

Analisi e diritto

1/2019

Edizioni ETS

Analisi e diritto

1/2019

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Paolo Comanducci
Riccardo Guastini

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

Comitato scientifico

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,
Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

Contatti

analisiediritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale

Edizioni ETS - Pisa
www.edizioniets.com

Analisi e diritto

1/2019



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

print, individual: Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

print, institutional: Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

PDF:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2018

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675583-4

ISSN 1126-5779

Indice

Riconoscimento e autorizzazione

- R. Guastini
Riconoscimento (Recognition) 9
- S.L. Paulson
Empowerment: *Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche*
(Empowerment: Hans Kelsen and the Radical Theory of Legal Norms) 21

Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

- J.L. Rodríguez
Dos observaciones sobre la justificación jurídica
(Two Remarks on Legal Justification) 69
- P.E. Navarro
Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero (Varieties of Permission and Judicial Discretion. An Analysis of the Bulygin-Ruiz Manero Debate) 89

Saggi

- G. Maniaci
Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità
(Against Raz on Authority, Autonomy, and Rationality) 115
- M. Ubertone
La deferenza semantica nel processo (The Semantic Deference in Trial) 139
- P. Chiassoni
La bilancia inesistente (The Nonexistent Scale) 165

Riconoscimento e autorizzazione

Riconoscimento

*Riccardo Guastini**

Sommario

(1) La regola di riconoscimento (RR) è un criterio concettuale per identificare le regole di un determinato sistema giuridico. Non è una regola che imponga doveri. Non è né la costituzione del sistema giuridico di cui si tratta, né l'insieme delle sue "regole di cambiamento". Soprattutto, non è una regola giuridica appartenente al sistema – essa appartiene piuttosto al discorso metagiuridico di quanti desiderano identificare un sistema giuridico. (2) La RR delle fonti del diritto (leggi, costituzione, e così via) deve essere distinta dalla RR delle norme, intese come il contenuto di significato delle fonti, la quale deve prendere in considerazione le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi. Per quanto riguarda la RR delle norme, è necessaria una ulteriore distinzione tra: RR delle norme valide, RR delle norme esistenti, e RR delle norme in vigore. Ciascuna di tali regole incorpora criteri diversi. (3) Si possono distinguere due tipi di "enunciati di riconoscimento": (i) "La norma N è valida (esistente, in vigore)", (ii) "Se questi, come definiti dalla RR, sono i criteri di riconoscimento, allora la norma N è valida (esistente, in vigore)". L'enunciato (i) usa la RR e, in questo senso, è un enunciato "interno", ma non implica alcun tipo di accettazione assiologica, essendo la RR una definizione, non una norma di condotta. L'enunciato (ii), a sua volta, è un enunciato "esterno", che non usa, ma solo menziona, la RR. In entrambi i casi, non vi è alcuna connessione tra gli enunciati di riconoscimento e l'accettazione morale o politica (la forza vincolante) del sistema giuridico.

Parole chiave: Regola di riconoscimento. Riconoscimento delle fonti. Riconoscimento delle norme. Enunciati di riconoscimento.

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

Abstract

(1) The rule of recognition (RR) is a conceptual criterion for identifying the rules of a definite legal system. It is not a duty-imposing rule. It is neither the constitution of the legal system at hand nor the set of its rules of change. Most of all, it is not a legal rule belonging to the system – rather it belongs to the meta-legal language of those who aim to identify a legal system. (2) The RR of legal sources (statutes, the constitution, and so forth) is to be distinguished from the RR of legal norms, understood as the meaning contents of legal sources, that has to take into account the interpretive practices of judges and legal scholars. As to the RR of norms, a further distinction is in order: the RR of valid norms, the RR of existing norms, and the RR of the norms in force. Each of such rules incorporates different criteria. (3) Two “statements of recognition” can be distinguished: (i) “The norm N is valid (existing, in force)”, (ii) “If these, as defined by the RR, are the criteria of recognition, then the norm N is valid (existing, in force)”. The sentence (i) uses the RR and, in this sense, is “internal”, but does not entail any kind of axiological acceptance, the RR being a definition, not a norm of behaviour. The sentence (ii), in turn, does not use, but only mentions the RR. In both cases, there is no connection between the recognition statements and the moral or political acceptance (the binding force) of the legal system.

Keywords: Rule of recognition. Recognition of sources. Recognition of norms. Recognition sentences.

1. Che cosa è

Per identificare le norme che compongono un determinato ordinamento giuridico (quello italiano, quello francese, quello internazionale...), e quindi identificare indirettamente l'ordinamento stesso, occorre un criterio di identificazione. Nel gergo teorico instaurato da Hart, si usa ormai chiamare tale criterio: “regola di riconoscimento” (RR)¹.

¹ Nei giorni 7 e 8 giugno 2018, si è tenuto a Genova, presso l'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, un convegno su “Convencionalismo jurídico e interpretación del derecho”, cui hanno partecipato in qualità di relatori Josep María Vilajosana, Alberto Carrio, e Sebastián Figueroa. Vilajosana, in particolare, ha presentato un paper dal titolo “Guastini y el realismo de la regla de reconocimiento”. La lettura del paper e la discussione con Josep María mi hanno suggerito le riflessioni che seguono. Ringrazio Giovanni B. Ratti e Pablo A. Rapetti, che hanno letto una prima versione del lavoro: le loro osservazioni mi hanno aiutato a migliorarlo.

Nella vasta letteratura in argomento non posso non menzionare almeno: Hart 1961; Bobbio 1970; Raz 1979; Bobbio 1975; Bulygin 1976; Hacker 1977; MacCormick 1978; Ruiz Manero 1990; la sezione

La RR, come suggerisce il nome, è dunque un criterio concettuale per “riconoscere” – cioè appunto identificare estensionalmente – un ordinamento giuridico determinato².

Un criterio di identificazione è null’altro che una definizione: una definizione informativa, che ricostruisce le pratiche (concettuali) di identificazione proprie dei giudici e giuristi dell’ordinamento in questione.

Si può anche dire, se si vuole, che la RR sia una regola costitutiva³ (nel senso di Searle⁴). Ma le regole costitutive sono enunciati né descrittivi né prescrittivi: sono per l’appunto null’altro che (formulazioni peculiari di) definizioni.

Si usa dire, con Hart, che la RR sia oggetto di “accettazione” da parte degli operatori giuridici. È però opportuno chiarire a scanso di equivoci: primo, che l’accettazione e l’uso di una definizione sono cosa ben diversa dall’accettazione e dall’uso di una norma (di condotta); secondo, che l’accettazione del criterio di identificazione di un ordinamento è cosa ben diversa da (e non implica in alcun modo) l’accettazione dell’ordinamento identificato e/o della “forza vincolante” delle norme che lo compongono.

2. Che cosa non è

(i) La RR non è una (meta-)norma di condotta – una “duty-imposing rule”⁵ – che comanda ai giudici di applicare il diritto valido. Se l’ordinamento di cui si parla include una norma siffatta, essa deve essere identificata, e la RR è il criterio per identificarla.

Si prenda il caso, ad esempio, dell’ordinamento italiano. L’art. 101, c. 2, della costituzione dispone: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Questa disposizione, si può sostenere, ha un contenuto normativo alquanto complesso (soprattutto in virtù delle implicazioni dell’avverbio “soltanto”)⁶. Ma senza dubbio una delle norme da essa espresse – non è in discussione – è la norma secondo cui i giudici devono applicare “la legge”, locuzione che molti intendono come sinonimo di “di-

“Sobre la regla de reconocimiento” di *Doxa*, 9, 1991, con saggi di E. Bulygin, J. Ruiz Manero, e R. Caracciolo; Muffato 2010; Ratti 2012a; Ratti 2012b; Sucar 2013; Burazin-Ratti 2019.

² Bulygin 1976.

³ Così anche Vilajosana 2019.

⁴ Searle 1969. In altro senso si parla di “norme costitutive” nella letteratura italiana: vedi Carcaterra 1974; Carcaterra 1979. Guastini, 2008: 251 ss.

⁵ È questa l’opinione dominante nella letteratura anglosassone, a partire da Raz 1979: 93. La sostiene ancora di recente Lamond 2013, il quale scrive (p. 115): «the rule of recognition is a duty-imposing rule: it not only provides the criteria for the identification of the rules of the system but imposes a duty on officials to use those criteria in identifying the laws of the system». Della stessa opinione era anche Scarpelli 1965. Vedi al riguardo Guastini 1998.

⁶ Guastini 1994.

ritto oggettivo”. Nell’ordinamento italiano, l’obbligo di applicare “il diritto” deriva insomma da una norma positiva espressa di rango costituzionale.

Ma chi mai direbbe che l’art. 101, c. 2, cost. sia la RR, la regola ultima di riconoscimento, dell’ordinamento italiano?

E d’altra parte a qualunque giurista italiano suonerebbe molto strana la tesi che l’obbligo dei giudici di applicare il diritto discenda non da questa disposizione costituzionale, ma da una norma ulteriore, meta-costituzionale (la RR): sarebbe una “needless reduplication”, per dirla con Hart⁷, e non se ne vedrebbe proprio l’utilità⁸.

(ii) La RR non è una “norma fondamentale”.

Nel senso che, a differenza della *Grundnorm* di Kelsen, non è presupposta valida (essa è né valida, né invalida) e soprattutto non conferisce fondamento dinamico di validità (e obbligatorietà) all’intero ordinamento⁹. Fondare è altra cosa dal riconoscere.

Una norma qualsivoglia N trova il suo fondamento “dinamico” di validità in una norma di competenza, strutturalmente superiore, che conferisce ad un’autorità il potere di produrre N¹⁰. Ad esempio, il fondamento dinamico di validità delle leggi giace nelle norme costituzionali che conferiscono potere legislativo.

Il fondamento dinamico di validità di un intero ordinamento è, in ultima istanza, la sua (prima) costituzione¹¹.

(iii) La RR non è la (“prima”) costituzione di un ordinamento, sebbene Hart tenda ripetutamente a confondere le due cose¹². Ciò per almeno due ragioni.

⁷ Hart 1961: 293, dove però la «needless reduplication» è una critica alla norma fondamentale di Kelsen.

⁸ Del resto, si può sostenere che, nel pensiero giuridico moderno, l’obbligo di applicare il diritto sia implicito nel concetto stesso di “giudice”, assunto come concetto normativo (i giudici, per definizione, hanno l’obbligo di applicare il diritto).

⁹ A ben vedere, malgrado Kelsen, anche la *Grundnorm* è una norma né valida, né invalida. Se fosse invalida, non si potrebbe presupporla *valida*. Se fosse valida, non vi sarebbe necessità di *presupporla* valida.

¹⁰ Per il concetto di superiorità “strutturale”, vedi Guastini 2010, cap. XXIII. Altra cosa è il fondamento “statico” di una norma. Una prima norma N1 dà fondamento statico ad una seconda norma N2, allorché N2 è derivabile con strumenti logici (i.e. deduttivi) o argomentativi (i.e. non deduttivi) da N1.

¹¹ E, se non si confonde tra validità e obbligatorietà, nessun fondamento ulteriore è richiesto. Il problema che Kelsen pretende di risolvere con la norma fondamentale, a ben vedere, è un falso problema. Guastini 2013.

¹² Hart 1961: 293. «Enactment by the Queen in Parliament», dice Hart, è il criterio di validità, ossia la RR, del Regno Unito. Senonché «Enactment by the Queen in Parliament» è piuttosto una norma sulla produzione giuridica, ed è, per così dire, il nocciolo stesso della costituzione del Regno Unito. Una costituzione in senso “materiale” (in uno dei significati di questa espressione: quello stipulato da Kelsen) consiste per l’appunto in un insieme di norme sulla produzione giuridica o sulle fonti. Ne segue che identificare la RR con le regole di mutamento equivale a confondere la RR con la costitu-

In primo luogo, perché la RR, a differenza della costituzione, non appartiene all'ordinamento: come ora diremo, la RR è non già una norma giuridica, ma un criterio meta-giuridico di identificazione del diritto.

In secondo luogo, perché anche la costituzione deve essere “riconosciuta”. La costituzione è non la RR stessa, ma uno dei suoi oggetti, una delle cose da “riconoscere”¹³.

(iv) La RR non è, dunque, neppure l'insieme delle “regole di mutamento” – come le chiama Hart – ossia delle norme sulla produzione giuridica: la “costituzione in senso materiale” dell'ordinamento, direbbe Kelsen. È piuttosto il criterio per identificarle¹⁴.

Al tempo stesso, la RR, identificate le norme sulla produzione giuridica originarie o indipendenti, fa riferimento ad esse per identificare poi le norme derivate o dipendenti¹⁵.

(v) La RR non è una regola giuridica.

Se il suo oggetto è l'identificazione del diritto, allora la RR è necessariamente, per ovvie ragioni logiche, meta-giuridica: si colloca ad un livello di linguaggio superiore rispetto al diritto, che costituisce il suo linguaggio-oggetto¹⁶.

In altre parole, la RR non appartiene all'ordinamento giuridico cui si riferisce. Appartiene invece al discorso meta-giuridico di quanti pretendono di identificare le norme dell'ordinamento in questione.

È ovvio che la RR non sia né valida, né invalida, come ben dice Hart. Ma la ra-

zione. Scriveva Hart già nel 1954, introducendo l'edizione da lui curata di *The Province of Jurisprudence Determined* di Austin: «affermare che un sistema giuridico esiste implica [...] che vi sia una generale accettazione di una regola costituzionale, semplice o complessa, che definisca il modo in cui le regole ordinarie del sistema devono essere identificate». Sebbene qui Hart non usi ancora l'espressione “regola di riconoscimento”, la confusione tra RR e costituzione risulta evidente (Hart 1954).

¹³ In Kelsen non vi è alcuna possibile confusione tra norma fondamentale e costituzione: la *Grundnorm* è una norma meta-costituzionale, che si presuppone valida per conferire validità (giuridica esistenza e forza vincolante) alla costituzione e, da lì, all'intero ordinamento.

¹⁴ In Hart, la relazione tra RR e regole di mutamento è a dir poco oscura. Insisto: “Enactment by the Queen in Parliament” non è una RR. È invece una “power conferring rule”, una “rule of change” (originaria).

¹⁵ Anche Bobbio, non diversamente da Hart, non ha idee molto chiare sulla RR. Nel 1968 (“Norme primarie e norme secondarie”) la caratterizza come «un criterio [...] che permetta di stabilire quali siano le norme appartenenti al sistema»: un criterio siffatto fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica (appartengono all'ordinamento le norme prodotte così-e-così), ma non coincide con esse (si colloca ad un livello di linguaggio superiore). Nel 1975 (“Per un lessico di teoria generale del diritto”), per contro, identifica senz'altro norme sulla produzione e RR, giacché «considerate in tutta la loro estensione, le norme sulla produzione giuridica offrono i criteri necessari e sufficienti per “riconoscere” quali siano le norme valide del sistema». Vedi al riguardo i commenti critici di Ruiz Manero 2010.

¹⁶ Caracciolo 1991: 298.

gione di ciò non è che la RR – come la “norma fondamentale” di Kelsen – stabilisca i criteri di validità delle norme dell’ordinamento: tali criteri risiedono in norme o meta-norme dell’ordinamento stesso, non nella RR che le identifica. La RR non è né valida né invalida per la semplice ragione che non è una norma giuridica affatto. Può solo essere una sorta di definizione “vigente”, analoga alle definizioni lessicali che si leggono nel dizionario di una lingua, ricostruzioni del linguaggio in uso.

3. Pluralità di RR

A ben vedere, l’espressione “identificazione di un ordinamento” può riferirsi a due cose diverse, a seconda di quel che si intende per “ordinamento”¹⁷.

In un primo senso (ingenuo, se si vuole), un ordinamento è banalmente un insieme di testi normativi, un insieme di disposizioni: enunciati in lingua provvisti di significato normativo (per semplificare il discorso, tralascio la consuetudine)¹⁸.

In un secondo senso (un po’ più sofisticato), un ordinamento è un insieme di norme, intese come i significati ascritti a tali testi normativi dagli operatori giuridici *via* interpretazione.

Ebbene, una cosa è identificare i testi normativi, ossia le fonti di un ordinamento – la costituzione, le leggi, e quant’altro – prescindendo dalle pratiche interpretative; altra cosa è identificare il loro contenuto normativo, che, al contrario, presuppone la conoscenza delle pratiche interpretative degli operatori giuridici¹⁹. Occorrono pertanto due distinte RR: la RR delle fonti, e la RR delle norme.

(1) La RR delle fonti è abbastanza semplice.

Grosso modo: l’ordinamento giuridico include: (i) la sua prima costituzione storica (che si suppone più o meno effettiva), sia essa scritta o consuetudinaria, nonché (ii) i documenti normativi emanati (e non abrogati o annullati) da un’autorità normativa creata dalla costituzione²⁰.

La RR delle fonti, per un verso, identifica la fonte originaria, ossia la costituzione in senso materiale, e, per un altro verso, fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica originarie per identificare le fonti dinamicamente derivate²¹.

(2) La RR delle norme è più complessa perché può riferirsi, secondo i casi, alle

¹⁷ Guastini 2014: 219 ss.

¹⁸ Questo concetto *folk* di ordinamento è corrente nel linguaggio comune, ma è ben presente anche nel pensiero giuridico, specie là dove non si distingue tra disposizioni e norme, tra testi e significati.

¹⁹ Ratti 2012a, 2012b.

²⁰ Cfr. Bulygin 1991. Per semplicità faccio astrazione dalla consuetudine.

²¹ Per la distinzione tra norme originarie (o indipendenti) e norme derivate (o dipendenti), si deve fare riferimento a von Wright 1963 e a Caracciolo 1988. Per la distinzione tra derivazione dinamica e derivazione statica, vedi anche Guastini 2014: 262 ss.

norme valide, alle norme esistenti, o alle norme vigenti (*in force*, nel senso di Ross²²). Nei tre casi, trattandosi di identificare norme, ossia significati, la RR non può non fare riferimento alle pratiche interpretative – più precisamente, alle “interpretazioni-prodotto”, direbbe Tarello²³ – dei giudici e giuristi dell’ordinamento in questione.

La distinzione tra validità ed esistenza o appartenenza – solitamente confuse in letteratura (con la lodevole eccezione di Ferrajoli²⁴) – è resa necessaria dalla circostanza che appartengono all’ordinamento (“esistono” in esso) non solo le norme valide, ma anche: (a) norme né valide né invalide, i.e. le norme originarie o supreme (la “prima” costituzione); (b) norme invalide la cui invalidità non sia stata tuttavia ancora dichiarata dall’organo competente²⁵.

La distinzione tra validità, esistenza, e vigenza è resa necessaria dalla circostanza che non tutte le norme valide e/o esistenti sono altresì vigenti, ossia soggette a prevedibile applicazione futura da parte degli organi dell’applicazione²⁶.

Si possono dunque immaginare tre diverse RR delle norme²⁷.

(i) La RR delle norme valide nell’ordinamento incorpora i criteri di validità dell’ordinamento di cui si tratta.

Grosso modo: una norma è valida se (a) è stata prodotta in conformità alle norme sulla produzione giuridica²⁸ (validità formale) e (b) non è incompatibile con norme materialmente superiori nella gerarchia materiale delle fonti (validità materiale)²⁹.

