre cómo entender las propiedades relevantes y, por lo tanto, sobre el alcance de un caso genérico. Entonces, la resolución de un problema de vaguedad pondría de manifiesto que en tales casos se duda, entre dos o más normas que presentan configuraciones diversas del caso genérico, cuál es la expresada por cierta formulación normativa.

No creo que exista aquí ninguna inconsistencia. Guastini ha sostenido que la existencia de casos claros de aplicación de al menos algunas normas jurídicas podría determinar que, bajo ciertas condiciones, pudiera considerarse que los enunciados de subsunción pueden ser verdaderos o falsos, pero eso no diría nada sobre los enunciados interpretativos en sentido estricto, que carecerían de valores

de verdad²⁶. Contra esto sostuve que en realidad cualquier problema de subsunción individual requiere de cierta descripción del caso individual y, por ello, puede generalizarse como un problema de subsunción genérica. Cuando, por ejemplo, se duda si una norma que sanciona el robo agravado por el uso de arma cubre o no el caso de una persona que amenaza a otra con sustraerle sus pertenencias con la utilización de un arma de fuego descargada, esa duda requiere resolver la cuestión de si cualquier situación semejante en la que esté involucrado el uso de un arma de fuego descargada queda o no comprendida en el alcance de la norma, y esto puede igualmente presentarse como una duda sobre el valor de verdad del enunciado interpretativo «La disposición “Debe sancionarse con la pena x a quien se apodere de bienes ajenos mediante la amenaza de uso de un arma” significa que debe sancionarse con la pena x incluso a quien se apodere de bienes ajenos mediante la amenaza de uso de un arma de fuego descargada». De eso concluía que, si se admite que pueden existir casos claros de aplicación de las normas, entonces es necesario aceptar que al menos algunos enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos.

Pero de esto no se sigue en absoluto que la vaguedad y la ambigüedad no sean problemas conceptualmente independientes. Una cosa es sostener que un texto admite más de una interpretación diferente como su significado y otra distinta es sostener que un significado ya atribuido a un texto puede tener un margen mayor o menor de imprecisión. Puede por supuesto ocurrir que la vaguedad de los conceptos contenidos en las normas sea vista a ciertos fines como insatisfactoria, y que ello obligue a modificar el sistema, sea mediante la introducción de una definición que estipule un límite más preciso a esos conceptos, sea mediante la lisa y llana introducción de otras propiedades como relevantes que permitan efectuar mayores o mejores distinciones. Pero en tanto esto no ocurra, si un juez pretende justificar sus decisiones en las normas del sistema deberá incluir el caso particular dentro de las categorías delimitadas por las propiedades tomadas como relevantes. De manera que, aunque las normas puedan contener conceptos vagos, ello no significa que no pueda determinarse qué normas componen el sistema ni tampoco que ellas no determinen particiones.

No obstante ello, también he sostenido, en crítica aquí contra Brian Leiter²⁷, que la ambigüedad derivada de la existencia en el derecho de distintos cánones de interpretación potencialmente en conflicto, sumada a la vaguedad o textura abierta de las normas jurídicas, no necesariamente potenciaría la indeterminación del derecho. Cuando se habla de cánones de interpretación en conflicto lo que se quiere señalar es que diferentes criterios interpretativos pueden ofrecer pautas incompatibles sobre cómo resolver un mismo *caso*, de manera tal que ordinariamente los distintos

²⁶ Cfr. Guastini 2017: 37.

²⁷ Cfr. Leiter 2007: 117-119.

métodos de interpretación difieren en sus resultados precisamente en cuanto a si cierto caso, que cae en la zona de penumbra de aplicación de una regla, debe o no considerarse comprendido dentro de su alcance o, si se quiere, en cuanto a qué casos quedan comprendidos en la zona de claridad y cuáles en la zona de penumbra. De modo que, cuando los cánones interpretativos difieren en sus resultados, muchas veces lo que hacen es establecer distintas delimitaciones admisibles de la textura abierta de las reglas. Ahora bien, esto solo significa que, como la interpretación es un proceso dinámico, puede ocurrir que una vez asignado un significado *prima facie* a un texto, y advirtiéndose un caso problemático de aplicación, se acuda a argumentos interpretativos a fin de reevaluar los alcances del término problemático. No significa, en cambio, que la vaguedad no sea conceptualmente distinguible de la ambigüedad.

En tercer lugar, Agüero y Ramírez consideran que existirían ciertas tensiones internas entre la concepción adscriptiva de las normas y la tesis de la indeterminación parcial. Por una parte, se preguntan en qué sentido las normas requerirían para su identificación de la interpretación si la selección de mundos normativamente ideales no es realizada por los intérpretes sino por quienes establecen el significado, que en el caso de las normas expresamente formuladas sería la autoridad normativa y en el caso de las normas implícitas toda la comunidad. Por otra parte, si a mi juicio las normas preexisten a la interpretación, resultaría extraño que no le haya dado un papel más relevante a la intención del legislador en la interpretación. Podría ser que el legislador seleccione mundos normativamente ideales tomando en cuenta el lenguaje ordinario, pero tampoco le habría asignado mayor relevancia al lenguaje ordinario ni al argumento literal, y en lugar de ello me habría centrado en las convenciones interpretativas imperantes, sin aclarar cómo se concilian las selecciones llevadas a cabo por el legislador y las de los intérpretes, sobre todo cuando estas se forman con posterioridad a la promulgación de una disposición. Ello resultaría particularmente problemático cuando, como lo hago, rechazo que el legislador solo produzca textos o un conjunto de significados alternativos jurídicamente admisibles entre los cuales los intérpretes pueden escoger. La idea de que la autoridad normativa practica la selección de los mundos normativamente ideales solo parecería apta para explicar lo que ocurre en los casos claros, pero si las normas correlacionan casos genéricos con soluciones normativas y si, como yo sugeriría, los jueces configuran el significado de las normas generales cuando resuelven casos individuales problemáticos, no podría hablarse de normas establecidas de antemano por el legislador incluso respecto de los casos fáciles. Finalmente, les parece cuestionable que sostenga, con base en el convencionalismo profundo, que podría haber casos claros que no resultan tales para ningún miembro de la comunidad, pues no resultaría claro cómo acceder a esos supuestos acuerdos profundos y cómo distinguir los casos en los que existe una respuesta correcta de aquellos en los que hay discreción.

Mi respuesta a todo esto es la siguiente. Si se emplea la expresión “interpretación” en sentido amplio, esto es, como la operación consistente en identificar o atribuir

significado a una formulación normativa o práctica social con independencia de si existen dudas o no sobre ello, tal como la he empleado en *TAD* luego de aclarar su ambigüedad, la identificación de cualquier norma requiere siempre de interpretación. Considerando el caso de normas que cuentan con una formulación autoritativa, de acuerdo con la tesis de la indeterminación parcial que he defendido, quien promulga una cierta formulación normativa no se limita a dar a conocer un texto desprovisto de todo significado. Si, volviendo al ejemplo ya comentado, una cierta autoridad jurídica promulga una formulación que expresa “Debe sancionarse con la pena x a quien se apodera de bienes ajenos mediante la amenaza de uso de un arma”, ese texto, dado el significado ordinario de las palabras que lo componen, incluye ciertas situaciones y excluye otras. Por ejemplo, resultaría extravagante que alguien sostuviera que la norma expresada por ese texto se aplica al caso de una persona que se apodera de bienes ajenos mediante el uso de un lenguaje persuasivo que lleva a engaño a la víctima, porque la expresión “arma”, por muy problemática que pueda resultar, no cubre situaciones como esa. Desde luego, pueden existir convenciones interpretativas en la comunidad jurídica, ya sea preexistentes, ya sea concomitantes o posteriores a un acto de promulgación, que amplíen, restrinjan o modifiquen radicalmente el sentido ordinario de las palabras que aparecen en las formulaciones normativas. Las normas, entendidas como selecciones de ciertos mundos como normativamente ideales, existen como tales cuando se correlaciona un cierto sentido a ciertas expresiones lingüísticas o prácticas sociales, y esa correlación es llevada a cabo por el intérprete. Pero, como dije, los textos dados a conocer por las autoridades poseen ya un cierto sentido de acuerdo con el uso ordinario del lenguaje o las prácticas interpretativas preexistentes, de manera que frente a casos claros la correlación de un sentido a las formulaciones normativas por los intérpretes será una actividad puramente cognoscitiva. Frente a otros casos, en cambio, pueden surgir considerables dudas sobre si ellos resultan o no alcanzados por la norma expresada por cierta formulación normativa. Por ejemplo, frente al texto antes considerado, resulta al menos controvertible si el significado de la expresión “arma” se aplica o no al caso de un arma de fuego descargada. Si no existen convenciones interpretativas previas o concomitantes a la promulgación del texto que incluyan o excluyan ese caso, el derecho resultará indeterminado a su respecto. La norma expresada por la formulación normativa comentada incluirá claramente ciertos casos, excluirá claramente otros, y resultará indeterminada frente a algunos otros, como el de las armas de fuego descargadas. Si con posterioridad se consolida una práctica interpretativa que incluye o excluye dentro de la norma expresada por el texto en cuestión el caso de las armas de fuego descargadas, eso importará un cambio en la norma que el texto expresa. Ese es el modo en que se *«concilian las selecciones llevadas a cabo por el legislador y por los intérpretes»*. En síntesis, a veces el lenguaje utilizado por la autoridad es lo suficientemente claro como para determinar que cierto caso queda comprendido dentro del alcance de la