La RR delle norme valide fa dunque rinvio (mobile), per un verso, alle norme sulla produzione giuridica (originarie e derivate) e, per un altro verso, alla gerarchia delle fonti dell’ordinamento di cui si tratta e dunque alle norme positive che tale gerarchia istituiscono (ad esempio, le norme che rendono rigida la costituzione, quelle che subordinano i regolamenti alle leggi).

(ii) La RR delle norme esistenti nell’ordinamento incorpora i criteri di appartenenza (*membership*) all’ordinamento.

²² Ross 1958.

²³ Tarello 1980: 39 ss.

²⁴ Ferrajoli 1989, 2007. Ferrajoli chiama “vigenti” le norme che io qui chiamo “esistenti”.

²⁵ Guastini 2010, cap. XXIV.

²⁶ Ove se ne diano le condizioni di applicazione, s’intende: non è prevedibile che sia applicata una norma in materia di dinosauri, anche se valida e comunemente accettata. Come ha chiarito Bulygin 2015: 37 ss., a rigor di termini, per “vigenza” deve intendersi non tanto la prevedibile applicazione di una norma, quanto la sua proprietà disposizionale ad essere applicata.

²⁷ In altro senso parlano di pluralità di “norme fondamentali” Scarpelli 1982 e Jori 1976. A loro avviso, la norma fondamentale (o la RR) – presupposto della “descrizione interna” del diritto – è oggetto non di accertamento empirico, ma di scelta politica, funzionale non, o non tanto, alla conoscenza neutrale del diritto vigente, quanto piuttosto ad una (l’una o l’altra) politica del diritto.

²⁸ Ossia le norme che determinano (a) quali soggetti (b) con quali procedimenti possano produrre nuovo diritto.

²⁹ Per il concetto di superiorità “materiale”, vedi Guastini 2010, cap. XXIII.

Grosso modo: una norma si considera esistente quando sia stata emanata o dal potere costituente, o da un potere costituito *prima facie* competente secondo un procedimento *prima facie* corretto.

Dunque anche la RR delle norme esistenti fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica dell'ordinamento in questione. Soprattutto la RR delle norme esistenti incorpora (a) il principio di effettività, e (b) il principio di presunzione di validità delle norme dinamicamente derivate.

Il principio di effettività, che è il criterio di esistenza della costituzione (della norma originaria), è una norma positiva (consuetudinaria) del diritto internazionale generale.

Il principio di presunzione (*juris tantum*) di validità delle norme derivate ("poste" da un'autorità *prima facie* competente) è un principio implicito in molti ordinamenti: concretamente, in tutti quegli ordinamenti nei quali i controlli (per lo più giurisdizionali) sulla validità delle norme si esercitano *a posteriori*, sicché è del tutto possibile che una norma invalida faccia il suo ingresso nell'ordinamento, e sia anche per lungo tempo applicata, fino a che la sua invalidità non sia costitutivamente dichiarata dall'organo competente³⁰.

(iii) La RR delle norme vigenti, infine, incorpora il criterio della "interpretazione vigente" (così la chiama Ross) o dominante³¹.

Sono infatti soggette a prevedibile applicazione futura quelle norme che, in un momento dato, sono il frutto di interpretazione consolidata, comunemente accettata nella cultura giuridica esistente³². Come è ovvio, è specialmente rilevante l'interpretazione offerta dagli organi competenti a decidere "autenticamente"³³, in ultima istanza, il significato dei documenti normativi (giudici supremi, giudici costituzionali, supremi organi costituzionali)³⁴.

4. Enunciati di riconoscimento

Per "enunciato di riconoscimento" intendo un enunciato che costituisce conclusione di un ragionamento, tra le cui premesse figura la RR (l'una o l'altra delle RR di cui si diceva nel punto precedente). Tralasciando il riconoscimento delle fonti, e circoscrivendo il discorso alla identificazione delle norme, si possono distinguere almeno due tipi di enunciati di riconoscimento.

³⁰ Solo *ex post*, beninteso, potremo dire, dal punto di vista "esterno", che fino ad allora una norma invalida era appartenuta all'ordinamento. Cfr. Troper 2014.

³¹ Ross 1958, cap. IV.

³² *Grosso modo*, ciò che nella letteratura italiana si usa chiamare "diritto vivente". Vedi per tutti Pugiotto 1994.

³³ Nel senso di Kelsen, ovviamente.

³⁴ Troper 2001: cap. V.

Enunciati del tipo:

(i) “La norma N è valida (o esistente, o vigente)”.

Enunciati del tipo:

(ii) “Se questi (come definiti dalla RR) sono i criteri di validità (o esistenza, o vigenza) dell’ordinamento, allora la norma N è valida (o esistente, o vigente)”.

Orbene, l’enunciato (i) fa uso della RR, e in questo senso è un enunciato “interno”, che suppone “accettazione” della RR. Ma si noti che, poiché la RR è una definizione (non una norma di condotta), l’accettazione in questione non ha nulla di assiologico (morale, o politico): è puramente teorica, epistemica³⁵. La validità, dal canto suo, come chiarito a suo tempo da Ross, non è, né implica, forza vincolante³⁶, la quale dipende invece da un’accettazione assiologica³⁷.

L’enunciato (ii), dal canto suo, è un enunciato “esterno” – non usa, ma solo menziona la RR – che non suppone alcun tipo di “accettazione”, giacché un condizionale non afferma né l’antecedente, né il conseguente, ma solo il nesso di implicazione tra quello e questo³⁸.

La RR, a differenza della norma fondamentale di Kelsen, non conferisce obbligatorietà, forza vincolante, all’ordinamento o alle sue norme. Gli enunciati meta-giuridici di riconoscimento non hanno alcuna relazione con l’accettazione assiologica dell’ordinamento di cui si tratta, alcuna relazione con il “punto di vista interno” come inteso da Hart (il punto di vista di chi avanza pretese, approva o critica il comportamento altrui, etc.). Sono proposizioni normative³⁹.

Bibliografia

- Bobbio, N. (1970). *Norme primarie e norme secondarie*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Bobbio, N. (1975). *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova.
- Bulygin, E. (1976). *Sobre la regla de reconocimiento*, in *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires.
- Bulygin, E. (1991). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, in «Doxa», 9, 1991, 257 ss.

³⁵ E proprio per questa ragione, dopo tutto, il vocabolo “accettazione” non suona appropriato.

³⁶ Ross 1998, 147 ss.

³⁷ L’accettazione assiologica è costitutiva della forza vincolante: Ross 1968: 61.

³⁸ Suggestisce che proprio questa sia la forma logica dei giudizi di validità Conte 1966: 67 ss.

³⁹ von Wright 1963: 106; Bulygin 2015b. Vedi anche Ross 1990: 315 ss.

- Bulygin, E. (2015a). *The Concept of Efficacy* (1965), in Id., *Essays in Legal Philosophy*, ed. by S.L. Paulson *et al.*, Oxford, Oxford University Press.
- Bulygin, E. (2015b). *Norms, Normative Propositions and Legal Statements* (1982), in Id., *Essays in Legal Philosophy*, cit.
- Burazin, L., Ratti, G.B. (2019). *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*, in P. Chiassoni, B. Spaić (eds.), *Judges and Judicial Interpretation in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Dordrecht, Kluwer.
- Caracciolo, R. (1991). *Sistema jurídico y regla de reconocimiento*, «Doxa», 9.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè (rist. Torino, Giappichelli, 2014).
- Carcattera, G. (1979). *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni.
- Conte, A.G. (1966). *Intervento*, in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della rivista *Il politico*, Milano, Giuffrè.
- Hacker, P.M.S. (1977). *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, Oxford.
- Hart, H.L.A. (1954). *Introduction*, in J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon.
- Ferrajoli, L., (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (2008). *Normativismo magico*, «Analisi e diritto».
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, II ed.
- Guastini, R. (2013). *The Basic Norm Revisited*, in L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Guastini, R. (1998). *Conoscenza senza accettazione*, in Gianformaggio, L., Jori, M., (eds.), *Scritti per Uberto ScarPELLI*.
- Guastini, R. (1994). *Art. 101*, in G. Branca, A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Artt. 99-103 (Gli organi ausiliari. La magistratura, I), Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano.
- Jori, M. (1976). *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè.

- Lamond, G. (2013). *The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System*, in L. Duarte D'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (eds.), *Reading H.L.A Hart's "The Concept of Law"*, Oxford, Hart Publishing.
- MacCormick, N. (1978). *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold.
- Muffato, N. (2010). *Norme e discorsi su norme*, Roma, Aracne.
- Pugiotto, A. (1994). *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè.
- Ratti, G.B. (2012a). *Regola di riconoscimento e realismo giuridico*, in Id., *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons.
- Ratti, G.B. (2012b). *Reglas de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico*, in P. Luque Sánchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.
- Raz, J. (1979). *The Identity of Legal Systems* (1971), in Id., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons.
- Ross, A. (1990). *Review of H.L.A. Hart's, The Concept of Law*, in «The Yale Law Journal», LXXI, trad. it. *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, Genova, ECIG, II ed.
- Ross, A. (1998). *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), in S.L. Paulson, B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Manero, J. (2010). *Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última*, «Análisi e diritto».
- Scarpelli, U. (1969). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- Scarpelli, U. (1982). *Il metodo giuridico* (1971), in Id., *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sucar, G. (2013). *Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)*, in R. Ortega García (ed.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*, México, Tirant Lo Blanch.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF.

- Troper, M. (2014). *Une théorie réaliste de la validité*, «Analisi e diritto».
- Vilajosana, J.M., (2019), *Guastini y el realismo de la regla de reconocimiento*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II.
- Wright, von, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.

Empowerment: Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche

Stanley L. Paulson *

Sommario

Uno dei principali obiettivi che Hans Kelsen si prefigge nel suo primo trattato maggiore – gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) – è quello di determinare la “forma linguistica ideale” della norma giuridica. Nella prima delle sezioni che seguono, offrirò una presentazione della dottrina della *Stufenbau*, seguita da una breve analisi dell’introduzione da parte di Kelsen delle norme costituzionali. Nella seconda sezione, invece, ritornerò sull’argomento cardine della metà degli anni Trenta, quando Kelsen ridisegna la norma sanzionatoria dandole la forma di una norma autorizzatrice. Nella terza sezione del presente lavoro, mi occuperò di uno dei fattori che spinsero Kelsen, durante gli anni Cinquanta, a considerare alcuni dettagli della teoria delle norme con maggiore attenzione rispetto al passato e lo portarono a sviluppare, accanto alle norme autorizzatrici, un sistema di norme deontiche. Un fattore importante a tal proposito è l’influenza su Kelsen del filosofo e logico Georg Henrik von Wright. Infine, nella quarta sezione, offrirò un’anticipazione – senza però approntare un’analisi completa – sui successivi sviluppi della teoria della norma nei lavori di Kelsen degli anni Cinquanta. Kelsen talvolta si riferisce alla norma sanzionatoria, rivolta ai funzionari, chiamandola “norma primaria”. All’opposto, l’imperativo, rivolto al soggetto giuridico, è la cosiddetta “norma secondaria”. La norma secondaria è “superflua”, poiché può essere ricondotta a

* Stanley L. Paulson, Professore Emerito della Washington University in St. Luis e membro del Hermann Kantorowicz Institute, Faculty of Law, University of Kiel. Juristisches Seminar, Leibniz Straße 6, D-24118, Kiel, Germany, spaulson@law.uni-kiel.de. Vorrei esprimere i miei più sentiti ringraziamenti verso i colleghi di Genova, per il loro generoso interesse e per l’attenzione e le critiche – sempre benvenute – che hanno rivolto al mio lavoro, in un lasso di tempo considerevole. Mi riferisco, in particolare, a Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti e Maria Cristina Redondo. Uno speciale ringraziamento va anche a Hubert Rottleuthner (Berlino, ora Francoforte) per le sue osservazioni preziose a una versione precedente del presente lavoro. Bonnie Litschewski Paulson mi ha offerto, come sempre, il suo accorto e appassionato consiglio. Vorrei inoltre esprimere la mia gratitudine nei confronti di Robert Alexy, per la sua gentile ospitalità e per moltissime belle conversazioni. Sono in debito con Alessio Sardo (Heidelberg e Milano) e Nicola Muffato (Trieste) per la loro iniziativa di tradurre il presente articolo in italiano.

– e può essere riformulata nei termini della – norma primaria. Più in generale, il mio obiettivo è raggiungere una rappresentazione abbastanza completa degli sviluppi della teoria della norma di Kelsen, che arriva fino a – e che include – la sua ragguardevole innovazione della fine degli anni Trenta, verso la metà del suo periodo classico.

Parole chiave: Positivismo giuridico. Kelsen. Teoria delle norme. Autorizzazione. Norma primaria/norma secondaria.

Abstract

One of the main tasks that Hans Kelsen sets for himself in his first major treatise, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), is to determine the “*ideal* linguistic form” of the legal norm. In the first of the sections that follow, I offer a statement of the *Stufenbau* doctrine, followed by a brief examination of Kelsen’s introduction of constitutional norms. In section 2, I turn to the pivotal development of the mid-1930s, Kelsen’s introduction of the sanction-norm as an empowering norm. I turn, in section 3, to one of the factors that led Kelsen, in the 1950s, to take some details of norm theory more seriously than he had in the past, leading to his development of a system of deontic norms alongside the empowering norms. In this connection a telling factor is the influence on Kelsen stemming from the philosopher and logician Georg Henrik von Wright. Finally, in section 4, I anticipate – without offering a full statement – further developments in Kelsen’s work on norm theory during the 1950s. Kelsen sometimes refers to the sanction-norm, addressed to the legal official, as the primary norm. By contrast, the imperative, addressed to the legal subject, is the so-called secondary norm. The secondary norm is “superfluous”, for it is traceable back to, and can be restated in terms of, the primary norm. More generally, my effort is to arrive at a fairly full statement of the developments in Kelsen’s norm theory up to and including this remarkable innovation of the late 1930s, coming at the midpoint of his classical period.

Keywords: Legal Positivism. Kelsen. Norm Theory. Empowerment. Primary Norm/Secondary Norm.

0. Introduzione: la «forma linguistica ideale» e il diritto oggettivo

Uno dei principali obiettivi che Hans Kelsen si prefigge nel suo primo trattato maggiore – gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) – è quello di determinare la “forma linguistica *ideale*” della norma giuridica:

La questione relativa al se una norma giuridica debba essere intesa come un imperativo o come un giudizio ipotetico, è la questione della forma linguistica *ideale* della norma giuridica, o, più precisamente, la questione dell'essenza del diritto oggettivo. La terminologia pratica effettivamente impiegata nei sistemi giuridici concreti è irrilevante per la risoluzione del problema. La norma giuridica [nella sua forma ideale] dev'essere costruita a partire dal contenuto delle leggi e le componenti necessarie per tale costruzione spesso non si trovano tutte in uno stesso testo di legge, ma devono essere assemblate da diversi [testi di legge]¹.

In effetti, in quest'affermazione programmatica, Kelsen fa riferimento a ben tre temi diversi: accanto alla forma linguistica ideale della norma giuridica, vi sono anche il diritto oggettivo e la dottrina dell'individuazione. Certo, nel testo citato, Kelsen non si riferisce al terzo di questi temi in maniera esplicita, chiamandolo per nome, ma la nozione di individuazione emerge chiaramente nell'ultimo enunciato, in cui si afferma che le componenti necessarie per la costruzione di una norma giuridica nella sua forma ideale potrebbero richiedere di prendere in considerazione più di un testo di legge. Affronterò il tema nella sezione 4 di questo saggio, dove presenterò la "norma giuridica completa"² di Adolf Julius Merkl come l'esempio più illuminante di ciò che s'intendeva per individuazione nella Scuola Viennese di teoria del diritto.

Per il momento, concentrerò la mia attenzione sui primi due aspetti. Un intimo legame li unisce: in Kelsen, le restrizioni imposte dal diritto oggettivo determinano la – o, più precisamente, dettano i termini della – costruzione della norma giuridica nella sua forma linguistica ideale. Finalmente, un quarto di secolo dopo la pubblicazione degli *Hauptprobleme*, Kelsen giunge al tipo di costruzione che il diritto oggettivo richiede: l'*autorizzazione [empowerment]*, intesa come modalità fondamentale della norma giuridica. Questo straordinario sviluppo segue un lungo tira e molla negli sforzi che Kelsen compie per ricostruire la norma giuridica in modo conforme alla sua concezione del diritto oggettivo. Gli argomenti che Kelsen sviluppa contro la teoria imperativista del diritto sono completati da quelli che potremmo chiamare, usando un'espressione di Heinrich Dernburg, i suoi argomenti contro il diritto "in senso soggettivo". Infatti, gli argomenti di Kelsen contro la teoria imperativista si applicano anche alla nozione di diritto in senso soggettivo: la nozione di imperativo è il fulcro nel *corpus* del diritto conosciuto da Dernburg e dagli altri esponenti della *Pandektistik* come "*subjektive Rechte*". È possibile trovare un argomento insolitamente diretto di Kelsen nella sua replica a Dernburg. La replica di Kelsen ha il

¹ Kelsen 1911: 237, ora anche in Kelsen 2008: 353 (in corsivo nella versione originale). Nella citazione, Kelsen ricorre a entrambe le espressioni, "imperativo" e "giudizio ipotetico", per riferirsi a *norme* di forma distinta. Poiché negli scritti di Kelsen "giudizio ipotetico" è spesso malinteso, esaminerò la questione in maniera più estesa alla nota 7.

² Si confronti il testo alla nota 134.

merito di gettar luce su ciò che egli stesso intende per diritto oggettivo. Comincerò con Dernburg, che scrive:

Dal punto di vista storico, i diritti in senso soggettivo erano esistiti per un tempo molto lungo prima dello sviluppo di un ordinamento politico consapevole. Si fondavano sulla personalità degli individui, e sul rispetto che tali individui erano capaci, in primo luogo, di ottenere per loro stessi e per la loro proprietà, e, in secondo luogo, di far valere. Solo mediante astrazione, la contemplazione dei diritti oggettivi esistenti condusse gradatamente al concetto di sistema giuridico. È dunque antistorico e scorretto considerare i diritti, intesi in senso soggettivo, come null'altro che emanazioni del diritto in senso oggettivo. Il sistema giuridico garantisce e dà forma ai diritti in senso soggettivo, ma non ne è il creatore³.

Kelsen replica:

Quando la teoria generale del diritto afferma che il suo oggetto d'indagine, il diritto, si manifesta non solo in un senso oggettivo, ma anche in un senso soggettivo, istituisce nella sua stessa fondazione una fondamentale contraddizione: il dualismo del diritto oggettivo e del diritto soggettivo. Questo perché la teoria generale del diritto, così facendo, afferma che il diritto – inteso in senso oggettivo – è una norma, un insieme di norme, un sistema, e, al contempo, afferma altresì che il diritto – inteso in senso soggettivo – è interesse o volontà, qualcosa di totalmente eterogeneo dal diritto oggettivo, e, quindi, impossibile da sussumere sotto un concetto generale comune a entrambi. Questa contraddizione non si può rimuovere nemmeno postulando una connessione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo. [...] In linea con la sua funzione originaria, il dualismo del diritto oggettivo e del diritto soggettivo esprime l'idea che il secondo preceda il primo sia dal punto di vista logico, sia dal punto di vista temporale⁴.

In breve, Kelsen scrive che «il diritto – inteso in senso oggettivo – è una norma, un complesso di norme, un sistema». Lo schema dualistico di Dernburg, con un *corpus* di diritto inteso come insieme di “diritti intesi in senso soggettivo”, che esiste a prescindere dal diritto oggettivo, fa a pugnì con il diritto oggettivo, e non può dunque essere ammesso.

Lo scambio fra Kelsen e Dernburg apparve inizialmente nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* di Kelsen, pubblicata nel 1934⁵. Molto tempo prima, negli *Hauptprobleme* del 1911, Kelsen aveva preso di mira la ben nota teoria imperativista sviluppata da Karl Binding (1841-1920) per il diritto penale⁶. Il modello di Binding

³ Dernburg 1911, § 33: 65 citato in Kelsen 1934 § 19: 41 e in Kelsen 1960a, § 29 (a): 135.

⁴ Kelsen 1934 § 19: 41; Kelsen 1960a § 29(a): 135.

⁵ Per altre citazioni di Dernburg, cfr. Kelsen 1931: 488, 510, ora anche in Kelsen 1967: 105, 125.

⁶ Si veda Binding 1871-1922. La teoria imperativa di Binding è talvolta descritta come una specie

comprende due tipi di norme: la norma sanzionatoria formulata ipoteticamente, diretta ai pubblici ufficiali, e l'imperativo, una norma che impone obblighi, diretta al soggetto giuridico. Il primo tipo di norma di Binding è praticamente identico alla norma sanzionatoria dello stesso Kelsen, così come ci viene presentata negli *Hauptprobleme*. Non a caso Kelsen sostiene quanto segue in un passo che vuole riassumere la posizione di Binding:

È risaputo che il nucleo della teoria di Binding risiede nella distinzione fra la norma di diritto penale (*Strafrechtssatz*) e quella che Binding denomina, per opposizione, la "norma" [senza ulteriori qualificazioni]. La norma di diritto penale di Binding ha proprio la stessa forma che, secondo la prospettiva che ho qui presentato, è essenziale per la norma [sanzionatoria]; è un giudizio ipotetico intorno [...] alla volontà dello stato, infatti – considerato che Binding si focalizza solo sul diritto penale – la volontà dello stato è [...] quella di punire. Ad ogni modo, Binding crede che, accanto a questa norma [sanzionatoria] del diritto penale, si debba assumere una seconda norma giuridica. Essa è l'imperativo" o il "tu devi...", che richiede al soggetto di comportarsi secondo il diritto; Binding la chiama [semplicemente] la "norma"⁷.

di positivismo legalistico. Come scrive Binding: «Colui che comincia la ricerca dell'illegalità (*Rechtswidrigkeit*) oltre la prescrizione e il comando incontra la nebbia più fitta e impenetrabile». Binding 1914, 161. Una formulazione abbastanza compiuta della teoria imperativista si trova nel primo volume del trattato di Binding, a cui si limita la discussione di Kelsen. Sulla teoria delle norme di Binding, si rinvia a Kaufmann 1954, e sulla teoria delle norme di Kaufmann, si veda Hoyer 1997.

⁷ Kelsen 1911: 270-1 (segni di citazione e omissis nell'originale), in Kelsen 2008: 390, citato da Binding 1980 § 1: 7. L'espressione "giudizio ipotetico" (*hypothetisches Urteil*) di Kelsen, che compare frequentemente negli *Hauptprobleme* e che si trova qui nella citazione, ha prodotto una certa confusione in letteratura, come se i giudizi e le proposizioni dei primi lavori di Kelsen fossero enunciati che vertono su norme. Invece, il "giudizio ipotetico" degli *Hauptprobleme* è una delle espressioni che Kelsen impiega per designare le *norme stesse*. Nei primi scritti, l'espressione serve a identificare la forma della norma giuridica. Perciò Kelsen scrive: «lo scopo [del diritto penale], vale a dire la prevenzione, può essere ottenuto solo [...] dal Sistema giuridico attraverso la minaccia di un certo svantaggio prodotto dalla norma ricostruita come un giudizio ipotetico e non attraverso la "norma" formulata come un nudo imperativo». (Kelsen 1911: 283, segni di citazione nell'originale); Si vedano anche le pagine 213, 225, 228, 230, 234, 237, 251, 254, 255, 256-64, 268, 270, 331 nota 1, 349, 378, 379, 385, 395, 416, 424, 434, 465, 497, 514, 525, che corrispondono a Kelsen 2008: 404, 326, 340, 342, 345, 346, 350, 353, 369, 372, 373, 374-83, 388, 457 nota 1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 562, 573-4, 608, 644, 662, 674. Va concesso che l'idea secondo cui il "giudizio ipotetico" designa semplicemente la forma della norma giuridica non incontrava favore in tutti i circoli della scienza giuridica *fin de siècle*. Si vedano, a titolo d'esempio, Ernst Zitelmann 1879: 222 ss., e l'importante commento in Thon 1906: 5-11. Nel testo di Kelsen, la distinzione fra norme giuridiche e proposizioni normative (vale a dire, proposizioni *che vertono su norme*) è uno sviluppo degli anni '40 del Novecento. Egli ha introdotto per la prima volta le proposizioni normative (*Rechtssätze*) in questo senso tecnico in Kelsen 1941: 44-70, ristampato (con omissioni) in Kelsen 1957: 266-87, 390 (note); le proposizioni normative sono state altresì oggetto di attenzione in Kelsen 1945: 45 ss., sebbene sotto il nome di "rules of law", una traduzione inadeguata. (I direttori dell'Istituto Hans Kelsen mi hanno informato, non molto tempo fa, del fatto che il manoscritto tedesco della *General Theory*, che per lungo tempo si è considerato perduto, è stato finalmente ritrovato; sarà pubblicato a tempo debito). Le proposizioni normative emergono, etichettate correttamente, nella revisione francese

Nel confrontarsi con il secondo tipo di norma di Binding, l'imperativo, Kelsen adduce una pluralità di argomenti, incluso un argomento affatto curioso, che concerne, per metterla nei termini dello stesso Kelsen, un uso metaforico illegittimo del linguaggio⁸. Binding usa un linguaggio familiare per rendere l'idea del mancato adempimento di un imperativo, ricorrendo a espressioni come "si viola la norma", "si infrange il diritto", "si trasgredisce una norma", e così via. Per spiegare l'ultima di queste espressioni, Binding scrive che «è solo una norma che prescrive la regola per il comportamento di un soggetto a poter essere trasgredita (übertreten) dal delinquente»⁹. Kelsen sostiene che l'uso metaforico di un'espressione il cui uso letterale non ha, a suo avviso, applicazione giuridica è, in tale contesto, *illegittima*. L'uso letterale dell'espressione "trasgredire" sarebbe rivolto a un limite, e trasgredire un limite significa eccederlo. Quest'uso letterale, secondo Kelsen, non ha rilevanza giuridica. Quindi, così conclude, l'uso metaforico di "trasgredire" in un contesto giuridico è parassitario rispetto all'uso letterale, non giuridico, ed è, quindi, illegittimo.

Kelsen applica lo stesso ragionamento all'espressione *verletzen*, che significa "ledere" o "violare". Nel suo uso letterale, "ledere" o "violare" denota un'azione diretta a un corpo (*Körper*)¹⁰, e quest'uso, secondo Kelsen, non ha applicazione giuridica. Anche in questo caso, l'uso metaforico dell'espressione in un contesto giuridico è parassitario rispetto all'uso letterale, non giuridico, ed è perciò illegittimo. Il modo in cui Kelsen sintetizza la sua posizione riflette gli argomenti che riguardano l'uso metaforico illegittimo del linguaggio: la norma "Non devi rubare!" non è "violata" da un ladro in misura maggiore rispetto alla norma "Se rubi, lo stato ti punirà"¹¹.

Non serve quasi aggiungere che questa prospettiva è fortemente contro-intuitiva. Per quale ragione Kelsen dovrebbe dunque difenderla? La spiegazione – così come illustrata nella sua replica a Dernburg – è radicata nella sua preoccupazione primaria di isolare il diritto oggettivo da ogni incursione da parte del diritto in senso soggettivo. La sua avversione nei confronti di quest'ultimo è pressoché sconfinata e i suoi argomenti concernenti l'illegittimità – i quali non consistono in altro che stipulazioni –¹² sono ideati proprio per minare la possibilità stessa di usare questo linguaggio associato con l'imperativo. Tale linguaggio, ad avviso di Kelsen, è intriso di connotazioni morali.

di Kelsen 1934, vale a dire Kelsen 1953), dove, a pagina 51, Kelsen distingue "*les norms juridiques*" (*Rechtsnormen*), create dal Sistema giuridico, da *les propositions* (*Rechtssätze*) che derivano dalla scienza giuridica e che descrivono queste norme (espressioni in tedesco nella traduzione francese). Si veda Kelsen 1960a § 16: 73-7, che è la più completa elaborazione delle proposizioni normative offerta da Kelsen nel periodo classico. Si veda anche la ricognizione generale in Dreier 1986: 196-203.

⁸ Si veda Binding 1980 §§ 1-6: 3-45.

⁹ Binding 1980 § 1: 7, citato in Kelsen 1911: 273, e in Kelsen 2008: 393.

¹⁰ Kelsen 1911: 273, in Kelsen 1980: 393.

¹¹ Kelsen 1911: 273, in Kelsen 1980: 393. Kelsen impiega, in buona sostanza, lo stesso argomento mezzo secolo dopo; si confronti Kelsen 1960a § 27(b): 119.

¹² Sono in debito con Marcin Matczak (Varsavia) per un'utile discussione su questo punto.

Allo stesso modo, Kelsen lotta contro il concetto di obbligo. La questione più fondamentale può essere spiegata in maniera abbastanza semplice. Cominciamo con una supposizione caritatevole: supponiamo che Kelsen, nell'ambito della scienza giuridica, riesca a eliminare la teoria imperativista del diritto e, con essa, il concetto di obbligo inteso *come rivolto al soggetto giuridico*. Infatti, questo è l'obiettivo della tesi di Kelsen secondo cui la norma sanzionatoria sarebbe l'unico tipo di norma giuridica. La norma sanzionatoria è rivolta ai pubblici ufficiali, non ai soggetti del diritto. Tuttavia, anche accettando questa supposizione caritatevole, i problemi in cui Kelsen incorre su questo fronte sono ben lunghi dall'essere risolti, perché dalla nostra supposizione non segue certo che Kelsen sia riuscito a eliminare il concetto di obbligo *inteso come diretto ai pubblici ufficiali*. Il problema è serio: la norma sanzionatoria è proprio lo strumento che Kelsen introduce per eliminare il soggetto di diritto e, al contempo, l'obbligo del soggetto di diritto. Tuttavia, è precisamente questo strumento a presupporre che il funzionario, in condizioni normali, sia obbligato a imporre la sanzione¹³. Quindi, lungi dall'essere "espulso" dalla scienza giuridica, l'obbligo viene ad occupare una posizione centrale nella norma sanzionatoria diretta al pubblico funzionario.

Che fare? Il problema persiste nella teoria della norma di Kelsen sino alla metà degli anni Trenta. A quel punto, come notavo prima, egli giunge alla risoluzione del problema – una soluzione che presenta un grande interesse concettuale: l'autorizzazione viene intesa come modalità normativa fondamentale, e l'obbligo diviene un concetto derivato, che può essere ricavato da coppie di norme autorizzatrici. Ciò equivale a dire che, nella teoria del diritto di Kelsen, l'obbligo è ora emancipato da tutto ciò che Kelsen considerava come connotazioni morali del concetto, connotazioni che lo avevano tenuto occupato fin dall'inizio¹⁴. La priorità dell'autorizzazione è un riflesso di come la teoria del diritto di Kelsen sia guidata dalla sua fedeltà al concetto di diritto oggettivo.

Tuttavia, saltare direttamente alla soluzione di Kelsen della metà degli anni Trenta ci condurrebbe a trascurare significativi sviluppi della sua teoria. L'autorizzazione, così come introdotta da Kelsen intorno alla metà degli anni Trenta – nel contesto della norma sanzionatoria – presuppone la dottrina della *Stufenbau*, ossia, della costruzione gerarchica del sistema giuridico. Dalla *Stufenbau* deriva anche

¹³ La ricezione dei primi lavori di Kelsen sulla teoria delle norme nei circoli anglofoni è dovuta in larga misura a H.L.A. Hart. Hart interpreta il pubblico ufficiale di Kelsen come un soggetto sotto l'obbligo di (*directed*) imporre sanzioni quando le condizioni stabilite dalla norma sanzionatoria ipoteticamente formulate sono soddisfatte, e questa è una lettura accurata di Kelsen fino al suo cambio radicale della metà degli anni '30 del Novecento verso l'autorizzazione. Per il punto di vista di Hart, si veda almeno Hart 1961: 36.

¹⁴ Dal punto di vista di Kelsen, Joseph Raz e Carlos Santiago Nino cadono in trappola: essi ritengono che l'obbligo nella teoria di Kelsen abbia inevitabilmente un carattere morale. Per una sintesi dei loro argomenti, con repliche, mi permetto di rinviare a Paulson 2012.

la sua precedente introduzione delle norme costituzionali come norme autorizzatrici. È risaputo che Kelsen riprese interamente la dottrina della *Stufenbau* di Adolf Julius Merkl, negli scritti della metà degli anni Venti¹⁵, e che questa dottrina rimase un punto focale primario nei lavori di Kelsen addirittura sino alla fine del periodo classico, o neo-kantiano, negli anni Sessanta del Novecento¹⁶. Tuttavia, non è altrettanto noto il fatto che la *Stufenbau*, o struttura gerarchica del sistema giuridico, operi come catalizzatore per l'introduzione, da parte di Kelsen, delle norme autorizzatrici – in primo luogo, le norme costituzionali, e, in seguito, la norma sanzionatoria, che subisce la trasformazione menzionata sopra intorno alla metà degli anni Trenta.

Inoltre, dall'idea che la *Stufenbau* funzioni come catalizzatore è possibile ricavare una lezione di carattere generale che ha un valore inestimabile: Alfred Verdross, collega di Kelsen, fu il primo nella Scuola Viennese di teoria del diritto a richiamare l'attenzione su questa lezione, vale a dire *l'idea che sia il sistema giuridico a determinare la struttura della norma giuridica*¹⁷. Nella Scuola di Vienna, la dottrina della *Stufenbau* è il sistema giuridico, e opera come catalizzatore per l'autorizzazione.

Si potrebbe dire che l'introduzione delle norme costituzionali come *norme autorizzatrici* sia una mossa alquanto ovvia, e infatti Kelsen non sembra attribuirvi un gran peso. Nel suo più importante contributo sulle norme costituzionali, l'enfasi è posta altrove: egli dedica l'articolo in questione non già alla teoria delle norme, ma agli argomenti a favore del controllo di costituzionalità¹⁸. Tuttavia, l'introduzione delle norme costituzionali come norme autorizzatrici, operata da Kelsen, prendendo spunto dalla dottrina della *Stufenbau*, è significativa, perché rappresenta lo sviluppo iniziale della storia avrà come epilogo l'argomento secondo cui la norma sanzionatoria andrebbe propriamente intesa come una norma autorizzatrice, con l'obbligo inteso come concetto derivato.

Nella prima delle sezioni che seguono, offrirò una presentazione della dottrina della *Stufenbau*, seguita da una breve analisi dell'introduzione da parte di Kelsen delle norme costituzionali. Nella seconda sezione, invece, ritornerò sull'argomento cardine della metà degli anni Trenta, quando Kelsen ridisegna la norma sanzionatoria dandole la forma di una norma autorizzatrice. Nella terza sezione del presente lavoro, mi occuperò di uno dei fattori che spinsero Kelsen, durante gli anni Cinquanta, a considerare alcuni dettagli della teoria delle norme con maggiore attenzione rispetto al passato e lo portarono a sviluppare, accanto alle norme autorizzatrici, un

¹⁵ Kelsen 1923/4: 374-408, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1625-60; Kelsen 1925: 229-55.

¹⁶ Mi permetto di rinviare ai riferimenti di nota 26.

¹⁷ Verdross 1930: 421-3, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1303. Per una difesa più recente, si veda Navarro 2015: 4.

¹⁸ Cfr. Kelsen 1929: 30-88, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1813-71. È disponibile un'edizione inglese del testo sotto dal titolo *Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, tradotta da Lars Vinx, 2015: 22-79.

sistema di norme deontiche. Un fattore importante a tal proposito è l'influenza su Kelsen del filosofo e logico Georg Henrik von Wright.

Infine, nella quarta sezione, offrirò un'anticipazione – senza però approntare un'analisi completa – sui successivi sviluppi della teoria della norma nei lavori di Kelsen degli anni Cinquanta. Kelsen talvolta si riferisce alla norma sanzionatoria, rivolta ai funzionari, chiamandola “norma primaria”. All'opposto, l'imperativo, rivolto al soggetto giuridico, è la cosiddetta “norma secondaria”. La norma secondaria è “superflua”, poiché può essere ricondotta a – e può essere riformulata nei termini della – norma primaria. Il lessico della superfluità si presenta negli *Hauptprobleme*¹⁹ e Kelsen lo ripropone molto dopo, sia nella *General Theory of Law and State* (1945)²⁰ sia nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960)²¹. L'accusa di superfluità che Kelsen rivolge alla norma secondaria, l'imperativo, suggerisce che egli consideri – almeno sino alla fine del suo periodo classico, nel 1960 – la norma sanzionatoria ipoteticamente formulata come l'unico tipo di norma giuridica. Eppure, il carattere e la portata della teoria della norma di Kelsen, così come prende forma nel corso degli anni Cinquanta – raggiungendo l'apice nella trattazione offerta nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960)²² – si dimostra un po' più complicata rispetto a quanto potrebbe suggerire la semplice obiezione di superfluità.

Questa complicazione è generata da due diversi sviluppi. Da un lato, la presenza dell'autorizzazione nella *Reine Rechtslehre* (1960) è evidente per chiunque la cerchi²³; e il meccanismo della norma sanzionatoria intesa come norma primaria, con l'autorizzazione come sua modalità, è ben saldo. Dall'altro lato, proprio a questo punto del lavoro di Kelsen, la norma sanzionatoria, apparentemente, si spartisce le luci della ribalta con una teoria delle norme deontiche abbastanza ben sviluppata. Questi sviluppi corrispondono a due capitoli totalmente separati della colossale produzione di Kelsen?²⁴ O, piuttosto, sono complementari, con l'autorizzazione come nozione fondamentale e l'obbligo come categoria derivata? Considerata la difesa del

¹⁹ Si veda Kelsen 1911: 234, 287, ora anche in Kelsen 1987: 350, 408.

²⁰ See Kelsen 1945: 61.

²¹ See Kelsen 1960a § 6(e): 56.