norma promulgada y otras veces no. Y cuando esto no es así, pueden no obstante existir convenciones interpretativas lo suficientemente extendidas como para determinarlo. La selección de ciertos mundos como normativamente ideales en contextos institucionales es compleja, no determinada únicamente por la autoridad, pero tampoco únicamente por el intérprete.

Si bien de acuerdo con la tesis de la indeterminación parcial los textos dados a conocer por las autoridades poseen ya un cierto significado, eso no implica que las normas «*preexistan a la interpretación*» si se emplea como dije un sentido amplio de interpretación, y tampoco implica que deba asignarse ninguna prioridad a la intención del legislador, al lenguaje ordinario o a la interpretación literal por sobre otros argumentos interpretativos que puedan prevalecer de acuerdo con las contingentes convenciones interpretativas vigentes.

Con respecto al convencionalismo profundo, lo que he sostenido en *TAD* es que, debido al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein²⁸, la existencia de una norma no puede estar determinada meramente por un acuerdo respecto de sus casos de aplicación, pues entonces ella no podría ofrecer ninguna pauta de corrección ya que cualquier aplicación futura podría hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasadas de acuerdo con alguna norma. El acuerdo que resulta relevante para identificar la existencia de una norma es el que recae sobre los criterios que guían su uso, lo que significa que una comunidad puede compartir ciertos criterios de corrección pese a que no exista entre sus miembros un acuerdo perfecto en sus aplicaciones y pese a que no todos puedan expresar exhaustivamente dichos criterios²⁹. En el ejemplo que vengo utilizando, podría ser que no exista entre los intérpretes un acuerdo pleno respecto de si un arma de fuego descargada es un arma a los fines de la agravante del robo, o si puede reputarse como tal una botella rota, pero podría ser que esas diferencias convivan con un criterio uniformemente seguido en la práctica de aplicación de la norma aludida según el cual qué sea o no un arma no puede depender exclusivamente de la percepción subjetiva de la víctima, algo que quizás no resuelva todo caso problemático pero sí permita dar respuesta a ciertos casos problemáticos de aplicación. Por ello, 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.

Si lo único de lo que dispusiéramos fuera de un acuerdo en el modo de resolver ciertos casos, eso no nos garantizaría en absoluto que todos estemos siguiendo la misma norma. La razón por la que diríamos que al determinar un cierto resultado estamos siguiendo una norma no es que todos concordamos en responder del mismo modo, sino que disponemos de un mecanismo o criterio de corrección, quizás no formulado e implícito en nuestras prácticas, para evaluar como correcta una respuesta e incorrecta

²⁸ Cfr. Kripke 1982.

²⁹ Cfr. Bayón 2002.

una respuesta distinta. Desde luego, la existencia de una norma 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.

Finalmente, nunca he sostenido que los jueces «*configuren el significado de las normas generales cuando resuelven casos individuales problemáticos*», o algo parecido a eso. El derecho frente a los casos problemáticos resulta indeterminado. Pero eso no obsta a que los jueces deban resolver incluso tales casos, y para justificar sus decisiones frente a ellos deberán hacerlo apelando a razones de carácter general. Si las normas jurídicas existentes no brindan una solución clara para el caso considerado, el juez deberá integrar al sistema de normas que conforme para justificar su decisión pautas adicionales, o modificaciones o precisiones en las normas existentes, de modo de poder llegar a derivar una solución. Eso no significa que tales adiciones, modificaciones o precisiones impacten automáticamente en la configuración del sistema jurídico vigente. Puede que a la larga lo hagan, si se consolidan interpretaciones entre diferentes operadores judiciales frente a casos similares que terminen incidiendo sobre las convenciones interpretativas, pero que esto ocurra o no es algo enteramente contingente.

En cuarto lugar, en lo que concierne a los cánones o argumentos interpretativos, Agüero y Ramírez sostienen que no resultaría clara la relación que establezco entre el significado ordinario y las convenciones interpretativas, puesto que en ciertos pasajes parecería dar prioridad al lenguaje ordinario, cuando las convenciones interpretativas existentes podrían discordar con este último. Al hablar de los argumentos interpretativos no le daría prioridad al argumento de la intención del legislador, e incluso cuestionaría que resulte plausible recurrir a él, y al referirme al rol del legislador por momentos no le conferiría prioridad a los usos al momento de la producción, pero al hablar de ambigüedad sí lo haría pues sostendría que una formulación podría no ser ambigua para el emisor pero sí para el intérprete, y solo si el intérprete seleccionó el mismo significado empleado por la autoridad normativa su interpretación no sería creativa. En términos más generales, mientras una concepción hartiana de la interpretación daría particular relevancia al lenguaje ordinario por consideraciones teóricas ligadas al concepto de derecho, en mi caso no habría presentado una articulación teórica clara entre mi teoría de la interpretación y mi teoría del derecho.

Comenzaré aquí por el final. En el análisis de Hart del derecho el lenguaje ordinario ocupa un papel central debido a su concepción general del análisis filosófico, fuertemente influida por la filosofía del lenguaje ordinario predominante en su tiempo y su entorno formativo³⁰. No obstante, no me parece que para Hart el lenguaje ordinario tenga prioridad para la interpretación jurídica frente a otras posibles opciones o que su concepción del derecho implique que deba dársele particular relevancia al lenguaje ordinario en la interpretación jurídica. Sea esto

³⁰ Cfr., por ejemplo, Lacey 2004: 310 y ss.

como fuere, es correcto que no he dicho casi nada sobre las consecuencias que se seguirían de la teoría del derecho que he defendido respecto de la teoría de la interpretación. Y ello sencillamente porque no creo que de mi concepción del derecho se derive nada en particular al menos respecto de las *teorías normativas de la interpretación*.

En el capítulo II de *TAD*, al referirme a las tesis centrales del positivismo, sostuve que aunque se podría controvertir si se trata de una consecuencia necesaria de la adopción de las tesis de la separación y de las fuentes sociales, los más destacados pensadores positivistas, como Kelsen, Hart, Ross y Raz, si bien con diferencias de formulación y énfasis, concuerdan en sostener que en todo sistema jurídico hay casos que no resultan claramente regulados por sus normas, frente a los cuales ninguna decisión es impuesta de manera incontrovertible. Eso supondría un compromiso al menos con la tesis de la indeterminación parcial en cuanto a la naturaleza de la interpretación, aunque pensadores positivistas como Guastini o el propio Ross parecen más próximos a alguna versión de la tesis de la indeterminación radical. Tampoco descarto que se pueda ser positivista y sostener alguna forma de defensa de la tesis de la única respuesta correcta, si bien esto es algo menos frecuente.

La tesis de la única respuesta correcta, la tesis de la indeterminación radical y la tesis de la indeterminación parcial, son como dije diferentes *concepciones acerca de la naturaleza de la interpretación*. Se trata de distintas posturas teóricas respecto de qué características posee la actividad interpretativa y sus resultados, así como sobre el carácter de los enunciados interpretativos del tipo “La formulación normativa FN significa S”, una controversia que reviste carácter conceptual. Por contraste, también existen *teorías normativas de la interpretación*. Tales teorías ofrecen y a veces sistematizan distintas razones en favor de la atribución de un cierto significado a las disposiciones legales o formulaciones normativas, esto es, buscan justificar un cierto resultado interpretativo. Puede tratarse de teorías locales, que ofrecen argumentos para justificar un cierto modo de interpretar alguna norma, conjunto acotado de normas o un cierto sector del ordenamiento jurídico, o bien teorías con aspiraciones globales que pretenden justificar un cierto modo de interpretar el derecho en general y de jerarquizar los diferentes argumentos interpretativos. Como lo señala Chiassoni³¹, las razones que se ofrecen desde este punto de vista son retóricas y pertenecen al ámbito del razonamiento práctico y persuasivo, no demostrativo o lógico, y están conformadas por argumentos interpretativos. Estas teorías normativas de la interpretación, debido al objeto que persiguen, dependen de una cierta concepción política, ideológica, valorativa o moral.