²² Nel presente articolo non dirò nulla intorno alla posizione scettica adottata da Kelsen durante il cosiddetto *Spätlehre*, che va dal 1960 al 1971. Nell'ultimo periodo, egli sviluppa una teoria del diritto radicalmente diversa, che potremmo denominare “empirismo giuridico”. Le questioni che questa teoria del diritto solleva devono essere considerate separatamente. (Dovrei spiegare perché la mia datazione dell'ultimo periodo indica che questo si conclude nel 1971. Come mia moglie Bonnie e io abbiamo appreso dalle nostre visite alla figlia minore di Kelsen, Maria Feder, a Kensington, California, Kelsen non era impegnato in attività di ricerca o scrittura durante gli ultimi 18 mesi della sua vita. Egli morì il 19 aprile 1973). Ho ricostruito i passi che conducono al cosiddetto “ultimo periodo” in Paulson 2017: 860-94.

²³ Si confronti Kelsen 1960a, Cap. IV, §§ 27-33.

²⁴ Uso il termine “colossale” in modo ponderato: Matthias Jestaedt, editore capo degli *Hans Kelsen Werke*, stima che gli scritti pubblicati di Kelsen raggiungano all'incirca le 17,500 pagine.

diritto oggettivo condotta da Kelsen fin dal principio, non dovrebbe sorprendere il fatto che la complementarità sia l'attributo che caratterizza meglio la sua visione.

In questo contesto, l'individuazione, così come intesa da Kelsen, è la chiave per l'irreggimentazione di due tipi di norme distinte, che include le norme deontiche. In particolare, la relazione tra due specie di norme autorizzatrici – norme sulla produzione normativa [*norms of issuance*] e norme sanzionatorie – è di primario interesse. Le norme sulla produzione normativa rientrano nell'ambito di quelle che Kelsen denomina norme giuridiche dipendenti (*unselbständige Rechtsnormen*), mentre le norme sanzionatorie equivalgono a norme giuridiche indipendenti (*selbständige Rechtsnormen*). Inoltre, le norme giuridiche complete (*vollständige Rechtsnormen*) servono a rappresentare la relazione tra le norme giuridiche indipendenti e le specie di norme giuridiche dipendenti, ossia, le norme che impongono obblighi, i permessi, e le norme autorizzatrici intese come norme sulla produzione normativa²⁵. Come abbiamo avuto modo di notare, una spiegazione proveniente da Merkl è la guida migliore per la norma giuridica completa.

Più in generale, il mio obiettivo è raggiungere una rappresentazione abbastanza completa degli sviluppi della teoria della norma di Kelsen, che arriva fino a – e che include – la sua ragguardevole innovazione della fine degli anni Trenta, arrivata verso la metà del suo periodo classico.

1. Autorizzazione, Atto Primo: *Stufenbau* e norme costituzionali

Kelsen affronta questi temi strettamente collegati – la forma linguistica ideale della norma giuridica, il diritto oggettivo, e l'individuazione – in diversi punti della sua produzione. In particolare, dopo aver introdotto e, quindi, adottato, intorno alla metà degli anni Venti, una panoplia di norme autorizzatrici nella *Dottrina Pura*, Kelsen ritorna sul tema verso la fine degli anni Trenta, questa volta introducendo l'autorizzazione come la modalità operativa della norma sanzionatoria²⁶.

La teoria della norma di Kelsen è molto più radicale di quanto venga generalmente riconosciuto²⁷, e il suo carattere radicale è dovuto al ruolo centrale svolto

²⁵ Mi occupo di queste distinzioni nel § 4.

²⁶ Il periodo classico del percorso teorico di Kelsen si estende dal 1920 circa sino alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, apparsa nel 1960. Questo lungo periodo è segnato dallo sforzo di Kelsen di fornire basi filosofiche alla sua teoria, inclusi elementi di essa che aveva introdotto per la prima volta negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911). Per delle note sulle differenti versioni della periodizzazione, si vedano: Kubeš 1980: 158-65; Bulygin 1990: 29-45, ora anche in Bulygin 2015: 297-315; Heidemann 1997: 220-54; Paulson 1998: 153-66; Paulson 1999: 351-64. Nogueira Dias 2005, offre una valida periodizzazione di vari concetti kelseniani – e.g. validità giuridica, norma giuridica – e questo approccio sarebbe senz'altro necessario per una periodizzazione pienamente sviluppata. Un dichiarato scetticismo sulla fattibilità di una periodizzazione dell'opera di Kelsen è Chiassoni 2013: 131-62.

²⁷ Si veda il riferimento di cui alla nota 13.

dall'autorizzazione. L'obbligo giuridico, così come inteso da Kelsen, si rivela una nozione derivata, una costruzione basata su una certa configurazione delle norme autorizzatrici. Inoltre, Kelsen non fa giochi concettuali. Questa irreggimentazione di concetti – al primo posto l'autorizzazione, da cui viene fatto discendere l'obbligo – è un passo necessario nella sua incondizionata difesa del diritto oggettivo²⁸.

Nel §1.1., prenderò in considerazione la dottrina della *Stufenbau*, che Kelsen riprende integralmente dal suo collega più giovane, Merkl. La dottrina della *Stufenbau* rappresenta il loro concetto di sistema giuridico, e il loro concetto esemplifica in modo istruttivo una caratteristica fondamentale della *jurisprudence* analitica: il sistema giuridico determina il carattere di e le relazioni tra norme giuridiche. La *Stufenbau*, intesa come sistema giuridico, conduce alle norme autorizzatrici.

La dimostrazione completa dell'autorizzazione come modalità fondamentale della scienza giuridica attende, tuttavia, un ritorno di Kelsen su questo stesso fronte: l'introduzione dell'autorizzazione come modalità della norma-sanzionatoria. Questo sarà il mio *focus* nel §1.2. Il mio punto di partenza è la difesa iniziale di Kelsen, negli *Hauptprobleme* (1911) della norma sanzionatoria come unico tipo di norma della scienza giuridica.

La dottrina della *Stufenbau* contiene... prospettive sulla struttura del diritto contemporaneo che merita un futuro sviluppo piuttosto che l'abbandono, sebbene la brillante semplicità dell'esposizione originaria debba ora cedere il passo a una visione più dettagliata²⁹.

Un sistema giuridico comprende diversi livelli o gradini – *Stufen*, nel linguaggio di Adolf Julius Merkl (1890-1970)³⁰. I livelli sono una dimensione dell'edificio di

²⁸ Sul tema di fondo del diritto oggettivo, che si sovrappone ai “diritti in senso soggettivo”, si veda l'analisi dettagliata in Enneccerus e Nipperdey 1959/60, vol. 1, §§ 30-60: 196-426. Kelsen assume l'autorizzazione come modalità fondamentale delle norme giuridiche, una prospettiva che sfida direttamente la posizione dominante che identifica l'obbligo come modalità di base. Sui vari aspetti di questa lunga questione, si veda Alex, 2013: 235-45.

²⁹ Öhlinger 1976: 96.

³⁰ Merkl è generalmente considerata come il più dotato e il più originale fra i colleghi di Kelsen in quella che fu poi conosciuta, negli anni Venti del Novecento, come la Scuola Viennese di teoria del diritto. Nato a Vienna il 23 marzo 1890, Merkl intraprese i suoi studi giuridici nell'autunno del 1908, cominciando a studiare, allo stesso tempo, anche filosofia. Fra i suoi maestri, Edmund Bernatzik (1854-1919) e Hans Kelsen si rivelarono i più importanti per il suo percorso intellettuale. Infatti, come scrive Merkl nella sua autobiografia, egli rimase così colpito da Kelsen che decise di unirsi al suo circolo dopo aver completato gli studi universitari, cosa che poi effettivamente fece. E, puntando alla carriera universitaria, ottenne la sua *Habilitation* nel Maggio 1919 con una monografia intitolata *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich* (Vienna e Leipzig, Franz Deuticke). Parallelamente alle sue imprese accademiche, Merkl lavorò in vari uffici giudiziari e amministrativi e prestò servizio, all'inizio di Novembre del 1918, presso la *Staatskanzlei* di Karl Renner, il cancelliere del primo dopoguerra. Merkl fu nominato professore di diritto presso l'Università di Vienna nel 1921, una posizione che mantenne

Merkel, la gerarchia è l'altra dimensione. Una *Stufenbau*, nella terminologia di Merkel, è letteralmente "una costruzione a più livelli", e questa costruzione verticale conduce direttamente alla nozione di gerarchia. La migliore rappresentazione contemporanea della gerarchia nel diritto è forse la dottrina delle fonti del diritto³¹. Nella traduzione giuridico-filosofica, l'idea di gerarchia è comune sin dall'ordinamento medievale di diritto divino, diritto naturale, e diritto positivo³². Nella *jurisprudence* analitica del secolo scorso, la più importante rappresentazione della gerarchia è la dottrina della *Stufenbau* di Merkel³³.

La *Stufenbau*, comprensiva di livelli o gradini, fissa le norme "condizionanti" (*bedingende*) che si trovano ai vari livelli, e che sono norme autorizzatrici *norme autorizzatrici*. Qui, la concezione di Kelsen delle norme giuridiche come determinate dal sistema giuridico è chiara – o, per la precisione – è concettualmente, ma non teoricamente, chiara. Mi spiego meglio: la dottrina dell'autorizzazione emerge *sub silentio* attraverso la ricezione, da parte di Kelsen, della dottrina della *Stufenbau* di Merkel. Forse, il ruolo dell'autorizzazione nella dottrina della *Stufenbau* sembra così ovvio da non richiedere speciali attenzioni. Ad ogni modo, ai tempi d'oro della teoria della *Stufenbau*, non era stata prestata troppa attenzione alla nozione di autorizzazione.

Un importante sviluppo della fine degli anni Trenta racconta un'altra storia. Kelsen passa gradualmente alla modalità dell'autorizzazione rispetto alla norma sanzio-

finché non fu rimosso dal regime nazista nell'Aprile del 1938 (il cosiddetto *Anschluss* aveva avuto luogo un mese prima). Nell'ottobre del 1941, Merkel fu nominato professore di diritto presso l'Università di Tubinga, e, nel periodo immediatamente successivo al secondo dopoguerra, il rinnovo della sua nomina a Tubinga fu reso possibile dalle autorità occupanti francesi, che dichiararono Merkel 'non macchiato da colpe' (*unbelastet*). Merkel rimase in Germania sino al 1950, quando accettò l'offerta di ritornare a Vienna come professore di diritto. Morì a Vienna il 22 agosto 1970. I primi articoli di Merkel, scritti durante la Prima Guerra Mondiale, includono aspre critiche ai decreti di emergenza emanati dal Kaiser. I suoi lavori di teoria del diritto, che cominciano nel 1916 con *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, contengono l'esposizione della dottrina della *Stufenbau* di Merkel, che raggiunge l'apice nel suo scritto del 1931, intitolato *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*. (Per ulteriori riferimenti agli scritti teorici di Merkel si vedano anche le note 33, 35, 46, 47, 67, 95). Una collezione in tre volumi, in cui ciascun volume è diviso in due parti (indicate qui sotto con i simboli I/1, I/2, ecc.), raccoglie tutti gli articoli di Merkel: Merkel 1993-2009. Molti dei suoi saggi più importanti sono raccolti anche in Klecatsky et alii 1968. Per l'autobiografia menzionata sopra si veda invece Merkel 1952: xxi-xlv. Su Merkel in generale, si vedano Grussmann 1989; Walter 1990; Olechowski, Ehs e Staudigl-Ciechowicz 2014: 509-12 e ss. Si vedano anche i riferimenti della nota 38.

³¹ Sulla visione non molto entusiasta di Kelsen rispetto alla nozione di fonti del diritto, cfr. Kelsen 1960a, § 35(e): 238-9.

³² Si veda, a titolo d'esempio, Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, Questioni 91-95.

³³ Si confronti, soprattutto, Merkel 1923: 210-23 (e, per il materiale di contorno che include la discussione di Merkel dei precursori, 181-209), e Merkel 1931, in Merkel 1993, I/1: 437-92, e in Klecatsky et al 1968: 1311-61. Tra i precursori della teoria della *Stufenbau* di Merkel, Bierling è particolarmente importante; cfr. Bierling 1894/1917, vol. 1, § 6: 107-17; §§ 17-19: 286-350. Si veda, in generale, Funke 2009: 102-4.

natoria, e richiama l'attenzione su questo passaggio in un lungo articolo³⁴. La norma sanzionatoria non è più concepita come un obbligo formulato ipoteticamente, ma come un'autorizzazione, con l'obbligo relegato allo status di concetto derivato. Questo apre la strada a successivi sviluppi, degli anni Cinquanta, nel nome di una teoria generale delle norme, che Kelsen presenta, seppur in maniera frammentaria, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*. Il mio attuale interesse, comunque, concerne la dottrina della *Stufenbau* così come appare nel lavoro di Merkl e di Kelsen.

Considerando solo le sue opere pubblicate, Merkl introduce per la prima volta gli elementi della teoria della *Stufenbau* in un articolo intitolato *Das Recht im Licht seiner Anwendung*, che compare in cinque parti, la prima nel 1916, l'ultima nel 1919³⁵. La prima presentazione abbastanza sistematica della teoria compare nel 1923, nel trattato di Merkl intitolato *Die Lehre von der Rechtskraft*³⁶. La seconda formulazione sistematica compare in un articolo del 1931, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*³⁷, che è di gran lunga il più conosciuto fra gli scritti di Merkl³⁸, nonché la sua formulazione più estesa della teoria della *Stufenbau*. Tuttavia, così come per le elaborazioni precedenti, Merkl considera anche questo lavoro come preliminare, considerazione che è suggerita, fra l'altro, dal titolo stesso. In una nota a piè di pagina alla fine dell'articolo del 1931, Merkl dichiara che «è in preparazione» una monografia sulla dottrina della *Stufenbau*³⁹. Purtroppo, tale monografia non venne mai alla luce.

Kelsen adottò la *Stufenbau* di Merkl in tutto e per tutto, esponendo per la pri-

³⁴ Si veda, più avanti, la nota 73.

³⁵ Merkl 1916-1919, vol. 8 (1916): 584-92; vol. 9 (1917): 162-76, 394-8, 443-50; vol. 11 (1919): 290-8 ristampato in Merkl 1993-2009, I/1: 85-146, e in Klecatsky et al, vol. I: 1167-1201; quest'ultima ristampa manca della prima parte dell'articolo (apparsa nel 1916) e dell'ultima parte (apparsa nel 1919). Il titolo dell'articolo, così com'è stato assegnato sopra, è ormai standard. Tuttavia, Merkl comincia con un titolo diverso; le sezioni del 1916 e la prima del 1917 recano come titolo *Das Recht im Spiegel seiner Auslegung*. Già nel 1915, Merkl prefigurava alcuni aspetti della sua dottrina della *Stufenbau* in una sua lezione, sebbene senza ricorrere al linguaggio dello "Stufen". Si confronti Merkl 1993-2009, I/1: 341, n.8; Borowski 2005: 124-5.

³⁶ Cfr. Merkl 1923.

³⁷ Cfr. Merkl 1931. Intorno ai profili sotto cui i "Prolegomena" di Merkl divergono dalle esposizioni precedenti, si veda Borowski 2005:129-30.

³⁸ Gli scritti rappresentativi che analizzano la dottrina della *Stufenbau* nella letteratura secondaria possono essere divisi in tre gruppi: gli scritti rappresentativi dei contemporanei di Merkl; la letteratura che esisteva già al tempo del dopoguerra; infine, un gruppo di importanti studi recenti. Per il primo gruppo, cfr. Sander 1924: 16-31; Nawiasky 1927: 488-96; Voegelin 1930/31: 58-89; Weyr 1936: 139-50. Per il secondo gruppo, cfr. Walter 1964; Rupp 1965: 11-13, 50-4, 104-6, 128-33, 148-51, 183-4, 193-8; Vogel 1965: 241-69; Öhlinger 1975; Behrend 1977. Per il terzo gruppo, cfr. Schilln 1994; Jestaedt 1999: 298-306, 313-20 e ss.; Dias 2005: 155-69; Koller 2005: 106-21; Borowski 2005: 122-59; Wiederin 2011: 81-134.

³⁹ Si veda Merkl 1931: 294, nota 1, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 492, nota 8, e in Klecatsky et al 1968, Vol. II: 1361, nota 8.

ma volta la relativa teoria in un articolo del 1924⁴⁰, e poi di nuovo nel suo trattato maggiore del 1925, *Allgemeine Staatslehre*⁴¹. Da quel momento, la dottrina della *Stufenbau* divenne prominente in tutti i trattati maggiori di Kelsen, sino alla fine del periodo classico⁴². Inoltre, Kelsen, già nel 1923, riconosce il suo debito nei confronti di Merkl per questo aspetto:

È ad Adolf Julius Merkl che spetta il merito di aver riconosciuto e quindi caratterizzato il sistema giuridico come un sistema *genetico* di norme giuridiche che procede da un livello di concretizzazione a un altro, dalla costituzione alla legge, dalla legge alla disciplina amministrativa, dalla disciplina amministrativa ad altri livelli intermedi, giù fino all'atto giuridico individuale di applicazione⁴³.

Parte integrante della dottrina della *Stufenbau* di Merkl è la concezione dinamica del diritto, l'idea che "il diritto regoli la propria creazione". Questa concezione è simile alla dottrina pura del diritto di Kelsen:

In ragione del carattere dinamico del diritto, una norma è valida perché e nella misura in cui è stata creata in un certo modo, vale a dire, un modo stabilito da un'altra norma; e questa seconda norma, allora, fornisce la base della validità della prima norma. La relazione tra la norma che determina la creazione di un'altra norma, e la norma creata secondo questa determinazione, può essere visualizzata immaginando un ordine che pone le norme su livelli più alti e più bassi. La norma che determina la creazione è quella superiore; la norma creata secondo questa determinazione è quella inferiore⁴⁴.

Si può esporre la concezione dinamica del diritto, così come intesa da Merkl e Kelsen, guardando all'ambiguità sistematica del termine "promulgazione". Dalla

⁴⁰ Kelsen 1923/4: 374-408, anche in Klecatsky et al 1986, Vol. II: 1625-60. Si deve concedere che vi sono degli accenni sull'adozione da parte di Kelsen della dottrina della *Stufenbau* di Merkl anche prima; si veda, a titolo d'esempio, Kelsen 1920a, § 29 (118-19, nota 2), dove si fa riferimento agli articoli di Merkl *Anwendung* e *Rechtsantlitz*, e al paragrafo § 54 (263, nota 1); Kelsen 1920b: 68, con riferimenti a *Anwendung*; e Kelsen 1922: 94, nota 1, dove si fa riferimento agli articoli di Merkl *Anwendung*, *Rechtsantlitz*, e *Rechtseinheit* (su quest'ultimo saggio di Merkl, si veda la nota 95).

⁴¹ Kelsen 1925: 229-255.

⁴² Si veda Kelsen 1934, § 31: 73-89; Kelsen 1945: 123-62; Kelsen 1960a, § 35: 228-87.

⁴³ Kelsen 1999: 13 (corsivo nell'originale); Kelsen 1911: v-xxii, xv. È interessante il fatto che, nel testo citato, Kelsen richiami l'attenzione su un "sistema *genetico* di norme giuridiche", vale a dire, sulla creazione di norme giuridiche mediante norme di livello superiore. In un lavoro recente, Pablo E. Navarro e Jorge L. Rodríguez distinguono due approcci, vale a dire, un approccio in cui il sistema giuridico guarda a relazioni genetiche, come nei lavori di Merkl e Kelsen, e un sistema che guarda alle relazioni deduttive fra norme giuridiche. Il paradigma del primo approccio è la dottrina della *Stufenbau* introdotta da Merkl, e la forma più nota del secondo è probabilmente rappresentata da Alchourrón e Bulgin 1971. Cfr. Navarro e Rodríguez 2014: 143-9, 232-40.