Si la concepción positivista del derecho no implica necesariamente un compromiso con una determinada concepción respecto de la naturaleza de la interpretación, mucho menos supone compromiso alguno con una cierta teoría normativa de la

³¹ Cfr. Chiassoni 2011: 72 y ss.

interpretación. Tampoco la adopción de la tesis de la indeterminación parcial como concepción acerca de la naturaleza de la interpretación implica necesariamente un compromiso con cierta teoría normativa de la interpretación. Lo que sí se sigue de la tesis de la indeterminación parcial, tal como lo he puntualizado en el libro, es que los distintos “métodos”, “técnicas” o “cánones” de interpretación pueden fundar interpretaciones diferentes e incompatibles de un mismo texto legal. Con frecuencia más de uno de estos distintos argumentos es aplicable en una misma situación; en ciertas ocasiones esto podría ser nada más que un caso de argumentos coincidentes, pero en otras su fuerza individual puede verse incrementada por un efecto acumulativo. No obstante, puede ocurrir exactamente lo opuesto: la pluralidad de argumentos puede justificar interpretaciones rivales. Los conflictos entre estos diferentes métodos de interpretación en relación con casos del mismo tipo son el resultado de puntos de vista valorativos parcialmente incompatibles. A fin de superar este tipo de situaciones sería necesario contar con un conjunto de metacriterios que permitan seleccionar entre los resultados en pugna del uso de distintos métodos de interpretación. Pero, desafortunadamente, aunque muchos autores han hecho esfuerzos para ofrecer metacriterios semejantes, ellos no son incontrovertibles, ni unívocos ni completos. De modo que resulta insostenible la pretensión de emplear estos distintos criterios para encontrar una única interpretación “correcta” o “verdadera” de las formulaciones normativas dadas a conocer por las autoridades cuando ellas resultan imprecisas o ambiguas. Vale aclarar que lo señalado no debe confundirse con la igualmente infundada tesis de que ninguna conclusión interpretativa puede considerarse objetivamente correcta frente a ninguna formulación normativa, que es lo que sostendría el escepticismo radical. Que muchas veces diferentes argumentos puedan conducir a interpretaciones diferentes y no existan pautas para determinar cuál sea la correcta no obsta a que en ciertas ocasiones ellos converjan en una misma interpretación, o que al menos frente a ciertos casos todas las interpretaciones admisibles concuerden.

Por esta razón es que no he pretendido dar prioridad a ningún argumento interpretativo en particular por sobre otros, y si en algún punto esto no ha quedado claro es bueno aclararlo aquí. Así, no he pretendido dar prioridad al lenguaje ordinario, ni al argumento literal, ni a la intención del legislador, ni a los usos al momento de la producción o de la aplicación. Hacerlo dependería de consideraciones valorativas y de contemplar en particular las contingentes prácticas de interpretación vigentes en cada comunidad jurídica, y no es algo que se siga ni de mi concepción del derecho ni de mi concepción acerca de la naturaleza de la interpretación.

Este punto se vincula con las reflexiones de Alessio Saro en torno a las relaciones entre el originalismo y el positivismo jurídico. Saro resalta que existiría una laguna en mi trabajo respecto del originalismo y su conexión con el positivismo. En lo primero tiene sin duda razón: no existe en *TAD* siquiera una mención al originalismo, y eso constituye una seria omisión puesto que al menos al referirme

a los argumentos interpretativos que focalizan la atención en la intención histórica del legislador, así como en las páginas dedicadas al análisis de los principios constitucionales y su interpretación, debería haber incluido al menos una referencia a la tesis originalista. En cuanto a la conexión entre positivismo y originalismo, como bien lo apunta Sardo y ya lo he señalado, desde mi enfoque analítico no advierto ninguna conexión necesaria entre una cierta concepción acerca del derecho y una cierta teoría normativa de la interpretación. Desde luego, desde la perspectiva de una concepción del derecho como parte de las ciencias sociales y de la historia de las ideas sí resulta muy relevante resaltar las posibles relaciones contingentes entre modelos del derecho y de la interpretación.

Sardo sostiene que el positivismo y el originalismo tienen varios rasgos en común:

- i) un profundo escepticismo respecto del objetivismo ético;
- ii) la idea que el derecho puede ser identificado de manera neutral;
- iii) la asunción de que un hecho institucional particular, el acto de promulgación, resulta central para caracterizar el derecho;
- iv) la creencia de que el contenido semántico del derecho deriva primordialmente del texto de los documentos normativos y de las intenciones de sus autores.

Concuerdo con Sardo en que estos rasgos son características atribuibles al originalismo. También en que ciertas formas de defensa del positivismo jurídico se han comprometido con ellos. No obstante, en mi caracterización del positivismo jurídico en el capítulo II de *TAD* he sostenido que, en cuanto tal, el positivismo solo se compromete con la tesis ii), si por “neutral” se interpreta una referencia a la neutralidad valorativa. En cambio, he descartado expresamente la tesis i): sin desconocer que muchos positivistas de gran significación, como es el caso de Kelsen, Ross, Bulygin o Guastini, por poner unos pocos ejemplos, han sostenido su posición positivista precisamente a partir del presupuesto del rechazo del objetivismo moral, el escepticismo ético no puede tomarse como un rasgo definitorio del positivismo. Tal como he señalado, 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 objetiva³².

También he descartado expresamente la tesis iii), porque la tesis de las fuentes sociales del derecho no es equivalente a sostener que la fuente primordial del derecho sea la legislación. Esa tesis es propia del formalismo de comienzos del siglo XIX, que exaltara las virtudes de la actividad legislativa y que posee más puntos de contacto con las doctrinas iusnaturalistas que con el positivismo jurídico. En cuanto a la tesis iv), esto es, que el contenido del derecho se derive primordialmente de los

³² Véase lo que sostuviera al respecto en mi replica a Riccardo Guastini en Rodríguez 2022: 183-184.

documentos normativos, parece una idea fuertemente emparentada con la tesis iii), que como dije no es distintiva del positivismo jurídico, y resulta además jaqueada por una dificultad que resaltara en el capítulo I de *TAD*: que las normas que deben su existencia a su formulación en el lenguaje presuponen –pues lo contrario conduciría a un regreso al infinito– otras implícitas en nuestras prácticas normativas cuya existencia no depende de ninguna formulación lingüística³³. En cuanto a las intenciones del legislador, por los motivos ya expuestos no creo que el positivismo se comprometa con la primacía de dicho canon interpretativo.

Sin perjuicio de lo expuesto, concuerdo con Sardo en que existen muchas semejanzas relevantes entre cierto tipo de originalismo y cierto tipo de positivismo. También me parece correcto sostener, como lo muestra Sardo, que al menos ciertos originalistas utilizan argumentos muy próximos al positivismo para justificar su teoría interpretativa y para atribuir legitimidad, validez o fuerza vinculante a la constitución, y que ciertos positivistas contemporáneos, como es el caso de Raz, Marmor o Shapiro, si bien caracterizan el proceso legislativo en términos de intenciones colectivas, rechazan explícitamente el originalismo como método de interpretación, por lo que la superposición entre originalismo y positivismo sería solo parcial.

A lo expuesto me gustaría agregar que, si bien muchas veces se presenta al originalismo en la interpretación constitucional como opuesto a una lectura moral de la constitución, estas dos visiones no resultan conjuntamente exhaustivas. No creo que haya ninguna razón que fuerce a concluir que si se rechaza el originalismo es preciso comprometerse con la idea de que la constitución debe ser leída bajo su mejor luz de acuerdo con una cierta concepción moral que se asume como objetiva. Más allá de lo que he señalado, entrando en un análisis sustantivo de la cuestión, me parece altamente controvertible y muy difícil de justificar que las cláusulas de una constitución deban ser leídas de conformidad con la interpretación que tenían en mente quienes las promulgaron. Marmor ha sostenido que no es una cuestión accidental de los procedimientos democráticos el que den por resultado un texto dotado de autoridad, pues uno de los objetivos primordiales que motivan que los debates parlamentarios culminen en el voto de un texto particular consiste en que, frente a los diferentes fines o propósitos que pueden perseguir los distintos participantes del debate con su promulgación, es necesario establecer, del modo más preciso que sea posible, qué es aquello que, habiéndose acordado, resulta suficiente para obtener apoyo mayoritario³⁴. Pienso que si esto vale en general para las normas jurídicas promulgadas, con mayor razón vale para el texto constitucional, dado que parece más que controvertible que las constituciones, destinadas ordinariamente a perdurar por muchos años y a obligar a generaciones futuras, deban ser leídas con particular deferencia a las ideas de sus circunstanciales redactores, quizás

³³ Cfr. Rodríguez 2021: 65 y ss.

³⁴ Cfr. Marmor 1992: 175.

muertos hace muchos años, o tratando de reconstruir contrafácticamente sus intenciones, o apelando al significado que se asignaba ordinariamente a la palabras de la constitución al tiempo en que fuera promulgada. Pero rechazar el originalismo, como decía, no compromete necesariamente con una lectura moral de la constitución, no solo porque tal cosa implica un compromiso con la objetividad de la moral, un punto de vista que no comparto, sino porque parece razonable pensar que el contenido semántico de la constitución debe actualizarse de acuerdo con las convenciones interpretativas y las valoraciones vigentes en cada momento (*living constitutionalism*), no de acuerdo con la visión iluminada de alguien que se arrogue el conocimiento de lo que una supuesta moral objetiva exige³⁵.

4. Universalismo, derrotabilidad y conflictos. Respuesta a Cristina Redondo

En su comentario crítico, centrado en ideas planteadas en los capítulos IV y VII de mi libro, Cristina Redondo examina mi caracterización del universalismo como concepción del razonamiento práctico y al sentido en el que las normas ofrecen razones para la acción. En particular, objeta mi distinción entre dos sentidos en los que puede hablarse de derrotabilidad de las normas jurídicas, uno vinculado a la identificación de tales normas y otro vinculado a su aplicación en casos particulares, para luego concentrarse en la resolución de conflictos entre principios constitucionales, señalando que la concepción universalista que afirmo defender no sería compatible con aceptar la posibilidad de derrotabilidad en la aplicación de las normas jurídicas. Redondo postula, en cambio, que una concepción universalista de las razones que ofrece el derecho, aunque se comprometería con la idea de que las normas jurídicas son inderrotables, podría dar cuenta de la existencia de conflictos entre normas en los que la decisión no se tome necesariamente con una discrecionalidad fuerte sino con una discrecionalidad limitada.

Dejo para el final el análisis de esta última propuesta. Ahora bien, a fin de evaluar esa posibilidad, Redondo examina algunas de las ideas que he tratado de sostener en el libro y señala que si bien yo defendería una concepción universalista de las razones y distinguiría entre el fenómeno de la admisión de excepciones y la presencia de conflictos, formularía ciertas afirmaciones que trivializarían ambas tesis, en particular al sostener que en los casos de conflicto entre normas constitucionales ellas podrían resultar derrotadas al momento de su aplicación por consideraciones cuya relevancia no estaría predeterminada por el sistema jurídico.

Al examinar la controversia entre el universalismo y el particularismo en el razonamiento práctico, en *TAD* he señalado que una objeción que ordinariamente se dirige al universalismo es que resultaría imposible ofrecer una reconstrucción de todas

³⁵ Para una reciente evaluación crítica del problema, véase Gargarella 2021: 218 y ss.

las propiedades generales normativamente relevantes que permita efectuar frente a cada caso un balance perfecto entre todas las normas concebibles para determinar qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes. Redondo considera que el universalismo no tiene por qué responder a este cuestionamiento porque no estaría en absoluto obligado a sostener que todo sistema de normas universales es, por esta misma razón, consistente o carente de conflictos.

Conuerdo aquí con Redondo. Si bien no desarrollé esto en el libro, estimo que es erróneo atribuir al universalismo un compromiso con la idea de que es posible efectuar una reconstrucción completa y consistente de la totalidad de las excepciones que deberían introducirse para restringir el alcance de cada una de tales normas a fin de que no entre en conflicto con las demás³⁶, dado que la completitud y consistencia de los sistemas normativos son propiedades contingentes. La asociación del universalismo con esta idea parece confundir un problema conceptual consistente en determinar en qué consiste justificar una decisión práctica, con un problema sustantivo relativo a qué características posee uno de los elementos de la relación de justificación. La vinculación entre el universalismo y esta idea deriva, creo, de que ciertos autores que defienden una concepción universalista de la justificación de las decisiones en materia de conflictos entre derechos constitucionales lo hacen desde una concepción cognoscitivista extrema en materia de interpretación constitucional, comprometida con la tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cualquier caso, a su vez asociada con una tesis cognoscitivista igualmente extrema en materia metaética.

Sin embargo, una cosa es sostener que las normas a las que el universalismo se refiere, cuando sostiene que justificar una decisión práctica consiste en subsumir un caso en una norma de carácter general para derivar para el caso la solución en ella prevista, tienen que ser concebidas como inderrotables, y otra distinta es sostener que los sistemas normativos son necesariamente completos y consistentes. Luego de comentar que es usual atribuir al universalismo la objeción de que no sería posible ofrecer una reconstrucción de todas las propiedades generales normativamente relevantes para determinar qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes, sostengo que, aunque esto fuera así, ello no implicaría que justificar una decisión frente a un caso no signifique lo que el universalismo sostiene que significa, pero sí que:

[...] la justificación práctica debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y abierto a reconsideración de las razones en juego³⁷.

³⁶ En Moreso 2009: 295 y ss. se toma a esta idea como una de las características distintivas de la concepción subsuntiva o universalista de la razón práctica, no así en otras obras del autor.

³⁷ Rodríguez 2021: 693.

Al respecto Redondo señala que, si bien no resultaría muy clara, esa conclusión parecería una renuncia explícita a una concepción universalista de las razones puesto que el universalismo no admitiría que la justificación esté abierta a la reconsideración de las razones en juego. En realidad, no creo que haya aquí ninguna renuncia al universalismo. El modelo universalista se compromete con la idea de que las normas poseen relevancia uniforme e invariable, no contextual y variable; pero el universalismo supone que se trate a los elementos de un sistema normativo de ese modo, no que ese sistema sea pétreo y no pueda estar sujeto a cambios. El párrafo del que Redondo extrae esta oración dice previamente lo siguiente:

Lo que pone de manifiesto la objeción es que ciertos casos particulares pueden revelarnos que no somos conscientes de todas las consecuencias que se siguen de nuestras convicciones normativas; pueden poner en crisis nuestras convicciones; pueden destacar la necesidad de que las refinemos o que las modifiquemos, y pueden incluso demostrar la concurrencia de razones inconmensurables entre sí. En otras palabras, la objeción no demuestra que la noción de justificación que ofrece el universalismo sea incorrecta, sino, a lo sumo, que los sistemas normativos desde los cuales efectuamos nuestras evaluaciones pueden ser imperfectos³⁸.

Lo que pienso, y he tratado de reflejar en el párrafo, es que la justificación es siempre relativa a un cierto conjunto de premisas, y en el caso de la justificación práctica, el hecho de que tratemos a las normas como inderrotables no implica que no podamos revisarlas y modificarlas en el futuro si advertimos que ellas son imperfectas. Lo que sería incompatible con el universalismo es que, en el contexto de una cierta decisión, se trate a la norma que se emplea como fundamento de la decisión como abierta a la deliberación de todas las razones en juego.

Uno de los puntos centrales de las observaciones críticas de Redondo consiste en que a su juicio una concepción universalista debería distinguir entre derrotabilidad de las normas y conflictos entre normas, lo que a la vez supondría diferenciar entre la pérdida de relevancia por admisión de excepciones no identificables *ex ante* y la superabilidad del peso de las razones invariables y uniformes que expresarían las normas. Esta última distinción ha sido planteada con anterioridad por Redondo en los términos de *derrotabilidad en sentido lógico*, esto es, la cuestión de si los condicionales que expresan las normas son lógicamente derrotables o no, y *derrotabilidad sustantiva o derrotabilidad de la fuerza de las razones*, esto es, la cuestión de si las normas expresan razones de peso superable o insuperable.