⁴⁴ Kelsen 1934, §31(a): 74.

prospettiva della norma che appartiene al livello superiore, la promulgazione della norma di livello inferiore – poniamo, un regolamento amministrativo – è *applicazione del diritto*⁴⁵. In altre parole, la norma di livello superiore è *applicata*. Dal punto di vista della norma che appartiene al livello inferiore, invece, la promulgazione del regolamento amministrativo è *creazione di diritto*. L'esercizio del potere conferito dalla norma di livello più alto serve a *creare* una nuova norma.

L'effetto di questa concezione dinamica è quello di relativizzare la differenza tra applicazione e creazione del diritto, e, quindi, di relativizzare la posizione di diversi tipi di diritto – diritto costituzionale, diritto di produzione legislativa, diritto amministrativo, e così via. La legislazione, il portabandiera della teoria giuspositivista *fin de siècle* in Europa, perde la sua posizione privilegiata⁴⁶. È Merkl – scrive Kelsen – l'autore che «combatte il pregiudizio – ancora ben radicato nei miei *Hauptprobleme* – che il diritto risiede solo nelle leggi generali»⁴⁷.

Nella sua costruzione della dottrina della *Stufenbau*, Merkl comincia con una questione concettuale. Qual è – egli si chiede – il numero minimo di livelli richiesti nella gerarchia affinché la costruzione valga come sistema giuridico? Nel perseguire tale questione, Merkl non è interessato alle varie forme o processi “contingenti” del diritto che risultavano prevalenti ai suoi tempi, legislazione e amministrazione. Piuttosto, il suo obiettivo era quello di scoprire la base concettuale soggiacente del diritto, prescindendo del tutto dalle sue forme o processi contingenti⁴⁸.

Per rispondere all'interrogativo, Merkl introduce la figura del capo villaggio (*Häuptling*), il quale, come leader e unico giudice, esercita pura discrezionalità nel comandare le persone a lui sottomesse, punire coloro che commettono torti, e così

⁴⁵ Cfr. Merkl 1931: 282, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 476, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1347.

⁴⁶ Per un'acuta critica della tendenza, molto diffusa al tempo di Merkl, di presentare il diritto come se si esaurisse nell'idea di legge formale (*Gesetzespositivismus*), cfr. Merkl 1993-2009, I/1: 99, anche in Klecatsky et al 1968, Vol.1: 1170; Merkl 1918: 425-7, ristampato in Merkl 1993-2009, I/1: 227-35, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 1091-98; Merkl 1923: 196-7, 201-2, 203, 213-14.

⁴⁷ Kelsen 1999: 14; Kelsen 1911: xv. È interessante notare che Merkl, un anno prima che Kelsen scrivesse queste righe, aveva realmente assolto Kelsen proprio da quest'errore: negli *Hauptprobleme* Kelsen non scrive come se il diritto risiedesse “solo nelle leggi generali”, perché, così argomenta Merkl, Kelsen sconfessa la nozione sbagliata di “monopolio della legge (intesa in senso formale)” (*Gesetzesmonopol*) mostrando il ruolo dell'esecutivo e, in questo modo, richiamando l'attenzione sul diritto amministrativo. Cfr. Merkl 1922: 338 n, anche in Merkl 1993-2009, I/: 318 n, e in Klecatsky et al 1986, Vol. 2: 1616 n. Cfr. anche Merkl 1923: 200.

⁴⁸ La figura più importante che si colloca all'altro capo dello spettro è forse Lon L. Fuller, che, in *The Morality of Law* (pubblicato per la prima volta nel 1964 e poi ripubblicato, in edizione rivista, nel 1969) e in una serie di articoli notevoli, argomenta che la prospettiva più fruttuosa per l'esame della natura del diritto è quella delle procedure giuridiche – legislazione, decisione giudiziale, mediazione, e così via. Di per sé sole, le norme (o regole) giuridiche, così argomenta, sono semplicemente troppo astratte per rivelare molto intorno alla natura del diritto. Un'analisi complessiva dei vari processi di cui parla Fuller si trova in Fuller 2001.

via⁴⁹. Se questa costruzione deve valere come sistema giuridico, continua Merkl, essa dovrà esibire non soltanto il livello dei comandi del Capo villaggio, ma anche un secondo livello:

Il sistema giuridico è necessariamente rappresentato come una gerarchia di fenomeni giuridici, e questa gerarchia necessariamente include almeno due livelli, laddove almeno una forma di diritto “condizionante” è giustapposta a una forma di diritto “condizionata”⁵⁰.

La forma “condizionante” si trova al livello più alto e comprende le *norme autorizzatrici*; la forma di diritto “condizionata” si colloca al livello più basso e comprende le direttive. Le ricerche condotte da Merkl su questa linea conducono a una forma di «doppia istituzionalizzazione»⁵¹, resa ben nota, sebbene in una veste leggermente diversa, dalla «unione di norme primarie di obbligo con...norme secondarie» proposta da H.L.A. Hart⁵², che quindi «converte il regime di norme primarie in ciò che è indubbiamente un sistema giuridico».

Merkl parla di una costituzione al livello più alto, persino nel più semplice sistema giuridico – poniamo, quello del *regis voluntas suprema lex*⁵³ – in termini di una “norma-fonte” (*Ursprungsnorm*). Qui, l’ambiguità della nozione di “norma-fonte” resta una macchia da eliminare. Nei lavori precedenti, Merkl e Kelsen offrono due diverse letture della “norma-fonte”. Essa può essere considerata come comprensiva delle norme costituzionali in un senso perfettamente lecito. Oppure, può essere considerata come una rappresentazione della norma fondamentale, a sua volta caratterizzata sotto forma di autorizzazione⁵⁴.

Questa seconda lettura della “norma-fonte”, la cosiddetta costituzione logico-giuridica o norma fondamentale kelseniana, è problematica⁵⁵. Uno dei problemi che la affliggono è generale; un altro è peculiare della Scuola Viennese di teoria del diritto. Il problema generale si radica, molto semplicemente, nel fatto che la norma fondamentale di Kelsen è notoriamente oscura. Quei teorici del diritto che potrebbero nutrire un interesse nell’explorare la teoria della *Stufenbau* di Merkl prenderebbero la porta d’uscita se pensassero che la teoria di Merkl li obbligherebbe ad accettare la norma fondamentale di Kelsen.

⁴⁹ Cfr. Merkl 1923, 209-10 n.1. Cfr. anche Kelsen 1925, § 33(d): 232-3; Öhlinger 1975: 12-13. È difficile farsi sfuggire la somiglianza con il Rex di *The Concept of Law* di Hart. Cfr. Hart 1963, Cap. IV.

⁵⁰ Merkl 1993-2009: 320, anche in Klecatsky et al, Vol. 2: 1618. Sulla possibilità che lo schema a due livelli possa bastare, si veda Behrend 1977: 25-7; Paulson 1990: 95-101; Borowski 2005: 137-8.

⁵¹ Riprendo l’espressione da Bohannon 1965: 34-7.

⁵² Hart 1963.

⁵³ Si veda Merkl 1931: 252, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 437, e in Klecatsky et al, Vo. 2: 1311.

⁵⁴ Tra le quattro o cinque forme notevolmente diverse della norma fondamentale di Kelsen quella dell’autorizzazione è sicuramente quella si incontra più di frequente; cfr. Paulson 2014: 47-57.

⁵⁵ Cfr., a titolo d’esempio, Kelsen 1922, § 17: 94.

L'altro problema riguarda soltanto quelli che, soprattutto nella Scuola di Vienna, avevano sottoscritto la tesi della norma fondamentale. Per dirla con Kelsen, la norma fondamentale non è una norma di diritto positivo; piuttosto, è un "pensiero" o una norma presupposta, situata al di fuori del sistema delle norme promulgate⁵⁶. Nello schema a due livelli, allora, il livello superiore non è assolutamente parte del diritto positivo, e ciò rappresenta indubbiamente una distorsione della teoria di Merkl.

C'è un'alternativa perfettamente percorribile. Merkl, nei suoi primi lavori, non impiega la nozione di norma-fonte per riferirsi alla norma fondamentale, un "pensiero" o norma presupposta, e anche Kelsen, nei suoi primi lavori, non usa sempre detta nozione in questo modo. Invero, entrambi i teorici fanno riferimento all'ambiguità della "norma fonte", con le sue diverse letture⁵⁷. Seguendo Merkl e Kelsen nei loro primi lavori, utilizzerò la "norma fonte" nello schema a due livelli di Merkl per indicare la costituzione di diritto positivo. A questo proposito, il mio interesse non riguarda il fondamento ultimo del sistema giuridico, ma piuttosto un singolo aspetto della sua struttura, vale a dire la funzione "condizionante" o autorizzativa del livello superiore dello schema in questione.

Ovviamente, Merkl non suggerisce che lo schema a due livelli potrebbe servire come descrizione di un sistema giuridico moderno. Oltre questo "minimo concettuale", una *Stufenbau* che si proponga di catturare la struttura gerarchica di un sistema giuridico moderno deve esibire vari livelli condizionanti e condizionati, o *Stufen*, che riempiono la *Stufenbau*. Se introduciamo una norma fonte, intesa come norma fondamentale, nello schema, allora le norme costituzionali sono sia condizionanti sia condizionate, e lo stesso accadrebbe, in ogni caso, con le norme legislative a un gradino più basso con le norme di diritto amministrativo⁵⁸ e, a un gradino ancora più basso, interno al diritto amministrativo, con le norme sanzionatorie⁵⁹.

Fin qui, nell'esame della dottrina della *Stufenbau* abbiamo navigato in acque tranquille. Il problema posto dalla norma fonte al vertice della *Stufenbau* si risolve da solo: la costituzione di diritto positivo – per quanto semplice possa essere nella costruzione a due livelli – ha il suo posto nella struttura gerarchica, e ciò riflette il livello superiore, "condizionante", nella costruzione a due livelli.

Un problema diverso, molto più difficile, sorge, per così dire, all'altro capo della

⁵⁶ Per le prime formulazioni, si veda, a titolo d'esempio, Kelsen 1920, § 5: 25-6; § 24: 97 n.; § 26: 117.

⁵⁷ Kelsen scrive: «[I]n un articolo del 1914, ho presentato chiaramente il concetto di *norma fondamentale* come presupposizione atta a stabilire l'unità del [sistema] giuridico – seppure senza la distinzione, sviluppata soltanto in seguito, tra norma fondamentale intesa come costituzione nel senso logico-giuridico e norma fondamentale come costituzione nei termini del diritto positivo.» Kelsen 1999: 13 (enfasi nell'originale), Kelsen 1911: xv. Si veda anche Merkl 1923; 209-10, n.1.

⁵⁸ Cfr. Merkl 1923: 218.

⁵⁹ Cfr. Merkl 1993-2009, I/1: 233-4, anche in Klecatsky et al 1963, Vol.1: 1097.

Stufenbau, alla sua base. Mi riferisco al problema dello statuto logico dell'atto coercitivo, la sanzione giuridica imposta attraverso l'esercizio del potere che la norma sanzionatoria conferisce. Ovviamente, l'atto coercitivo non è una norma.

Trattare l'atto coercitivo come il complemento della costituzione o della norma-fonte sembra, a prima vista, una mossa ragionevole. Così come la norma all'apice della *Stufenbau* – la costituzione o la norma-fonte intesa come norma fondamentale – è condizionante ma non condizionata, allo stesso modo l'atto coercitivo al livello più basso della *Stufenbau* è condizionato ma non condizionante. Insieme, essi rappresentano gli elementi asimmetrici della dottrina della *Stufenbau*. Come scrive Merkl:

Solo il primo e l'ultimo membro di questo duplice processo rappresentano, proprio per la loro stessa natura, semplicemente e rispettivamente creazione ed applicazione del diritto. [...] Il fenomeno giuridico che non è condizione di alcun ulteriore fenomeno giuridico, applica certamente diritto, ma non lo crea, e, quindi, non può essere qualificato come una *norma giuridica*⁶⁰.

In breve, Merkl riconosce la presenza di un'asimmetria al livello di base della *Stufenbau* così come all'apice della stessa. In maniera analoga, per Kelsen:

L'ultima fase del processo di creazione del diritto, che inizia con l'adozione di una costituzione, è la realizzazione dell'atto coercitivo come conseguenza di un atto il-legale [...]. [M]entre la presupposizione della norma fondamentale ha il carattere di un atto di pura creazione normativa [...] l'atto coercitivo ha carattere di mera applicazione⁶¹.

Proprio perché questi due processi nella struttura gerarchica – creazione e applicazione del diritto – non possono, come scrive Merkl, essere “congruenti” fino in fondo, la costituzione o norma-fonte che si colloca all'apice e l'atto coercitivo, che si pone invece alla base, servono a chiudere il cerchio quando la congruenza termina. E ciò serve, per così dire, come una garanzia per trattare un elemento asimmetrico – l'atto coercitivo – come autentica parte della dottrina della *Stufenbau*. Merkl ne parla in questi termini:

Il processo di applicazione del diritto corre parallelo al processo di *creazione del diritto*, nella misura in cui ogni atto normativo di applicazione serve anche a creare una nuova norma giuridica (o un complesso di norme giuridiche). La completa congruenza dei campi della creazione e applicazione del diritto è, per ciò stesso, preclusa, poiché vi debbono essere casi di applicazione del diritto che non sono, allo stesso

⁶⁰ Merkl 1923: 218 (corsivo nell'originale).

⁶¹ Kelsen 1934, § 31(e)(f): 82-3.

tempo, casi di creazione di diritto. Tutti gli atti dello stato – specificamente: quelli che danno esecuzione a giudizi civili e quelli che irrogano sanzioni penali – atti che si presumono essere puramente fattuali, ma che sono in realtà giuridicamente rilevanti (*rechtserheblich*), anche se non sono più atti di creazione di diritto, ebbene, si deve concedere che tutti questi sono atti di applicazione, ma non sono più atti di creazione⁶².

Eppure, qui c'è un problema, come scrive Martin Borowski a proposito della *Stufenbau*:

[Le] norme generali sono ulteriormente concretizzate nella promulgazione delle norme individuali da parte dell'amministrazione e del potere giudiziario. L'applicazione di queste norme individuali conduce, alla fine, all'atto coercitivo, l'irrogazione di una sanzione. Qui si potrebbe enfatizzare che l'atto coercitivo, a differenza di tutti gli altri fenomeni menzionati sopra [che riguardano la *Stufenbau*], non è una norma; è un fatto⁶³.

La preoccupazione di fondo, in questo caso, è la fedeltà alla distinzione netta tra fattuale e normativo, fra *Sein* e *Sollen*. Includere elementi fattuali nella *Stufenbau* si scontrerebbe proprio con tale distinzione.

Qual è allora la portata della nozione di normativo, così come la intendono Merkl e Kelsen? Una tattica potrebbe consistere nel fare appello al Re Mida:

Proprio come ogni cosa che il Re Mida toccava si trasformava in oro, ogni cosa a cui il diritto si riferisce diventa diritto, vale a dire, qualcosa che esiste giuridicamente⁶⁴.

Si potrebbe argomentare, ad esempio, così: quegli aspetti di un giudizio a cui il diritto si riferisce in termini di “fatti” sono essi stessi diritto⁶⁵, ed un esempio lampante per illustrare questo punto si ha quando il risultato del giudizio si dimostra palesemente errato, come nel caso di una condanna a morte di colui che pareva essere il colpevole, ma che, in un secondo tempo, si è rivelato innocente.

La tesi del Re Mida, affermando che persino l'atto coercitivo è diritto e, per questo, normativo, offre – così vuole l'argomento – una replica alla tesi secondo cui l'atto coercitivo andrebbe considerato come fattuale. Un approccio diverso assume come punto di partenza la posizione opposta, mutuata da un'analogia con la

⁶² Merkl 1931: 282 (corsivo nell'originale) nonché 269-70; cfr. anche Merkl 1993-2009, I/1: 477, nonché 459-61, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1348, nonché 1331-2.

⁶³ Borowski 2014: 82 (nota a piè di pagina omessa). Si veda anche Borowski 2005: 135-6; Wiederin 2011: 86. L'articolo più risalente ad aver sollevato la questione è Nawiasky 1927: 489.

⁶⁴ Kelsen 1945: 161.

⁶⁵ Per una ragguardevole discussione della questione da un punto di vista kelseniano, cfr. Silving 1947: 642-67.

condizione di efficacia di Kelsen, intesa come condizione per la validità del sistema giuridico. La condizione d'efficacia ha una natura fattuale, ma è comunque richiesta come condizione di validità per il sistema giuridico⁶⁶. Allo stesso modo, assumere che l'atto coercitivo abbia natura fattuale conduce a un punto di maggiore importanza, vale a dire, l'assunzione che esso integri, per così dire, la *Stufenbau* in qualità di suo fondamento "condizionato".

Nessuna delle due soluzioni è soddisfacente. Appellarsi al tocco del Re Mida – poco più di un *clické* – sembra chiaramente una petizione di principio, e non è nemmeno promettente prendere le mosse dalla supposta analogia con l'efficacia. Sebbene si possa argomentare che, nelle teorie del diritto di Merkl e Kelsen, l'efficacia del sistema giuridico sia un fattore ricavato propriamente dal mondo naturale, ciò non conduce a un atto coercitivo situato all'interno della *Stufenbau*. In breve, l'ultima parola sul problema posto da Borowski non è stata ancora detta.

Un ulteriore problema che sorge in connessione con la dottrina della *Stufenbau* si presenta sotto forma di dilemma. Una forma di diritto, poniamo, la legislazione, è subordinata a una diversa forma di diritto, diciamo, una norma della costituzione. Questo è vero quando la seconda opera come "condizione" della prima. In altre parole, la norma di rango superiore è intesa in termini di condizioni necessarie; ciò è come dire che il non soddisfacimento di questa o quella condizione comporta, *ceteris paribus*, che l'impresa che ci si è proposti, la promulgazione di una norma, fallisca⁶⁷. Tuttavia, è ben possibile – e in alcuni sistemi giuridici attuali succede proprio così⁶⁸ – che tali condizioni derivino non solo dalla norma superiore, ma anche dalle norme che si trovano proprio allo stesso livello della norma che è stata promulgata.

Se le cose stanno in questi termini, allora un sostenitore della dottrina della *Stufenbau* di Merkl si trova a fronteggiare un dilemma. Aderire strettamente alla caratterizzazione della promulgazione di una norma in termini di condizioni necessarie significa che tutto il peso dell'argomento è sopportato dalle condizioni necessarie, e, quindi, non solo dalla/e norma/e di rango superiore nella *Stufenbau*. In alternativa, insistere nell'appellarsi soltanto alla/e norma/e superiore/i applicabili della *Stufenbau* escluderebbe dall'attenzione le condizioni applicabili che non si trovano a quel livello. Nessuno dei due corni del dilemma è soddisfacente.