En *TAD* he sostenido que el uso de herramientas lógicas derrotables en el dominio normativo debe ser distinguido de la tesis sustantiva de que, debido a cierta razón o plexo de razones, las normas jurídicas generales serían derrotables en el

³⁸ Rodríguez 2021: 693.

sentido de que todas ellas estarían sujetas a una lista de excepciones que resultaría imposible enumerar exhaustivamente. Y en este punto examiné críticamente la distinción que propone Redondo entre la derrotabilidad como problema lógico-formal vinculado a la estructura de los enunciados que expresan normas y la derrotabilidad de la fuerza o peso que las normas poseen en el razonamiento práctico. Para Redondo, solo una norma que posea la estructura de un condicional estricto, esto es, inderrotable, podría operar como una razón-premisa en un razonamiento práctico, más allá de que pueda ser derrotada por el mayor peso o fuerza de otras razones. En otras palabras, solo una norma que posea una estructura condicional inderrotable desde el punto de vista lógico podría expresar una “*norma genuina*”, porque si fuera derrotable no podría a partir de ella obtenerse conclusiones respecto de casos particulares mediante una forma de inferencia como el *modus ponens*, pues para los condicionales derrotables dicha regla de inferencia no vale.

Una primera cuestión que observé en nota sobre esta distinción de Redondo es que ella no podría apoyarse en la distinción entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa. Redondo había afirmado previamente al respecto que:

[...] la derrotabilidad lógica de un enunciado afecta a su aplicabilidad interna mientras que la derrotabilidad del peso de las razones que un enunciado expresa afecta a la aplicabilidad externa del mismo sin afectar ni su identidad ni su peso³⁹.

Mi objeción a esto es que, tal como he tratado de sostener en el libro, la distinción entre aplicabilidad externa e interna no me parece sustancial, primero porque depende de cuál sea el criterio de identidad de las normas que se presuponga, cuando en verdad no existe ninguno que resulte forzoso, y segundo porque las calificaciones normativas de ciertas acciones no suelen hacerse por referencia a normas aisladas sino a sistemas complejos de normas, de manera tal que entre decir que una cierta norma no debe aplicarse a un caso porque, no obstante ser internamente aplicable a él, otra la supera en peso, y decir que ella no debe aplicarse al caso porque no lo regula ya que su aplicabilidad interna resulta desplazada por otra norma, no mediaría ninguna diferencia salvo una meramente nominal o de reconstrucción teórica.

Redondo reconoce ahora que la distinción entre aplicabilidad interna y externa es compleja y ambigua, de manera que no podría apoyarse en ella la diferencia entre los dos sentidos de derrotabilidad que propone distinguir, pero observa que de ello no se seguiría que esta última sea una distinción insustancial. Conuerdo aquí con Redondo, y, de hecho, si consigné esto en nota es porque no es lo que me parece más problemático de la distinción. El punto es que, si bien creo entender lo que Redondo pretende diferenciar con estas dos nociones de derrotabilidad, la manera en que ellas se presentan no me parece adecuada.

³⁹ Redondo 2018: 105-106, nota.

En primer lugar, discutir si las normas poseen una estructura lógica derrotable o inderrotable resulta problemático porque ni las normas ni ninguna otra expresión lingüística posee una única estructura lógica sino que, desde el punto de vista lógico, la forma de un enunciado puede representarse de muchas maneras distintas según qué es aquello que desee destacarse a los fines del análisis. Como expuse en el libro, si, por ejemplo, se desea distinguir a la norma expresada por el enunciado “*Si alguien comete homicidio debe ser sancionado con pena de prisión*” como una unidad de discurso distinta de, por ejemplo, “*Los árboles mueren de pie*”, podría representársela simplemente como p y al segundo como q . Si se desea en cambio resaltar la diferente dirección de ajuste de uno y otro enunciado, podría representarse a la primera como Op y al segundo como q . Si en cambio se quiere resaltar la diferencia entre normas subordinadas a una condición, como la que parece presentar “*Si alguien comete homicidio debe ser sancionado con pena de prisión*”, de otras normas que no presentan tal carácter, como “*Cierre la ventana*”, podría representarse a la primera como $p \rightarrow Oq$ y a la segunda como Or . Si se desea remarcar el carácter general que parece presentar la primera para contrastarla con un enunciado del tipo “*Si vas a salir, lleva un abrigo*”, podría representársela como $\forall xyz (Mxy) \rightarrow (OSzx)$, etc.

La introducción de condicionales derrotables para la representación formal de la estructura de ciertas normas ha estado, entre otras cosas, motivada por la intención de dar cuenta de la distinta fuerza en el razonamiento práctico que ellas pueden tener. Por ejemplo, si se desea poner de relieve que la obligación que impone la norma expresada por el enunciado “*Si alguien comete homicidio debe ser sancionado con pena de prisión*” en realidad no está subordinada exclusivamente a la condición que aparece en ella explícita, sino que existen otras condiciones que deben verificarse y que resultan identificables a partir de otras normas que integran el mismo sistema (que quien comete el homicidio no sea menor de cierta edad, que no haya actuado en legítima defensa, etc.), entonces se podría considerar apropiado que en su representación formal se acuda a un condicional derrotable. Por ello, no me parece acertado sostener que haya algo así como una *derrotabilidad lógica* como algo distinto de una *derrotabilidad de la fuerza*. El recurso técnico de acudir en la representación formal de las normas a condicionales derrotables puede ser un vehículo para dar cuenta precisamente del mayor o menor peso de una norma frente a otras, pero el valor que pueda tener el desarrollo de herramientas lógicas como esa no dice desde luego nada todavía en apoyo de la tesis fuerte de que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que se encuentran sujetas a excepciones no exhaustivamente enumerables.

Lo que Redondo califica como derrotabilidad lógica es esto último: concebir a las normas como sujetas a excepciones no exhaustivamente enumerables. Desde un punto de vista formal esto puede representarse mediante un condicional derrotable. Pero, como dije, se podría recurrir a un condicional derrotable para dar cuenta simplemente de que en cierta formulación normativa no se han dado

a conocer todas las excepciones que limitan el antecedente de la norma que dicha formulación expresa, sin comprometerse con la idea de que no contamos con criterios para identificar esas posibles excepciones, esto es, no abre juicio sobre el carácter determinado o indeterminado de las excepciones. El simple recurso a un condicional derrotable no implica necesariamente un compromiso con la tesis fuerte de la derrotabilidad, porque puede ser usado para representar excepciones implícitas, pero no necesariamente no exhaustivamente enumerables.

Hasta aquí, salvo por estas precisiones en lo terminológico, no tengo desde luego objeción alguna en que se identifique un sentido de derrotabilidad con la existencia de excepciones no exhaustivamente enumerables, que es lo que Redondo denomina derrotabilidad lógica. Ahora, Redondo sostiene que una norma inderrotable en sentido lógico puede no obstante ser derrotable en otro sentido que tiene que ver con su fuerza, esto es, si expresa o no una razón de peso insuperable. Reitero que, si bien creo entender la diferencia que desea marcar Redondo, me parece que decir las cosas de este modo es problemático. Desde luego, puede acontecer que tratemos a una norma como inderrotable en el sentido de no sujeta a excepciones que no podemos identificar *ex ante*, lo cual nos permitirá derivar su consecuencia normativa para los casos comprendidos en su antecedente, y luego advertir que ella está en conflicto con otra a la que quizás le asignemos más peso para adoptar cierta decisión. Para Redondo esto es algo sustancialmente distinto de tratar a la primera norma como derrotable en sentido lógico, porque mientras esto último tendría que ver con la identidad de la norma, lo primero tendría que ver con su fuerza y, a su juicio:

[...] la fuerza que le corresponda a una norma como razón para la acción en el momento de la deliberación sobre si se aplica, o se obedece, no afecta necesariamente su identidad ni su estructura interna⁴⁰.