⁶⁶ Cfr. Kelsen 1934, § 30(a): 69; Kelsen 1960a, § 6(c): 48, § 28(a): 122, § 41(a): 293. L'espressione "validità del sistema giuridico" tipica dei contesti anglofoni, ma è di uso corrente negli scritti di Kelsen e, più in generale, nell'ambito della scienza giuridica europea.

⁶⁷ L'aggiunta di una clausola *ceteris paribus* è, in questo caso, fondamentale, poiché i sistemi giuridici, specie nell'ambito del diritto pubblico, possono "allentare" le condizioni di promulgazione per ragioni di *public policy*. Questa strategia è familiare: cfr., a titolo d'esempio, Hart 1994: 31-2. Nel contesto austriaco, tale pratica è conosciuta come *Fehlerkalkül*, calcolo degli errori. Si veda Merkl 1925: 452-65, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 369-84, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 195-208. Cfr. inoltre Kelsen 1960a, § 35(j)(k): 271-82.

⁶⁸ Per una discussione e degli esempi ripresi dal diritto austriaco, cfr. Walter 1964: 62-5; Öhlinger 1975: 16-18; Koller 2005: 111. Per una replica, si veda invece Wiederin 2011: 92-100.

Qual è l'importanza del dilemma? È difficile pensare alla *Stufenbau* come a un'autentica teoria del diritto positivo. Certamente tale costruzione resta un'ideale, e il suo valore risiede nell'aver effettivamente catturato uno schema di gerarchia che esiste nei sistemi giuridici nazionali. Così ne parla Kelsen, con una retrospettiva sul contributo di Merkl:

Fu inizialmente attraverso la teoria dei livelli di Merkl (*Stufentheorie*) che acquisimmo una comprensione della struttura interna di un sistema giuridico⁶⁹.

Questo è peraltro solo un lato della medaglia. L'altro lato è che il valore della teoria della *Stufenbau* come ideale non dev'essere sopravvalutato. Se la nozione di *livello* è centrale, allora, tornando indietro sino a *Marbury vs. Madison* (1803), il punto fondamentale fu sollevato da John Marshall e da un gruppo di commentatori: il livello superiore del diritto costituzionale rispetto al diritto legislativo e amministrativo è ciò che conferisce al diritto costituzionale il suo status di diritto di una specie diversa. Ciò rende possibile il controllo di costituzionalità, che, a sua volta, mira a rendere il diritto costituzionale efficace. Senza questa concezione del diritto costituzionale, appellarsi a una cosa chiamata "costituzione" rappresenta poco più che una malcelata invocazione a valori, spesso formulati nel linguaggio del diritto naturale. Quindi, se la nozione di livello è di fondamentale importanza, ciò va tributato a molte figure del diciannovesimo secolo, del tutto ignare della Scuola Vienese di teoria del diritto – come Marshall e i suoi commentatori⁷⁰, o gli autori della *Paulskirchenverfassung* del 1849, ciascuno nel suo periodo storico di appartenenza⁷¹.

2. Autorizzazione, Atto Secondo: la modalità della norma sanzionatoria

Come accennato, Kelsen, nei suoi primi lavori, non affronta la questione della modalità della norma sanzionatoria. Egli procede – per lo più *sub silentio* – come se l'obbligo dei funzionari di applicare una sanzione fosse una risposta al problema della modalità della norma sanzionatoria formulata in maniera ipotetica. Qui Kelsen non è in contrasto con Karl Binding. Tuttavia, verso la fine degli anni Trenta, tutto cambia. Kelsen giunge a una visione completamente diversa, affermando che la norma sanzionatoria si presenta nella modalità dell'autorizzazione. A partire da questa nozione, negli anni Quaranta e Cinquanta egli procede ad argomentare che

⁶⁹ Kelsen 1959/60: 313. Per come interpreto qui Kelsen, questo è il punto fondamentale riguardo il significato della dottrina della *Stufenbau*, vale a dire, quello che all'interno della dottrina pura del diritto gioca il ruolo fondamentale. Si veda l'elegante e comprensiva ricostruzione dell'importanza della dottrina in Wiederin 2011: 84-7.

⁷⁰ Si veda *Marbury vs. Madison*, in 5 U.S., Cranch 1 (1803): 137-80.

⁷¹ Cfr., ad esempio, Faller 1974: 827-55; Kühne 1985.

l'obbligo va propriamente inteso come derivato, in quanto discende dalla combinazione di *norme autorizzatrici* situate a livelli adiacenti del sistema giuridico gerarchicamente strutturato.

I commentatori di Kelsen, senza percepire il carattere radicale della sua nuova posizione nell'ambito della teoria delle norme, parlano sempre di funzionari cui viene prescritto di imporre sanzioni⁷² – ciò che è senz'altro accurato per quanto riguarda la teoria di Kelsen sino alla fine degli anni Trenta. Il suo drastico cambio di rotta verso l'autorizzazione in quel momento rimase sconosciuto a tutti noi sino alla fine degli anni Ottanta, quando venne pubblicato il suo articolo sulle norme di competenza, scritto alla fine degli anni Trenta in risposta a Georges Scelle⁷³. Il fatto che questa tesi si trovasse davvero, sin dal principio, nella *General Theory of Law and State* e nella Seconda Edizione della *Reine Rechtslehre* non può essere negato, ma finché non apparve la replica di Kelsen a Scelle, i lettori di Kelsen non la stavano cercando, e quindi non la trovarono.

Due sviluppi marcano la svolta dell'autorizzazione come modalità della norma sanzionatoria. In primo luogo, nel suo studio sulla teoria del diritto pubblico internazionale di Scelle, Kelsen introduce la norma sanzionatoria formulata sotto forma di giudizio ipotetico come una norma autorizzatrice, e la usa per caratterizzare la nozione di obbligo, che diventa una funzione della competenza [*competence*] di imporre sanzioni. In particolar modo, c'è una possibilità

di fondare il concetto di obbligo giuridico [...] sul concetto di competenza, una possibilità di ricondurre l'obbligo giuridico alla competenza. In altre parole, se l'obbligo giuridico di un individuo a comportarsi in un certo modo è riconosciuto come dato solo se, nell'eventualità di un comportamento opposto, un altro individuo è autorizzato dal sistema giuridico a imporre una sanzione sul primo individuo, e, inoltre, se l'*empowerment* ad imporre una sanzione vale come "competenza", allora l'obbligo giuridico di un individuo poggia sulla competenza di applicare la sanzione di un altro individuo⁷⁴.

In secondo luogo, nella *General Theory of Law and State*, Kelsen allinea la sua concezione del "dovere" all'introduzione dell'autorizzazione come modalità della norma sanzionatoria. Detto altrimenti, Kelsen ora intende il "dovere" come un'espressione simile a una variabile che spazia sulle familiari modalità dell'obbligo, del permesso positivo e dell'autorizzazione, dove queste sono ora considerate norme giuridiche dipendenti. Kelsen sviluppa ulteriormente questa visione nella *General*

⁷² Mi permetto di rinviare alla nota 13.

⁷³ Kelsen 1987: 1-108. La pubblicazione nasce da un manoscritto della metà degli anni Trenta. Una traduzione francese, anch'essa della metà degli anni Trenta, è stata pubblicata con il titolo di *Droit et competence. Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle*. La traduzione, curata da Charles Leben, è apparsa in Kelsen 2005: 63-161.

⁷⁴ Kelsen 1987: 75, e, in generale, 61-108, che corrisponde a Kelsen 2005: 130 e, in generale, 118-61.

Theory of Law and State (1945) e, in particolar modo, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960).

Nella *General Theory of Law and State*, Kelsen scrive che la norma primaria rivolta ai funzionari, formulata come giudizio ipotetico, è «l'unica norma genuina». Sebbene venga introdotta una norma secondaria rivolta al soggetto giuridico, ai fini della «rappresentazione del diritto», Kelsen nota che questa norma secondaria è «certamente superflua in una esposizione esatta» del diritto. Questo modo di esprimersi appartiene a un frammento di un precedente discorso di Kelsen, che si trova negli *Hauptprobleme*, dove si presenta la norma sanzionatoria come l'unico tipo di norma. Fin qui, il messaggio di Kelsen è mutuato dal suo precedente lavoro. Kelsen considera la norma primaria come l'unica norma giuridica genuina, etichettando la norma secondaria, a rigore, come superflua.

Il cambiamento che emerge nella *General Theory of Law and State* riguarda la lettura di Kelsen del “dovere” nella norma primaria⁷⁵. Negli *Hauptprobleme*, “dovere” – traduzione del verbo *sollen* impiegato da Kelsen – è usato dallo stesso Kelsen per esprimere un obbligo. Vale a dire, il “dovere”, nella norma primaria di Kelsen formulata come giudizio ipotetico, è inteso come qualcosa che impone un obbligo condizionale al funzionario⁷⁶. Nella *General Theory of Law and State*, Kelsen difende una prospettiva diversa, sostenendo, seppur con minore chiarezza, che il “dovere” non deve necessariamente coincidere con il concetto di obbligo giuridico. Piuttosto, il “dovere” della norma primaria funziona come un segnaposto, analogo a un'espressione variabile. Quello che potrebbe essere chiamato “dovere” generico copre le espressioni modali che governano le norme giuridiche dipendenti, ossia, “potere”, “avere la facoltà” e – nel senso più specifico di “dovere”, in opposizione al suo senso generico – il “dovere” di un comando. Nei casi più rappresentativi, il “dovere” generico, il dovere della norma primaria, indica che date certe condizioni può essere imposta una sanzione, o, in altri termini, che un funzionario è autorizzato a imporre una sanzione⁷⁷.

Che dire del caso in cui vi sia anche un obbligo di imporre una sanzione? Kelsen risponde così:

Sotto [la presente] definizione di dovere giuridico, la norma giuridica che obbliga il soggetto ad astenersi dal delitto collegando ad esso una sanzione, non stipula alcun obbligo giuridico di eseguire la sanzione, o di “applicare” la norma in questione. Il giudice – o, per usare un'espressione più generale, l'organo di applicazione – può essere giuridicamente obbligato a mettere in atto la sanzione – nello stesso senso in cui il soggetto è obbligato ad astenersi dal delitto, a “obbedire” alla norma giuridica –

⁷⁵ L'autorizzazione come norma giuridica indipendente è la norma che autorizza la promulgazione. Mi occuperò di questa tesi nella sezione 4, dove distinguerò le due specie di *norme autorizzatrici*.

⁷⁶ Kelsen 1945: 61.

⁷⁷ Kelsen 1945: 59-60.

solo se vi è un'altra norma che associa un'ulteriore sanzione alla mancata esecuzione della prima sanzione⁷⁸.

Kelsen sottolinea che ciò non comporta alcun regresso⁷⁹. In altre parole, in un sistema di diritto positivo, ci sarà un livello supremo nella struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico dove solo l'autorizzazione a imporre una sanzione è possibile. La presenza, a questo livello supremo, di un obbligo di imporre una sanzione presupporrebbe infatti un livello ancora più alto della gerarchia⁸⁰.

Questi dettagli della teoria dell'autorizzazione di Kelsen non risultano del tutto chiari nella *General Theory of Law and State*⁸¹, ma egli la riprende e sviluppa ulteriormente nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*.

[S]e viene commesso un delitto previsto dal sistema giuridico, allora la sanzione prevista da quel sistema giuridico dev'essere imposta; qui il termine "dovere" copre sia il caso in cui [il funzionario] è solo autorizzato [...] a imporre la sanzione sia il caso in cui [gli] è comandato di farlo⁸².

Quando è richiesta la modalità dell'autorizzazione, e quando la modalità del comando? Kelsen offre una risposta netta:

L'imposizione di una sanzione è comandata, è il contenuto di un obbligo giuridico, solo se la sua omissione è assunta come condizione per una sanzione. In caso contrario, si può considerare che [il funzionario] abbia soltanto l'autorizzazione di imporre la sanzione, e non che ciò gli sia comandato⁸³.

Laddove la mancata imposizione di una sanzione da parte del funzionario è essa stessa intesa come condizione per una sanzione, "condizione" non è altro che un'abbreviazione dell'antecedente della norma sanzionatoria completa, formulata come un giudizio ipotetico, che autorizza un funzionario di livello ancora superiore a imporre una sanzione al funzionario inadempiente.

Per chiudere il cerchio, ritornando al quesito programmatico degli *Hauptprobleme* intorno alla "forma linguistica ideale" della norma giuridica, sembra corretto affermare che Kelsen raggiunge l'obbiettivo dichiarato. La norma sanzionatoria,

⁷⁸ Kelsen 1945: 59 (segni di citazione presenti nell'originale).

⁷⁹ Il seguente argomento – Kelsen 1960a, § 28(b): 124-5 note, vale come replica di Kelsen ad Alf Ross (Ross 1946: 75). Ross accusava Kelsen di regresso all'infinito.

⁸⁰ Kelsen 1945: 60.

⁸¹ Kelsen 1945: 59-60.

⁸² Kelsen 1960a, § 18: 82-3. Nell'omissionis, Kelsen aggiunge «o positivamente permessi», come se le autorizzazioni e i permessi positivi fossero la stessa cosa. Per una correzione di questo frequente errore, cfr. Enneccerus, Nipperdey, 1959/1960, vol. 1: 201; Raz 1972: 79-102, anche in Kelsen 1998: 82, 454; Bulgin 1992: 205-7, ora anche in Bulgin 2015: 275-6.

⁸³ Kelsen 1960a, § 5(a): 26.

ipoteticamente formulata, indirizzata al funzionario, è l'unico tipo di norma nelle prime opere di Kelsen, e, soltanto dopo, alla metà del periodo classico, egli risponde al problema relativo alla sua modalità, in questo modo: la modalità della norma sanzionatoria è un'autorizzazione.

Inoltre, concepire la forma linguistica ideale della norma giuridica in questi termini offre una base per distinguere il diritto dalla morale. L'autorizzazione, intesa come modalità della norma sanzionatoria, ha un carattere decisamente giuridico, a differenza della modalità deontica dell'imperativo legale, che quest'ultimo condivide con gli imperativi della morale. Dove risulta effettivamente appropriato parlare di un obbligo, cioè nel caso dell'obbligo del funzionario di imporre una sanzione, questo viene spiegato combinando *norme autorizzatrici* collocate a livelli adiacenti nella struttura gerarchica del sistema giuridico. Così concepito, l'obbligo è una nozione derivata, intesa in termini concettuali, senza un ulteriore appello al diritto naturale in sede di spiegazione.

3. Un interesse crescente per la teoria della norma: il ruolo di Georg Henrik von Wright

È risaputo che le origini della logica deontica possono essere ricondotte a Gottfried Wilhelm von Leibniz⁸⁴ e a Jeremy Bentham⁸⁵. Tuttavia, la fioritura di questa disciplina è un fenomeno del ventesimo secolo, esemplificato innanzitutto dall'opera del filosofo e logico Georg Henrik von Wright (1916-2003). Così come Leibniz, von Wright passa dai concetti modali alle loro controparti in logica deontica⁸⁶, tuttavia egli prende le mosse dai quantificatori.

Un giorno, all'inizio del 1949, mentre stavo camminando lungo la riva del Cam, la seguente analogia mi colpì: nello stesso modo in cui i quantificatori "alcuni", "nessuno" e "tutti" sono collegati l'uno all'altro, così anche le modalità "possibile", "impossibile" e "necessario" sono collegate. Un attimo di riflessione è stato sufficiente per avere ben chiaro che i due gruppi di concetti condividono anche le loro caratteristiche distributive rispetto alla congiunzione e alla disgiunzione [...]. Nel frattempo, la scoperta di alcune nuove analogie ha allargato la mia prospettiva [...] Una di queste nuove analogie collegava, da un lato, le modalità e, dall'altro, le nozioni di "dovere", "potere", e "non dovere"⁸⁷.

⁸⁴ Leibniz 1999: 2758-60, 2761-2. Sulla logica delle norme di Leibniz, si veda l'illuminante discussione in Lenzen 2005: 358-62.

⁸⁵ Bentham 2010. Il volume è l'edizione completamente rivista da Schofield di Bentham 1970. Si veda anche Moreso 2014: 71-80.

⁸⁶ Si veda anche Celano 1999: 150-60.

⁸⁷ Von Wright 1989: 28 (corsivo omissso). Cfr. anche von Wright 1963: 17; von Wright 1999: 28.

Il termine “deontico”, continua von Wright, gli era stato suggerito da C. D. Broad⁸⁸. Basandosi sull’analogia fra le modalità, von Wright scrive un saggio sulla nuova logica, il meritatamente famoso articolo intitolato *Deontic Logic*, pubblicato per la prima volta nel 1951 su *Mind*⁸⁹.

Apparentemente influenzato dall’articolo di von Wright⁹⁰, Kelsen annuncia in un articolo del 1953 che era stato lui, Kelsen, quello che, “per così dire”, aveva scoperto per primo la logica delle norme⁹¹. Kelsen liquida come “fallacie illogiche” e “trucchi logici” l’argomento *a contrario* e «la deduzione di norme da un concetto previamente definito». Allo stesso modo, rifiuta la «pseudo-logica della *Begriffsjurisprudenz*» e la derivazione di norme dalla «natura della cosa, un’illusione della dottrina del diritto naturale». Nell’articolo del 1953, Kelsen oppone la propria visione a questi passaggi a vuoto e false partenze:

La logica che la *Dottrina pura del diritto* ha scoperto per prima è per così dire, una *logica generale delle norme*, ossia, una logica del “dovere”, o delle proposizioni in termini di “dovere”, una logica di cognizione che è diretta alle norme e non alla realtà naturale. Se si può affatto parlare di una logica giuridica o di un pensiero giuridico, lo si può fare solo a patto d’intendere, con quest’espressione, i principi di una logica generale delle norme, che trovano anche applicazione nel campo della cognizione giuridica⁹².

Forse, la pretesa di Kelsen di aver scoperto “una logica generale delle norme” è semplicemente una manifestazione del suo entusiasmo per questa disciplina⁹³. Eppure, l’espressione qualificante “per così dire” è preoccupante. Nella citazione, Kelsen si riferisce non solo alla logica generale delle norme – la cui fonte, nel testo di Kelsen, è chiaramente von Wright⁹⁴ – ma anche alla cognizione giuridica. Lo sforzo di Kelsen, soprattutto nei suoi primissimi lavori, di difendere le applicazioni dirette della logica al diritto era ammantato del linguaggio dei principi logici o quasi logici che disciplinano la cognizione giuridica. Per esempio, in un lungo articolo del 1914, scriveva:

⁸⁸ Cfr. Broad 1950: 62.

⁸⁹ Von Wright 1957: 58-74.

⁹⁰ Sull’impatto dell’articolo su Kelsen, cfr. von Wright 1985: 263-4, 265, ristampato in Kelsen 1998: 365-6, 367-8, e von Wright 1999: 20.

⁹¹ Cfr. *infra* la citazione di cui alla nota 92.

⁹² Kelsen 1953b: 149-50 (corsivo nell’originale), ora anche in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 617.

⁹³ Cfr. von Wright 1999: 20, dove von Wright accenna all’entusiasmo di Kelsen per la logica deontica. Riguardo alla presunta scoperta di Kelsen, von Wright, da vero gentiluomo, rileva che Kelsen «fu un po’ troppo egocentrico [...] nell’attribuire [la] scoperta [di una logica generale delle norme] alla Dottrina pura del diritto». Von Wright 1999: 368. Per un ulteriore approfondimento, cfr. Mazzaresse 1989: 104-7.

⁹⁴ Cfr. von Wright 1999: 20.

Il principio logico generale secondo cui un giudizio A è incompatibile con il giudizio non-A è diverso dal principio logico caratteristico della cognizione delle norme, poiché non si dà il caso che, alternativamente, o la norma A *oppure* la norma non-A possa essere *valida*, allo stesso modo in cui il giudizio logico A *oppure* il giudizio logico non-A è *vero*. Piuttosto, si dà il caso che solo la norma più recente fra le due sia valida, posto che le norme in questione appartengano a uno stesso sistema giuridico⁹⁵.

Qui Kelsen parla di «un principio logico caratteristico della cognizione di norme» e, forse, considera il contributo di von Wright, seppur erroneamente, come un ulteriore sviluppo delle dottrine che lui stesso aveva prodotto molto prima, nel nome della cognizione giuridica⁹⁶.

Comunque sia, la citazione dell'articolo del 1953 può essere considerata a tutti gli effetti come la prima accettazione esplicita da parte di Kelsen di quella che noi conosciamo come logica delle norme. L'interesse crescente di Kelsen verso aspetti della teoria delle norme – se non addirittura verso la logica delle norme, in senso stretto – si ritrova nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, il trattato a cui aveva intensamente lavorato sul finire degli anni Cinquanta⁹⁷.

Una panoramica del lavoro di Kelsen durante gli anni Cinquanta offre l'occasione per rivisitare il primo dei motivi che Kelsen aveva introdotto negli *Hauptprobleme*, espresso nel passaggio iniziale riportato nell'introduzione del presente lavoro, che si riferiva alla forma linguistica ideale della norma giuridica. Una panoramica offre anche l'occasione per esaminare la teoria dell'individuazione di Kelsen, il terzo dei motivi presenti nel passaggio citato all'inizio del presente studio accanto a quelli della “forma linguistica ideale” e del “diritto oggettivo”.

⁹⁵ Kelsen 1914: 207 (corsivo nell'originale), ora anche in Kelsen 2008, Vol. 3: 364. In questo saggio risalente agli inizi della sua carriera, Kelsen discutibilmente concepisce la regola della *lex posterior* come un principio logico. Merkl corregge immediatamente il tiro: «[I]l principio “lex posterior derogat legi priori” è valido solo sulla base di una norma di diritto positivo e non, allora, come si è solitamente inteso, vale a dire, come un assioma logico-giuridico» (Merkl 1927: 211). Si veda, più estesamente, Merkl 1918: 68-88, ora anche in Merkl 1993-2009, I/1: 179-96, e in Klecatsky et al 1986, Vol. 2: 1124-39. Per un elenco completo delle affermazioni– e delle varie posizioni – di Kelsen sul principio della *lex posterior*, cfr. Kammerhofer 2013: 238.

⁹⁶ Questa potrebbe sembrare al lettore un'attribuzione di una visione eccessivamente *naïve* a Kelsen. Tuttavia, è bene rammentare che Kelsen era uno studioso della filosofia del diciannovesimo secolo, con poche letture, più avanti negli anni, della filosofia analitica intesa in senso molto ampio – ad esempio di autori come J. L. Austin, Richard Hare, Jørgen Jørgensen, Hans Reichenbach. Per dare un'idea del background intellettuale di Kelsen, sarebbe sufficiente guardare ai testi di Heinrich Rickert, Max Scheler, Christian Sigwart, o Wilhelm Windelband; queste e altre figure della fine del diciannovesimo secolo ricevono costantemente la stessa attenzione dei protagonisti della filosofia analitica del ventesimo secolo nella *General Theory of Norms*, pubblicata postuma.

⁹⁷ Com'è risaputo, l'interesse di Kelsen per la teoria della norma persiste: rappresenta infatti il nucleo del suo interesse filosofico-giuridico nell'ultimo periodo. Cfr. Kelsen 1979.

4. L'evoluzione della teoria della norma negli anni Cinquanta: una panoramica

L'evoluzione della teoria della norma di Kelsen negli anni Cinquanta può essere inquadrata da due punti di vista completamente diversi. Dal primo punto di vista, i problemi della teoria delle norme che hanno tenuto occupato Kelsen in questo periodo sono problemi posti dalle norme deontiche – un punto che può essere illustrato guardando al lavoro di Kelsen sul problema dei conflitti tra norme giuridiche. Come accennato nella precedente sezione, l'interesse di Kelsen per le norme deontiche deriva almeno in parte dall'influenza di von Wright. Quindi, assumere che la lunga difesa di Kelsen della norma sanzionatoria come l'unico tipo di norma non sopravviva alla fine del suo periodo classico non sarebbe, da questo primo punto di vista, un'assunzione irragionevole. Dopo tutto, le norme deontiche e la norma sanzionatoria di Kelsen, intesa come norma autorizzatrice, sembrano rappresentare degli aspetti totalmente diversi, e in questa fase le norme deontiche sono in prima linea.

Ciononostante, l'assunzione sarebbe sbagliata, e ciò diviene più chiaro adottando il secondo punto di vista, che richiama l'attenzione sulle rubriche sistematiche nell'evoluzione della teoria delle norme di Kelsen negli anni Cinquanta; queste – come suggerito nella terza sezione del presente lavoro – indicano l'incorporazione, da parte di Kelsen, delle norme deontiche in uno schema governato dalla norma sanzionatoria intesa come norma autorizzatrice. Il mio obiettivo, in quest'ultima sezione, è spiegare come debba essere intesa quest'incorporazione di Kelsen. Comincerò con una presentazione dell'opera di Kelsen nell'ambito di norme deontiche – in particolare, dalla sua attenzione nei confronti dei conflitti fra norme giuridiche – che illustra la misura in cui ne enfatizza il ruolo.

4.1. *Conflitti tra norme giuridiche.* Un esempio utile per occuparsi delle questioni relative al lavoro di Kelsen sui conflitti normativi⁹⁸ è il conflitto in cui il comando di fare *x* è unito al comando di astenersi dal fare *x*, assumendo che le norme 1 e 2 siano rivolte nello stesso momento allo stesso individuo.

1. La norma₁ comanda ad A al tempo *t*₁: “Fai *x*!”
2. La norma₂ comanda ad A al tempo *t*₁: “Astieniti dal fare *x*!”

Questo conflitto tra norme è totale, vale a dire, l'adempimento della norma₁ dà luogo alla violazione della norma₂, e l'adempimento della norma₂ dà luogo a una violazione della norma₁.

Questo conflitto normativo è una *contraddizione*? Da una prospettiva informale, si potrebbe rispondere ovviamente in maniera affermativa. Tuttavia, formalmente, l'interrogativo apre la strada a un problema quasi irresolubile, conosciuto in lettera-

⁹⁸ Cfr. Kelsen 1959; Kelsen 1960a, § 16, 76-7: § 34(e), 210.

tura come “Dilemma di Jørgensen”: esso prende il suo nome da Jørgen Jørgensen, che cercò di risolverlo.⁹⁹ Il primo corno del Dilemma di Jørgensen è l’idea che, in logica formale, l’applicazione del principio di non contraddizione e dal principio di inferenza presuppongano l’attribuzione di valori di verità agli enunciati in questione. L’applicazione di questi principi è quindi spiegata facendo appello ai valori di verità – nel caso del principio di non contraddizione, appellandosi alla verità di uno degli enunciati contraddittori e alla falsità dell’altro, e, nel caso del principio d’inferenza, appellandosi alla verità delle premesse. In un argomento valido (*sound*), la verità delle premesse, accompagnata da una corretta applicazione del principio di inferenza, esclude una conclusione falsa. Fin qui tutto bene. I grattacapi iniziano appena si prendono in considerazione le norme. Il principio di inferenza e il principio di non-contraddizione, presupponendo l’attribuzione di valori di verità, non si applicano alle norme, poiché le norme non sono né vere né false. Jørgensen formula il suo argomento ricorrendo agli imperativi.

“Fa silenzio!” – è vero o falso? Una questione senza senso. “Fai il tuo dovere!” – è vero o falso? Impossibile rispondere¹⁰⁰.

Il risultato – uno dei corni del Dilemma di Jørgensen – è che, ammettendo l’impossibilità di assegnare valori di verità alle norme, non c’è logica di norme.

E l’altro corno del Dilemma di Jørgensen? Assumiamo una logica di norme in teoria e in pratica. Vale a dire, riconosciamo chiaramente norme incompatibili (“contraddittorie”) e formuliamo inferenze normative.

Certamente, Jørgensen non si accontenta del dubbio che questo dilemma rappresenta. La soluzione del problema che propone consiste nell’introdurre un elemento indicativo nell’analisi dei conflitti di norme, rendendo così possibile una spiegazione del conflitto fra norme nei termini delle loro controparti indicative. Seguendo Walter Dubislav, il quale suggerisce che «per ciascun enunciato imperativo [cioè, per ciascuna norma], vi è un enunciato indicativo corrispondente»,¹⁰¹ Jørgensen scrive:

Un enunciato imperativo ha un significato se e solo se l’enunciato indicativo corrispondente, che potrebbe essere da esso derivato, e che descrive il suo contenuto, è

⁹⁹ Jørgensen, 1937/8: 288-96. Il problema fu denominato per la prima volta Dilemma di Jørgensen da Alf Ross nel suo articolo *Imperatives and Logic* (1941: 55-6).

¹⁰⁰ Jørgensen, 1937/8: 289.

¹⁰¹ Jørgensen, 1937/8: 290, parafrasando Walter Dubislav, 1937: 339-42. I problemi terminologici in questo campo sono ben noti. Nel testo di Dubislav e anche in quello di Jørgensen il contesto chiarisce che *norma* è la lettura corretta del loro “enunciato imperativo”; alla norma non possono essere attribuiti valori di verità e quindi richiede un’analisi che sia parassitaria rispetto a quella dell’enunciato indicativo corrispondente.

significativo [...] [E] l'enunciato indicativo derivato può essere trattato allo stesso modo delle normali proposizioni, secondo le regole della logica ordinaria, che non si applica agli enunciati imperativi. Quindi possiamo costruire negazioni, disgiunzioni, congiunzioni, implicazioni, equivalenze e le altre funzioni di verità degli enunciati indicativi derivati e, quindi, applicare *indirettamente* le regole della logica agli enunciati imperativi, così che le implicazioni di questi ultimi possano essere rese esplicite.¹⁰²

La chiave per la soluzione di Jørgensen è l'applicazione indiretta dei principi della logica agli imperativi, vale a dire, alle norme. I principi della logica si applicano direttamente agli enunciati indicativi che corrispondono alle norme in questione, e si applicano indirettamente alle norme stesse. Quindi, la logica si applica alle norme indirettamente, o per analogia.

È possibile trovare in letteratura diversi approcci basati su questa analogia. Per esempio, Bernard Williams introduce controparti indicative delle norme in conflitto nel modo seguente¹⁰³:

- 1a. A sta facendo x.
- 2a. Non si dà il caso che A stia facendo x.

Uno degli enunciati indicativi è vero e l'altro – dato che questi enunciati sono contraddittori – è di conseguenza falso. La stessa cosa, quindi, si ritiene che valga, seppur indirettamente, per le norme corrispondenti del conflitto normativo totale. Una norma è valida e l'altra è invalida.

Tuttavia, non è questo l'approccio di Kelsen. Kelsen aveva introdotto le proposizioni normative all'inizio degli anni Quaranta¹⁰⁴, e vi ritorna proprio in questa sede. È possibile, sebbene non necessario, identificare proposizioni normative che corrispondano, nella loro forma sintattica, alle norme che, nel gergo di Kelsen, esse "descrivono"¹⁰⁵. Per distinguere la norma stessa dall'enunciato che verte sulla norma, la proposizione normativa di Kelsen, si ricorre alla forza illocutoria, che marca la differenza fra le due. Il ben noto esempio del parcheggio, proposto da Georg

¹⁰² Jørgensen, 1937/8: 291-2 (enfasi mia).

¹⁰³ Cfr. anche Williams, 1966: 1-22, rist. in Williams, 1973, 187-206.

¹⁰⁴ Kelsen introduce per la prima volta la proposizione normativa (*Rechtssätze*) intesa in senso tecnico nel suo saggio del 1941, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, e le proposizioni normative sono oggetto di attenzione anche in Kelsen 1945, 45 ss., sebbene sotto il nome di "rules of law", una traduzione infelice. Le proposizioni normative compaiono, etichettate correttamente, nella versione in lingua francese del 1953 della prima edizione della *Reine Rechtslehre* (del 1934). Si rinvia alla nota 7 per maggiori dettagli.

¹⁰⁵ O, più precisamente, le rispettive disposizioni: ma questo dettaglio non dev'essere necessariamente preso in considerazione in questa sede.

Henrik von Wright, può essere usato per illustrare il punto¹⁰⁶. Presso un cantiere, un poliziotto sbraita al motociclista “Qui non si parcheggia!” (e possiamo assumere che il poliziotto sia stato autorizzato a emanare tale norma). Il poliziotto emana tale norma. Poco dopo, un comune pedone passa davanti al sito di costruzione e strilla “Qui non si parcheggia!” a un motociclista che sta provando a parcheggiare. Il pedone ha menzionato, riferito, una norma, ma ovviamente, non c’è dubbio sul fatto che egli non abbia emanato la norma.

Seguendo questa possibilità – in cui proposizione normativa e norma hanno proprio la stessa forma – la proposizione normativa che corrisponde alle norme 1 e 2 sopra enunciate, vale a dire, “Fai X!” e “Astieniti dal fare X!”, può essere introdotta nel seguente modo:

- 1b. Fai X!
- 2b. Astieniti dal fare X!

Kelsen, in base alla concezione difesa alla fine degli anni Cinquanta, sostiene che il conflitto normativo totale si risolve argomentando *per analogiam*¹⁰⁷. In altre parole, Kelsen cerca di risolvere il problema posto dal conflitto normativo totale facendo appello a enunciati normativi – nella sua terminologia, le proposizioni normative – corrispondenti a norme¹⁰⁸. Le norme del conflitto normativo totale sono contraddittorie perché la congiunzione delle proposizioni normative corrispondenti rappresenta una contraddizione logica.

Un approccio completamente diverso alle norme in conflitto totale consiste nell’assumere che esse siano norme sanzionate intese come norme autorizzatrici. In quest’ultimo caso, non sorge alcun conflitto normativo. La norma₁ e la norma₂ – le norme in conflitto in 1 e 2 sopra – valgono come *oggetto d’analisi*, e le nozioni analizzanti possono essere ricavate dalle norme sanzionate corrispondenti, che sono autorizzazioni promulgate nei confronti di funzionari. Per esempio:

- 1c. La norma₁ ordina A al tempo₁: “Fai x!” che equivale a dire che, se il destinatario non obbedisce, un funzionario è *autorizzato* a imporre una certa sanzione.
- 2c. La norma₂ ordina A al tempo₁: “Astieniti dal fare x!” che equivale a dire che, se il destinatario non obbedisce, un funzionario è *autorizzato* a imporre una certa sanzione.

¹⁰⁶ Cfr. von Wright, 1963: 104-5.

¹⁰⁷ Cfr. Kelsen 1960a, § 16: 76-7. Sui conflitti fra norme giuridiche in generale, cfr., ad esempio, Wiederin 1990: 311-33; Schilling 1994, §§ 7-8: 371-458. È ben noto come Kelsen abbandonò, nel 1960, la soluzione dei conflitti normativi presentata in questo testo, inaugurando la sua cosiddetta *Spätlehre*. Cfr., in particolare, Kelsen 1960b: 44. Sulla prospettiva scettica nei confronti dei conflitti normativi abbracciata da Kelsen nell’ultimo periodo, cfr. Celano 1998: 343-61.

¹⁰⁸ Cfr. Guastini 2001: 103-16.

Se le norme di un conflitto normativo totale sono rielaborate in questi termini, lo stato di cose derivante è chiaramente anomalo, ma non sembra trattarsi di un'anomia. Kelsen, in effetti, prende nota di questo approccio, ma solo *en passant*¹⁰⁹.

In sintesi, quando ci si rivolge a Kelsen per il problema dei conflitti tra norme giuridiche, la rielaborazione delle norme deontiche come *norme autorizzatrici* rivolte a funzionari diventa poco più di un fenomeno secondario. Gli argomenti interessanti si trovano nell'ambito delle norme deontiche. Tuttavia, questo non significa che Kelsen abbia abbandonato la sua precedente concezione della norma sanzionatoria come unico tipo di norma, con l'autorizzazione quale sua modalità. Al contrario, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen riunisce le norme deontiche e le norme sanzionatorie intese come norme autorizzatrici. Lungi dal soppiantare la teoria delle norme sanzionatorie con quella delle norme autorizzatrici, l'opera di Kelsen degli anni Cinquanta sulle norme deontiche ne amplifica il ruolo.

4.2. *Due spiegazioni, strettamente collegate, delle norme sanzionatorie come norme autorizzatrici.* Due spiegazioni sono illustrative nella ricostruzione dell'evoluzione della teoria delle norme di Kelsen. In primo luogo, vi è una triplice distinzione concernente lo status delle norme giuridiche: dipendenti, indipendenti o complete¹¹⁰. Entro questa triplice distinzione, vi è un'altra triplice distinzione, che considera tre specie di norme giuridiche dipendenti: ordine, prescrizione positiva, e autorizzazione¹¹¹. Le norme autorizzatrici compaiono qui come norme dipendenti rivolte all'emanazione di norme – la promulgazione da parte del parlamento di norme giuridiche generali, così come, nel diritto privato, il potere individuale di dare impulso a un procedimento legale presentando una domanda¹¹². All'opposto, la norma sanzionatoria intesa come norma autorizzatrice rappresenta una norma giuridica indipendente o, se formulata elencando tutte le sue condizioni, una norma giuridica completa¹¹³. Questa costruzione è catturata dalla seconda spiegazione: la teoria kelseniana dell'individuazione.

4.3. *Lo status della norma giuridica.* L'espressione "status" è qui usata per affrontare la questione della dipendenza o meno della norma. Le norme giuridiche

¹⁰⁹ Cfr. Kelsen 1960b, § 5(a): 22, § 33(d): 187.

¹¹⁰ Cfr. la terminologia corrispondente propria della lingua tedesca, che ho introdotto al penultimo paragrafo della § 1. Parte di questa terminologia appartiene a un uso tradizionale consolidato. Cfr., ad esempio, Bierling 1894/1917, Vol. 1, §§ 4-5: 71-106.

¹¹¹ Si veda a titolo d'esempio Kelsen 1960a, § 4(b): 4-5; § 4(c): 9-10; § 6(d): 52. Kelsen menziona le norme derogatorie nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* come un tipo di norma dipendente, cfr. Kelsen 1960a, § 6(e): 57; tuttavia, come tema di ricerca, le norme derogatorie appartengono all'ultimo periodo; cfr., in particolare, Kelsen 1945, Cap. 27: 106-14.

¹¹² Tra i vari riferimenti possibili, si veda a titolo d'esempio Kelsen 1960a, § 31: 164; § 33(a): 172-3.