Mi discrepancia con esto es la siguiente: supongamos que tenemos una norma N_1 que prevé una solución para ciertos casos p , pero tenemos otra norma N_2 que prevé una solución incompatible para los casos q , y en un supuesto particular concurren los antecedentes de ambas. Tenemos en ese caso un conflicto. Ahora, si para todos esos casos de conflicto contamos con un criterio de preferencia general que atribuye más fuerza a N_2 sobre N_1 , se podría decir –como creo que lo haría Redondo– que N_1 regula inderrotablemente en sentido lógico todos los casos p , pero que frente a aquellos que además sean casos q la norma N_2 superaría en su fuerza a la norma N_1 . No obstante, dado que como dije nuestro criterio de preferencia de N_2 sobre N_1 para los casos de conflicto es general, la solución prevista en N_1 en realidad solo resultaría aplicable a los casos p que no son q , mientras que para los que además

⁴⁰ Redondo 2018: 114.

son q prevalecerá la solución de N_2 . Y esto equivale a decir que N_1 está sujeta a una excepción implícita que surge en este caso de N_2 y el criterio de preferencia considerado. En otras palabras, una cosa es decir que la fuerza que corresponda a una norma como razón al momento de la deliberación no necesariamente afecta su identidad, y otra diferente es decir que necesariamente no afecta su identidad. Podría ser que lo haga, y si lo hace, en nuestro ejemplo la norma N_1 en realidad no especificaría todas sus condiciones de aplicación. Si por otra parte no podemos descartar que N_1 pueda entrar en conflicto con otras normas y que ellas la superen en peso para tales casos, N_1 estaría sujeta a excepciones no exhaustivamente especificables, esto es, sería derrotable en el sentido que Redondo califica como lógico, de manera que la derrotabilidad de la fuerza colapsa con la derrotabilidad lógica.

Por esta razón es que, en lugar de la distinción tal como la postula Redondo, preferí en el libro utilizar otra distinción: la que media entre la *derrotabilidad en la identificación* y la *derrotabilidad en la aplicación* de las normas. Una cosa es sostener que, en la identificación de las normas de un sistema jurídico, sin tomar en cuenta otros posibles sistemas normativos que puedan competir con las soluciones jurídicas al momento de la toma de decisiones, las normas jurídicas correlacionan inderrotablemente ciertas soluciones normativas a ciertos casos, dado que como no existen en el sistema otras propiedades relevantes, podemos a partir de ellas determinar inderrotablemente cuál es la solución jurídica para ellos. Otra cosa diferente es sostener que las calificaciones normativas que se siguen de las normas de un sistema jurídico pueden ser derrotables en su aplicación a casos particulares de conformidad con consideraciones normativas extrasistemáticas que los órganos jurisdiccionales podrían tomar en cuenta para justificar sus decisiones.

Esta distinción me parece bastante próxima a lo que Redondo quiere diferenciar. De hecho, Redondo ha escrito:

La distinción entre problemas que se refieren a la identificación/estructura de las normas y aquellos que afectan al deber de aplicarlas u obedecerlas es paralela a la distinción entre el problema de la derrotabilidad lógica de los enunciados normativos y el de la derrotabilidad de la razón que ellos contingentemente expresan⁴¹.

Por otra parte, al examinar la postura de Raz, Redondo sostiene:

[...] quien quiere defender que el derecho, al menos en parte, propone reglas o normas “genuinas”, se compromete con una tesis como la del positivismo excluyente o, lo que es lo mismo, con la tesis de la inderrotabilidad lógica de los enunciados individualizados como normas. Pero que los enunciados normativos sean lógicamente inderrotables o excluyentes, en este sentido, no significa que expresen razones

⁴¹ Redondo 2018: 113-114.

excluyentes al momento de su aplicación⁴².

No obstante, Redondo objeta mi distinción entre derrotabilidad en la identificación y derrotabilidad en la aplicación sosteniendo que ella sería incoherente con el universalismo, porque decir que las normas pueden ser excepcionadas teniendo en cuenta propiedades cuya relevancia no está determinada frustraría la idea universalista al excluir la relevancia uniforme e invariable de las normas, siendo indiferente que tales excepciones se introduzcan al momento de su identificación o de su aplicación. Una concepción universalista no podría sostener que las normas que las expresan son inderrotables en su identificación, pero luego, que en su aplicación funcionan como sostiene el particularismo.

No creo que la distinción que postulo sea incoherente ni con el universalismo ni tampoco con el positivismo. Diferenciar dos sentidos de derrotabilidad del modo propuesto podría dar a entender algo así como que una norma podría ser inderrotable en tanto no sea aplicada y volverse derrotable al momento de aplicarla, pero desde luego esa no es mi idea. Lo que pienso, y he tratado de sostener en *TAD*, es que en el marco de un sistema jurídico las normas permiten identificar ciertas propiedades como relevantes. Decir que las normas jurídicas son inderrotables en el plano de la identificación significa que dentro del sistema no existen otras excepciones más que las que surjan de las restantes normas que pertenecen a él. Las normas jurídicas permiten así derivar soluciones para los casos determinados por esas propiedades relevantes de manera inderrotable. Ahora, puede ocurrir que, si confrontamos un sistema jurídico con otro sistema normativo, como un cierto código moral, algunas soluciones jurídicas resulten derrotadas por las disposiciones de ese código. Dejar de lado en la faz de aplicación las soluciones que se derivan de un sistema jurídico en virtud de consideraciones morales es lo que denominó derrotabilidad en la aplicación.

La distinción entre derrotabilidad en la identificación y derrotabilidad en la aplicación de las normas no es más que una especificación de la distinción más general entre derrotabilidad intrasistemática y derrotabilidad extrasistemática: el hecho de que una norma sea inderrotable dentro de un cierto sistema normativo no significa que ella conserve tal carácter si se toman en consideración diferentes sistemas en competencia⁴³. Diferenciar estos dos planos de análisis de la derrotabilidad no es incompatible con el universalismo porque supone interpretar que las normas jurídicas como tales poseen una relevancia uniforme e invariable y permiten derivar soluciones por *modus ponens* para los casos previstos en sus supuestos de hecho. Ahora, tal como lo señala Caracciolo, un rasgo estructural de la noción de justificación es su

⁴² Redondo 2018: 111.

⁴³ Sobre la distinción entre derrotabilidad intrasistemática y extrasistemática, y la prioridad conceptual de la primera sobre la segunda, véase Belzer y Loewer 1997.

carácter relacional: siempre se justifica algo con relación a una o más razones⁴⁴. La expresión “*justificación*” designa una cierta relación entre uno o más componentes de un conjunto de razones y uno o más componentes de otro conjunto compuesto por aquello que hay que justificar, ya sean acciones, normas, deseos, creencias, etc. Por ello, aunque una norma opere como inderrotable en un cierto dominio normativo, en el sentido de que podemos derivar la solución en ella prevista para todos los casos comprendidos en su supuesto de hecho, ello no tiene porqué significar que, si varía el dominio de normas considerado y sumamos a la evaluación normas de otro sistema normativo, no pueda ocurrir que la solución en cuestión resulte superada en virtud de alguna de esas otras consideraciones normativas.

Creo que esto mismo es reconocido por Redondo cuando, refiriéndose a la concepción de Alchourrón y Bulygin, sostiene que:

Identificar normas, tal como ellas están caracterizadas en la teoría de Alchourrón y Bulygin, supone identificar ciertas propiedades en un momento dado (la tesis de relevancia) como inderrotables desde un punto de vista lógico; pero no significa declarar ni relevante ni irrelevante ninguna propiedad (ni siquiera las mencionadas en la norma) desde un punto de vista de su fuerza o peso en el razonamiento práctico. Conforme a la teoría expuesta en *Normative Systems*, una norma lógicamente inderrotable puede no ser considerada una razón para la acción en absoluto, y aun si es considerada como tal, podría ser dejada de lado al momento de su aplicación en virtud de la concurrencia de circunstancias que hacen aplicables razones de mayor peso⁴⁵.

La distinción tampoco es incompatible con el positivismo. Lo que resultaría incompatible con el positivismo es sostener que existe un número indeterminado de factores derrotantes que forman parte del derecho y que solo pueden identificarse en virtud de su valor moral, por lo que debería entenderse que todas las normas jurídicas contienen una cláusula de tipo “*a menos que*”. En *TAD* he sostenido que, si se considera que muchas veces los jueces, al resolver casos particulares, introducen excepciones implícitas en aquellas normas aplicables al caso identificables por su fuente social, y que esas excepciones se fundan en normas que no contaban hasta entonces con una fuente social adecuada (una norma moral, por ejemplo), un positivista puede dar cuenta de este hecho sin resentir sus compromisos conceptuales como un supuesto de:

- a) incumplimiento por parte del juez de los deberes que le fijan las reglas secundarias del sistema;

⁴⁴ Cfr. Caracciolo 2013.

⁴⁵ Redondo 2018: 113.

- b) ejercicio de discrecionalidad por parte del juez que se encuentra autorizado por las reglas secundarias del sistema;
- c) cumplimiento de su deber jurídico por el juez, en razón de la existencia de reglas secundarias que lo obligan a tomar en consideración normas morales para “*morigerar*” la aplicación de las normas jurídicas cuando de ellas se siguen consecuencias manifiestamente injustas, o
- d) modificación del derecho por parte del juez, cuando las reglas secundarias tomen como fundamento para incorporar una nueva norma al sistema el hecho de que un juez la emplee para justificar una excepción en alguna de las ya existentes.

La única alternativa que un positivista (excluyente) no podría aceptar consistiría en afirmar que cuando un juez introduce frente a un caso individual una excepción en una norma identificable por su fuente social con fundamento en otra que no posee tal origen, lo hace porque está obligado a hacerlo, está obligado a hacerlo porque esa norma forma parte del derecho, y ella forma parte del derecho en virtud de sus méritos sustantivos.

En lo que concierne a la situación específica de los conflictos entre normas constitucionales tuitivas de derechos, mi parecer es que en tales casos justificar una decisión no puede consistir en algo diferente a lo que sostiene el universalismo: mostrar que el caso particular es una instancia de un caso genérico al que ciertas normas aplicables correlacionan una cierta consecuencia normativa. Ahora, en las situaciones típicas de esta especie tenemos dos partes con posturas encontradas, cada una de las cuales aduce contar con el respaldo de un derecho tutelado en la constitución, y no se disponen de criterios de preferencia que permitan justificar la prioridad de uno sobre el otro. En general, en el sistema no solo no existen frente a estos casos criterios incondicionales de preferencia, sino que tampoco existen criterios de preferencia condicionales.

Redondo, como adelanté, considera que un conflicto entre normas constitucionales podría resolverse de conformidad con el universalismo si se verifican ciertas condiciones. En primer lugar, si no existen en el sistema criterios de preferencia ni incondicionales ni condicionales entre las normas en juego, de todos modos un juez podría resolver el caso sin asignar relevancia a propiedades no previstas si justifica su decisión de dar prioridad a una de las normas sobre la base de propiedades que de algún modo tenían ya relevancia en el sistema. En segundo lugar, también podría justificarse una decisión en caso de conflicto entre derechos constitucionales ajustándose estrictamente al universalismo si existe más de un criterio de preferencia condicional establecidos *ex ante* y el órgano decisor elige a uno de ellos para determinar el veredicto. En tal caso la decisión sería discrecional, pero no se asignaría relevancia a propiedades no previstas como tales en el sistema.

Creo que pensar que en estas situaciones la justificación se ajusta estrictamente al modelo universalista tal como Redondo lo concibe es una ilusión. Si por hipótesis no

existen entre las normas constitucionales en juego preferencias condicionales *ex ante*, aunque el juez se apoye en propiedades que en algún sentido resultan relevantes en el sistema, su decisión significará asignarles a tales propiedades una relevancia que antes no tenían. En efecto, si la relevancia de tales propiedades está prevista en el sistema para determinar soluciones diferenciadas respecto del conflicto normativo concretamente considerado, entonces ellas permitirían justificar una preferencia condicional de una de las normas por sobre la otra, lo cual contradice la hipótesis planteada. Si en cambio su relevancia no tiene que ver con el problema normativo considerado por el juez, asignarles relevancia para privilegiar a una de las normas en juego significaría asignarle relevancia a una propiedad no prevista como tal para ese problema, lo cual no difiere en nada de asignarle relevancia a una propiedad no prevista en absoluto. Ello es así porque la relevancia normativa de una propiedad es relativa a un cierto universo de soluciones⁴⁶, de modo que, si una propiedad es relevante para el universo de soluciones US_1 , utilizarla para introducir distinciones en un universo de soluciones US_2 implica asignarle una relevancia que antes no tenía.

En cuanto a la segunda situación, si existen en el sistema criterios de preferencia condicionales entre las normas en juego, pero contamos con más de uno y ellos ofrecen soluciones incompatibles entre sí, la decisión de un juez que optase por uno de tales criterios en desmedro del otro resultaría infundada si no se justifica de algún modo esa opción. Tenemos aquí un conflicto de segundo grado entre los criterios para la resolución de un conflicto normativo, que como tal presenta las mismas dificultades que el conflicto entre derechos constitucionales originario: si no existen metacriterios para la resolución de ese conflicto, o bien el juez opta por uno de los criterios de preferencia condicional en desmedro del otro sin ofrecer justificación alguna, o bien justifica su opción de algún modo, pero para ello deberá apelar a pautas extrasistemáticas.

El problema que implican los conflictos entre derechos constitucionales se verifica cuando no existen en el sistema criterios de preferencia ni incondicionales ni condicionales, situaciones en las que los jueces acostumbran a asignarle relevancia a propiedades que no la tenían en el sistema normativo para establecer una preferencia al menos condicional de una norma sobre la otra. Esto es algo que, tal como Redondo reconoce, de hecho acontece e incluso a veces puede ser enteramente razonable. Aquí no estamos en una situación, como la comentada antes, en la que la solución prevista en las normas jurídicas resulta superada por consideraciones extrajurídicas a las que se asigna más peso. Pero tenemos dos soluciones jurídicas igualmente derivables del sistema que resultan incompatibles entre sí, y la opción por una de ellas en desmedro de la otra se justifica apelando a pautas extrajurídicas que asignan una preferencia condicional a una de ellas. En casos semejantes, creo que al menos

⁴⁶ Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 152.

deberíamos exigir que los jueces justifiquen su veredicto apelando a pautas generales que, de verificarse en otros casos, deberían conducir a resultados similares. Así, por ejemplo, si frente a un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información se toman como relevantes la veracidad de la información, la relevancia pública de la información y si ella posee o no carácter injurioso, y se sostiene que el derecho a la intimidad prevalece sobre el derecho a la información salvo que la información sea veraz, tenga relevancia pública y no sea injuriosa, al menos se ha apelado a criterios generales para fundar la decisión, y cabría esperar –aunque puede perfectamente ocurrir que ello no sea así– que de verificarse en el futuro una situación similar ella sea resuelta del mismo modo. La alternativa puramente particularista consistiría en apelar a una facultad misteriosa e inefable de “captar” la solución normativa adecuada a partir de las particularidades del caso concreto. Si eso fuera lo que hacen los jueces cuando resuelven este tipo de casos –lo que, por otra parte, como descripción de lo que efectivamente hacen me parece incorrecta–, sus decisiones estarían fuera de toda posibilidad de control racional.

La operación de ponderación es entonces claramente discrecional, porque incorpora valoraciones extrasistemáticas para asignar prioridad a una norma frente a otra, pero si se la lleva a cabo del modo antes indicado no supone apoyarse exclusivamente en las particularidades del caso sino en ciertas propiedades genéricas. Al respecto sostuve que esto permitiría conciliar la valoración de las particularidades del caso con la exigencia de universalidad en la justificación, esto es, con la exigencia de que los casos similares sean tratados del mismo modo. No he sostenido que esto permita conciliar al universalismo con el particularismo, porque eso no tendría sentido, ni tampoco que la operación de ponderación se ajuste estrictamente al modelo universalista, puesto que se deja de lado una de las soluciones derivables del sistema jurídico asignándole a tal fin relevancia a ciertas propiedades que no la poseían de acuerdo con el sistema. De todos modos, es importante resaltar, tal como lo ha hecho Moreso al examinar la cuestión⁴⁷, que para poder derivar una solución para el caso a partir del sistema normativo que conforma el juez adicionando estas propiedades como relevantes, dentro de ese microsistema las normas en juego deben ser tratadas como inderrotables, pues de lo contrario no habría posibilidad de inferir nada para el caso considerado.

No comparto con Moreso, en cambio, la idea de que exista algo así como “estabilidad” en las revisiones que se llevan a cabo por vía de la técnica del *distinguishing*, puesto que cada una de ellas es el producto de una decisión discrecional del intérprete, y el proceso de especificación al que alude Moreso no constituye una progresiva aproximación a una supuesta e ideal tesis de relevancia última, sino simplemente un análisis descriptivo *ex post* de distintas revisiones efectuadas por diferentes órganos jurisdiccionales, o por el mismo en diferentes momentos, en el plano dinámico.

⁴⁷ Cfr. Moreso 2009: 285 y ss.

Para Redondo, la ponderación así entendida sería incompatible con una concepción universalista de las razones jurídicas en la medida en que admite que la relevancia de las propiedades sobre las que se apoya la preferencia depende del caso individual. Como dije, no creo que el tipo de operación que se lleva a cabo al ponderar principios tenga que estimarse como exclusivamente circunscripta al caso individual, dado que en estos casos los jueces ofrecen argumentos apoyados en razones de carácter general. Para Redondo, el hecho de que los criterios de preferencia se establezcan basándose en propiedades genéricas no sería sinónimo de relevancia práctica universal. Esto es correcto, pero ello no significa que exigir tal cosa resulte banal. Exigir, para considerar justificada una decisión en casos de conflicto entre principios constitucionales, que los jueces ofrezcan razones apoyadas en criterios generales para establecer una preferencia condicional de unos sobre otros compromete al menos argumentativamente a seguir esos mismos criterios en casos en los que se verifiquen las mismas propiedades genéricas, y si en un caso ulterior se verifican las mismas propiedades genéricas y se opta por decidir de un modo diferente, compromete al menos a que se especifique qué características generales diferenciales presenta el caso para apartarse del criterio anterior.

Esta exigencia puede que se estime muy débil, pero no me parece vacía. Para explicarlo me valdré de un ejemplo. El 6 de noviembre de 2018 la Corte Suprema de Justicia argentina resolvió el caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”. Los hechos del caso eran los siguientes: los padres de una menor que había sufrido una incapacidad absoluta como consecuencia de una mala praxis médica durante su nacimiento obtuvieron una condena por daños y perjuicios, entre otros, contra la Asociación antes indicada, la cual cayó en quiebra, y reclamaron que se verificara su crédito con privilegio especial y prioritario sobre cualquier otro, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios establecido en la ley concursal, que no contenía una previsión semejante, con fundamento en los derechos del niño y de las personas con discapacidad. La Corte, no obstante, rechazó el planteo, dando así prioridad al derecho de propiedad de los acreedores en el proceso concursal, sosteniendo que no se verificaba en el caso una afectación a los derechos aducidos por los demandantes que justificara introducir excepciones en el régimen legal de privilegios. El 26 de marzo de 2019, esto es, cuatro meses después, la Corte resolvió el caso “Institutos Médicos Antártida”. Es difícil entroncar dos casos en los que los hechos guarden tanta similitud: aquí existía también un pedido de verificación con privilegio especial de un crédito derivado de una condena por daños y perjuicios debido a una mala praxis médica durante el nacimiento de un menor que quedó como consecuencia de ella con una grave discapacidad, y el consiguiente pedido de declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios. La Corte en este caso consideró que los derechos del niño y de las personas con discapacidad exigían introducir una excepción al régimen de privilegios, dándoles así preferencia por sobre el derecho de propiedad de los

acreedores en el proceso concursal. Un conflicto entre los mismos derechos, sin ninguna diferencia relevante en los hechos del caso, al menos en el modo en que la Corte los describió, resuelto de modo contradictorio por el mismo tribunal con solo cuatro meses de diferencia. Esto demuestra la amplia discrecionalidad que supone la operación de ponderación entre principios constitucionales. Pero además permite advertir que la exigencia de apoyarse en criterios generales no es meramente vacía, porque lo más problemático de estas dos decisiones no está dado solamente porque resulten contradictorias, sino además porque la Corte no hizo el menor esfuerzo argumentativo para mostrar que existían propiedades relevantes en el segundo caso que lo distinguían del primero, ni tan siquiera para intentar justificar que la decisión previa había sido equivocada.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2012). *Normative Systems* (1971), trad. cast., *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (2 ed. rev.), Buenos Aires, Astrea.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1981). *The Expressive Conception of Norms*, en R. Hilpinen, (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 95-124.
- Anscombe, G.E.M. (1957). *Intention*, Oxford, Basil Blackwell.
- Austin, J.L. (1962). *How to do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press.
- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en P.E. Navarro, M.C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Belzer, M., Loewer, B. (1997). *Deontic Logics of Defeasibility*, en D. Nute (ed.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 45-58.
- Boella, G., van der Torre, L.W.N. (2004). *Regulative and Constitutive Norms in Normative Multiagent Systems*, en D. Dubois et al. (eds.), *Principles of Knowledge Representation and Reasoning. Proceedings of the Ninth International Conference, KR 2004*, Menlo Park, AAAI Press, 255-265.
- Bronzo, S. (2021). *Propositional Complexity and the Frege-Geach Point*, «Synthese», 198 (4), 3099-3130.
- Caracciolo, R. (2013). *El problema de los hechos en la justificación de las sentencias*, «Isonomía», 38, 13-34.
- Ceci, M., Butler, T., O'Brien, L., Al Khalil, F. (2015). *Legal Patterns for Different Constitutive Rules*, en Pagallo U., et al. (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Cham, Springer, 105-123.

- Chiassoni, P. (2011). *Tecnica dell'interpretazione giuridica* (2007), trad. cast. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Conte, A.G. (1995). *Regola costitutiva in Wittgenstein*, en Id., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Governatori, G., Rotolo, A. (2008). *A Computational Framework for Institutional Agency*, «Artificial Intelligence and Law», 16, 25-52.
- Grossi, D., Meyer, J.-J., Dignum, F. (2005). *Modal Logic: Investigations in the Semantics of Counts-as*, en *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL '05)*, New York, ACM, 1-9.
- Grossi, D., Meyer, J.-J., Dignum, F. (2008). *The Many Faces of Counts-as: A Formal Analysis of Constitutive Rules*, «Journal of Applied Logic», 6 (2), 192-217.
- Grossi, D., Jones, A.J.I. (2013). *Constitutive Norms and Counts-as Conditionals*, en D. Gabbay et al. (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, London, College Publications, 407-442.
- Guastini, R. (2017). *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli.
- Hanks, P. (2015). *Propositional Content*, Oxford, Oxford University Press.
- Hanks, P. (2019). *On Cancellation*, «Synthese», 196 (4), 1385-1402.
- Hart, H.L.A. (1963). *The Concept of Law* (1961), trad. cast. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Hohfeld, W.N. (1913). *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «The Yale Law Journal», 23 (1), 16-59, citado por la traducción al español de G. Carrió, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- Jones, A.J.I., Sergot, M. (1996). *A Formal Characterisation of Institutionalised Power*, «Journal of the IGPL», 3, 427-443.
- Kelsen, H. (1992). *Reine Rechtslehre* (1934), trad. ingl. *Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Kelsen, H. (1979). *Reine Rechtslehre* (1960), trad. cast. *Teoría Pura del Derecho* (2da edición), México, UNAM.
- Kripke, S. (1989). *Wittgenstein on Rules and Private Language* (1982), trad. cast. *Wittgenstein: Reglas y lenguaje privado*, México, UNAM.
- Lacey, N. (2004). *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press.

- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Lindhal, L., Odelstad, J. (2008). *Intermediaries and Intervenients in Normative Systems*, «Journal of Applied Logic», 6, 229-258.
- Lorini, E., Longin, D. (2008). *A Logical Account of Institutions: From Acceptances to Norms via Legislation*, en G. Brewka, J. Lang, (eds.), *International Conference on Principles of Knowledge Representation and Reasoning*, Sydney, AAAI Press, 38-48.
- Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Moreso, J.J. (2009). *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2022). *Concepciones de las normas*, en J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J. Ferrer Beltrán, (coords.), *Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea. Volumen I*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 185-204.
- Orunesu, C.I., Rodríguez, J.L. (2022). *Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2022, 187-222.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2 ed.), Princeton, Princeton University Press.
- Raz, J. (1995). *Interpretation without Retrieval*, en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 155-175.
- Redondo, M.C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana, Revus.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons.
- Rodríguez, J.L. (2022). *Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre Teoría analítica del derecho*, «Analisi e Diritto», 22, 1, 133-196.
- Schmitz, M. (2018). *Force, Content and Logic*, «Philosophy of Logic and Mathematics. Contributions of the Austrian Ludwig Wittgenstein Society», XXVI, 221-223.
- Schmitz, M., Mras, G. (eds.) (2022). *Force, Content and the Unity of the Proposition*, New York-London, Routledge.
- Searle, J.R. (1964). *How to Derive "Ought" from "Is"*, «Philosophical Review», 73, 1, 43-58.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, New York, Cambridge University Press.

- Sileno, G., Boer, A., van Engers, T. (2015). *Revisiting Constitutive Rules*, en U. Pagallo *et al.* (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Cham, Springer, 39-55.
- von Wright, G.H. (1970). *Norm and Action. A Logical Inquiry* (1963), trad. cast. *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.