¹¹³ Si veda l'esempio di norma giuridica completa proposto da Merkl, citato, più avanti, alla nota 132.

dipendenti¹¹⁴ sono tali in virtù della loro impossibilità di stare da sole. All'opposto, le norme giuridiche indipendenti possono stare da sole, e questo vale *a fortiori* per il caso delle norme giuridiche complete, che rappresentato immagini speculari, seppur in miniatura, della struttura gerarchica del sistema giuridico. L'esempio comune di norma giuridica dipendente è quello del comando, che richiede che il destinatario del comando compia – o si astenga dal compiere – un certo atto. Se non si adempie al comando, ciò che ne risulta è un illecito, che, dal canto suo, attiva la norma sanzionatoria – più precisamente, l'autorizzazione a imporre una sanzione.

La norma giuridica indipendente è rappresentata dalla norma sanzionatoria standard di Kelsen, rivolta al funzionario. Essa afferma: "Se ha luogo la condizione C, l'ufficiale pubblico deve imporre una certa sanzione"¹¹⁵. Il "dovere" generico va interpretato come un'autorizzazione, e, in linea con quest'assunzione, Kelsen è attento, in alcune delle sue affermazioni sulla norma giuridica indipendente, a notare che il "dovere" non deve essere inteso necessariamente come espressione dell'idea che la norma sanzionatoria prescriva una sanzione. Nello specifico, una norma giuridica indipendente non deve essere intesa come prescrittiva di una sanzione. In altri termini, la norma giuridica indipendente autorizza il funzionario, ma non impone un obbligo a meno che la mancata applicazione della sanzione da parte del funzionario comporti un'ulteriore sanzione, alla cui imposizione è autorizzato un funzionario di livello ancora più alto.

La norma giuridica dipendente e la norma giuridica indipendente, scrive Kelsen, sono «essenzialmente connesse»¹¹⁶. Ad esempio, la norma giuridica dipendente paradigmatica, il comando, può essere considerata una norma giuridica solo se è essenzialmente connessa a una norma giuridica indipendente, la norma sanzionatoria. Va tuttavia concesso che la natura esatta di questa connessione non è molto chiara, dal momento che Kelsen descrive in modi differenti la relazione tra il comando, inteso come norma giuridica dipendente, e la norma sanzionatoria, intesa come norma giuridica indipendente. Per esempio, secondo Kelsen, (i) il mancato adempimento del comando serve come *condizione* per la norma sanzionatoria ipoteticamente formulata¹¹⁷, o (ii) la sanzione, intesa come atto coercitivo specificato dalla norma giuridica indipendente, *costituisce* l'obbligo imposto dal comando¹¹⁸, o, ancora, (iii) l'obbligo imposto dal comando significa semplicemente che laddove non avvenga l'adempimento al comando, la sanzione specificata dalla norma giuridica indipendente dovrà essere imposta¹¹⁹.

¹¹⁴ Si veda Kelsen 1960a, § 6(d)(e): 52, 55-9.

¹¹⁵ Questa specifica formulazione, con la mia aggiunta del "dovere" generico, è ripresa da Celano 1999: 205-6.

¹¹⁶ Kelsen 1960a, § 6(d): 52.

¹¹⁷ Kelsen 1960a, § 6(e): 56.

¹¹⁸ Kelsen 1960a, § 29(a): 132.

¹¹⁹ Kelsen 1960a, § 29(a): 132.

Data la “connessione essenziale” tra il comando inteso come norma giuridica dipendente e la norma sanzionatoria, intesa come norma giuridica indipendente, che cosa succede all’affermazione teorica di Kelsen, avanzata sia negli *Hauptprobleme* sia nella *General Theory of Law and State*, secondo cui il comando sarebbe “superfluo” in una ricostruzione del diritto? La questione è tutt’altro che anacronistica: l’affermazione di superfluità da parte di Kelsen compare anche nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, dove egli scrive:

[La] norma “Non devi commettere omicidio” è superflua se c’è già la norma giuridica valida “Chiunque commetta omicidio dev’essere punito”¹²⁰.

Forse è impossibile far quadrare il comando come norma giuridica dipendente con l’affermazione della sua superfluità avanzata per lungo tempo da Kelsen, ma la questione importante, qui, è che la norma giuridica dipendente effettivamente contribuisce a facilitare la rappresentazione del diritto¹²¹. Le due spiegazioni nella teoria della norma di Kelsen ancora in evoluzione, così come da lui presentate nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, possono essere intese come una parte del suo sforzo di offrire, dal punto di vista della scienza giuridica, una perspicua rappresentazione del diritto. L’imperativo, o il comando, non è più il cattivo della favola, così come avevo suggerito prima, perché la scienza giuridica gli ha conferito uno status, seppur di tipo derivato. Inoltre, tale status deriva interamente da una fonte concettuale, la congiunzione delle norme autorizzatrici ai livelli adiacenti della *Stufenbau*. È dunque ribadita la pretesa di Kelsen di seguire gli stretti vincoli del diritto oggettivo.

4.4. *Individuazione: le prospettive di Bentham e Kelsen, e la norma giuridica completa di Kelsen.* Bentham, a cui dobbiamo una dottrina dell’individuazione in teoria del diritto, scrive:

Cos’è una legge? Quali sono le parti di una legge? Si deve osservare che l’oggetto di tali questioni attiene alla *logica*, all’*ideale*, alla *sfera intellettuale*, non a quella *fisica*: la legge e non il testo legislativo. Un’indagine diretta a quest’ultimo tipo di oggetto, non potrebbe né sollevare difficoltà, né offrire risposte¹²².

¹²⁰ Kelsen 1960a, § 6(e): 56.

¹²¹ Kelsen 1945: 61.

¹²² Bentham 1970: 301, dal paragrafo 2 della “Concluding Note” di Bentham (pubblicata nelle precedenti edizioni dei *Principles* come nota a più di pagina) (corsivo nell’originale). Questo testo è una porzione dello – ma non è contenuta nello – straordinario trattato di Bentham sulla *jurisprudence*, qui citato alla nota 85. È altresì d’interesse per la nozione di natura del diritto: Bentham 1977, Cap. I: 3-117. Un’utile guida generale a Bentham – che contiene, peraltro, una ricognizione altrettanto utile della più recente letteratura secondaria, scritta da uno dei principali studiosi di Bentham (e attualmente editore dei *The Collected Works of Jeremy Bentham*) – è Schofield, 2009.

L'indagine di Bentham non si rivolge né ai fini dettagli delle disposizioni di legge, così come viste dalla prospettiva del legislatore, né alla normale distinzione dei testi di legge, così come intesa da Raz, in «leggi ordinarie, sezioni, sotto-sezioni, regolamenti, legislazione secondaria», e simili¹²³. Il fine perseguito da Bentham è, piuttosto, «l'*ideale*, la *sfera intellettuale*». Le leggi, in altre parole, sono “unità concettuali”, mentre i testi legislativi consistono meramente di materiali riuniti «per ragioni puramente contingenti»¹²⁴.

Quando si mira alla chiarezza concettuale, l'idea di legge intesa come “unità intellettuale” dev'essere preferita, per dirla con H.L.A. Hart, «all'idea di testo legislativo, giacché un singolo testo legislativo potrebbe contenere solo una porzione di una legge, o parti di diverse leggi»¹²⁵. Mutuando questo lessico da Bentham e da Hart, si potrebbe dire che il compito del filosofo del diritto è quello di estrarre le leggi dai materiali giuridici allo stato grezzo. Così come spiegato chiaramente da Kelsen negli *Hauptprobleme*, ciò che questa costruzione richiede spesso non si trova in «un unico testo legislativo, dovendo essere assemblato da diversi [testi di legge]»¹²⁶.

Un programma di individuazione acquista realmente senso solo se il filosofo del diritto ha un'idea corretta di ciò che ricerca nel materiale grezzo del diritto. E questo ci riporta indietro, per chiudere il cerchio, al punto di partenza di Bentham: «Cos'è una legge? Quali sono le parti di una legge?» Nello stesso modo, ci riporta indietro al punto di partenza di Kelsen: qual è «la forma linguistica *ideale* della norma giuridica?» È risaputo che Bentham difende una teoria imperativista della legge, in cui concetti centrali sono quelli di sovranità e comando.

«Una legge può essere definita come una combinazione di segni dichiarativi di una volizione concepita o adottata dal *sovrano* di uno stato, concernente la condotta da osservare in un certo *caso*, da una certa persona o classi di persone, che, nel caso di specie, sono, o ci si aspetta che siano, soggette al suo potere»¹²⁷.

Bentham si sforza di trovare un criterio di individuazione arrivando a diverse classi di atti. Per ciascuna legge, vi è una classe di atti. Se, a un certo punto, l'atto in questione – il furto, per esempio – fosse sempre punito con la pena di morte¹²⁸, allora ci sarebbe una singola classe di atti conosciuta come furto e una legge ad essa corrispondente. In aggiunta, il legislatore potrebbe introdurre diversi gradi di

¹²³ Raz 1970: 71.

¹²⁴ James 1973: 361.

¹²⁵ Hart 1971: 60, anche in Hart 1982: 111.

¹²⁶ Si veda la citazione di cui alla nota 1 del presente testo.

¹²⁷ Bentham 2010, Cap. 3, § 30: 24 (*enfasi* nell'originale), Bentham 1970, Cap. 1, § 1: 1 (*enfasi* nell'originale).

¹²⁸ Ho ripreso l'esempio da James 1973: 376.

responsabilità penale per diverse specie di furto (furto di lieve entità, rapina a mano armata, e così via) con il risultato che, poniamo, tre diverse specie di quello che ora emerge come il genere del “furto” vanno a formare parte del diritto vigente. In definitiva, vi sarebbero tre classi di atti, riflessi in *tre leggi*¹²⁹.

Il programma d'individuazione ideato da Kelsen si pone in contrasto con quello di Bentham. Sono due i fattori che marcano le principali differenze. In primo luogo, i punti focali di Bentham includono il soggetto giuridico, che può occupare una qualsiasi delle quattro posizioni raffigurate nel noto quadrato di opposizione¹³⁰; in secondo luogo, le sanzioni, che per Bentham possono essere informali. Al contrario, Kelsen non lascia alcuno spazio al soggetto giuridico nel suo schema per l'individuazione della norma; inoltre, la sua nozione di sanzione, lungi dall'essere informale, è sempre giuridicamente istituzionalizzata ed è sempre esplicita. Questo è un riflesso dell'idea kelseniana che presenta la coercizione come una proprietà essenziale del diritto¹³¹. Nel programma per l'individuazione della norma ideato da Kelsen, lo status della sanzione è sempre lo stesso: quando si verificano le condizioni appropriate, *dev'essere* imposta la sanzione.

Alla luce di quanto abbiamo visto finora, è giunto finalmente il momento di dare uno sguardo a una norma giuridica completa: più precisamente, all'esempio di norma giuridica completa di Adolf Julius Merkl, ripreso dal diritto austriaco, che è un po' più dettagliato degli esempi solitamente elaborati da Kelsen¹³²:

«[a] Se un organo chiamato dalla Costituzione Federale a dare iniziativa al processo legislativo ha formulato una proposta nell'Assemblea Nazionale volta a disporre che i venditori di certi prodotti debbano pagare una tassa che ammonta a una certa percentuale dei proventi della vendita, e, inoltre, [b] se l'Assemblea Nazionale, dapprima in sede di commissione, e poi in sessione plenaria, seguendo la procedura specificamente prescritta dalle regole parlamentari sulla deliberazione, ha approvato la proposta in questione, e, ancora, [c] se questa legge è stata inviata all'Assemblea Federale, senza che questa abbia sollevato alcuna obiezione entro il termine di otto settimane, o, alternativamente, se questa abbia deciso prima della scadenza di non sollevare obiezione, e, ancora, [d] se il Presidente della Federazione ha firmato la legge, e il Cancelliere della Federazione, insieme al Ministro delle Finanze della Federazione, hanno controfirmato, e, inoltre, [e] se il Cancelliere della Federazione ha pubblicato e controfirmato la legge nella Gazzetta Ufficiale Federale, e, ancora,

¹²⁹ Si veda James 1973: 375-6.

¹³⁰ Si veda Hart 1971: 62, anche in Hart 1982: 114.

¹³¹ Si veda ad esempio Kelsen 1925, § 19(d): 99-100; Kelsen 1928, § 2: 9. Si veda anche Merkl 1931: 260-1, anche in Merkl 1993/2009, I/1: 447-8, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1320-10. Una discussione recente sulla coercizione nel diritto è offerta da Schauer 2015; Schauer non condivide l'idea di Kelsen che la coercizione sia una proprietà essenziale del diritto. Sul punto, si veda anche Spaak 2016, 182-214. Per la prospettiva di Kelsen si veda, più avanti, il testo di cui alla nota 134.

¹³² Si veda a titolo d'esempio, Kelsen 1960a, § 6(e): 57-8.

[f] se, se dopo l'entrata in vigore di questa legge, il funzionario del fisco designato nel testo di legge ha prescritto, nell'ambito di una certa procedura, il pagamento di una certa tassa da parte di una certa persona, e, infine, [g] se questa persona non ha pagato la somma prescritta entro la scadenza prescritta, allora la sanzione tributaria dovrà essere irrogata alla persona in questione»¹³³.

La norma giuridica completa può essere intesa come un'immagine speculare della *Stufenbau*, la struttura gerarchica del sistema giuridico, sebbene si tratti di un'immagine speculare in miniatura. La norma giuridica completa, muovendosi verso il basso lungo la struttura gerarchica, culmina in una singola norma giuridica indipendente la cui formulazione si trova al punto [g] dell'esempio di Merkl. Il comando – che nella teoria della norma di Kelsen è una norma giuridica dipendente che conduce alla, ed è analizzata nei termini della, norma giuridica indipendente di cui al punto [g] – si trova al punto [f].

Uno sguardo più ravvicinato al lessico impiegato da Merkl nel suo esempio è illuminante. In [b], la procedura stabilita nei regolamenti parlamentari è “prescritta” (*vorgescriben*), nel senso che è “stipulata”. Qui, dobbiamo prendere le mosse dalla nozione di autorizzazione; questo equivale a dire che il mancato adempimento della procedura da parte dell'Assemblea Nazionale, potrebbe significare che l'Assemblea Nazionale non è riuscita a fare ciò che è stata autorizzata a fare, cioè approvare delle leggi. Ma questo inadempimento non è legato ad alcuna sanzione.

All'opposto, in [f], il pagamento di una certa tassa è “prescritto” nel senso di “ordinato”. In questo caso, la differenza è che l'inadempimento nel pagare le tasse è la condizione per l'imposizione della sanzione, e la norma giuridica indipendente in [g] dice precisamente questo. Qui è sottintesa l'idea di Kelsen che il “dovere” generico nella norma giuridica indipendente marca un'autorizzazione ad imporre la sanzione, a meno che, come spiegato prima, la mancata imposizione di questa sanzione sia essa stessa la condizione per un'altra norma giuridica indipendente che autorizza un funzionario di livello più alto a imporre una sanzione al primo funzionario, nel cui caso il “dovere” iniziale va letto propriamente come una prescrizione in senso stretto.

Anche le altre clausole nella norma giuridica completa esprimono autorizzazioni. Per esempio, in [a], affermare che un organo è chiamato dalla Costituzione Federale a dare impulso al processo legislativo equivale a dire che l'organo è autorizzato dalla Costituzione a farlo. Lo stesso vale per le altre clausole. Nessuna di queste norme autorizzatrici è isolata. Sono norme giuridiche dipendenti nella gerarchia della norma completa, culminanti in una norma giuridica indipendente che autorizza un funzionario a imporre una sanzione.

Sorge immediatamente la seguente questione: perché mai l'autorizzazione a

¹³³ Merkl 1931: 274, anche in Merkl 1993/2009, I/1: 465-6, e in Klecatsky at al 1968, vol. 2: 1337.

promulgare le leggi – la quale è, essa stessa, una norma – non può stare da sola? La risposta di Kelsen lo conduce agli elementi fondamentali della sua filosofia del diritto. Una norma giuridica è indipendente e, allo stesso modo, una norma giuridica è completa solo se la sua dimensione coercitiva – l'atto coercitivo specificato dalla norma giuridica indipendente – è manifesto¹³⁴. Dal momento che la norma giuridica completa include alla base una norma giuridica indipendente, si verifica la condizione posta da Kelsen. Invece, dal momento che l'autorizzazione a promulgare norme non soddisfa, da sola, la condizione posta da Kelsen, deve essere relegata allo status di norma giuridica dipendente, un mero frammento che¹³⁵, nei termini di Kelsen, è “essenzialmente connesso” alla norma giuridica indipendente.

L'altro contesto in cui l'autorizzazione sorge come norma giuridica dipendente è quello dell'autorizzazione individuale a iniziare un procedimento giudiziario. Kelsen scrive che se il mancato adempimento da parte di A di un obbligo nei confronti di B porta all'impulso a un procedimento legale da parte di B nei confronti di A, questo vale come esercizio di un potere giuridico di B e, più precisamente, di un'autorizzazione di B. Ciò equivale a dire – continua Kelsen – che B gioca la sua parte nella realizzazione della decisione giudiziale successiva, la creazione di una norma giuridica individuale¹³⁶. Qui, l'interrogativo concerne la natura di questa norma giuridica individuale. Assumendo, a titolo esemplificativo, che B risulti vincitore nel procedimento, l'azione civile culminerà in una sentenza contro A, e l'esecuzione della sentenza rappresenta l'atto coercitivo specificato nella norma giuridica indipendente. L'autorizzazione di B è essenzialmente connessa alla norma giuridica indipendente – riflessa, in questo caso, nella norma giuridica individuale che determina l'imposizione di una sanzione, l'esecuzione di una sentenza contro A.

Bibliografia

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Vienna-New York, Springer.
- Alexy, R. (2013). *Hans Kelsen's Concept of the "Ought"*, «Jurisprudence», 4, 235-45.

¹³⁴ «[L'] essenza della norma giuridica è rispecchiata dal suo carattere coercitivo»: cfr. Kelsen 1922, § 15: 87. E ancora: «se il diritto è un ordinamento coercitivo, allora ogni norma *giuridica* è una norma che determina l'imposizione di una forma di coercizione» (Kelsen 1925, § 10(a): 47, corsivo nell'originale). E ancora: si potrebbe dire che «non si deve rubare», «si deve restituire un prestito», e così via», ma, prosegue Kelsen, «bisogna tenere in mente [...] che la connessione con l'atto coercitivo, essenziale per il carattere giuridico di una norma, resta inespressa» (Kelsen 1934 § 14(b): 30).

¹³⁵ Kelsen 1922, § 15: 89.

¹³⁶ Cfr. Kelsen 1960a, § 33(a): 172.

- Behrend, J. (1977). *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*, J.H. Burns, H.L.A. Hart (eds.), London, Athlone Press.
- (2010). *On the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press.
- Bierling, E. R. (1894/1917). *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, Mohr.
- Binding, K. (1871/1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann, Meiner.
- (1914). *Normen*. (Seconda edizione). Leipzig, Meiner.
- (1980). *Die Normen und ihre Übertretung. Vol. I. Seconda Edizione*, Leipzig, Engelmann.
- Bohannon, P. (1965). *The Differing Realms of the Law*, «American Anthropologist», 67, 33-42.
- Borowski, M. (2005). *Die Lehre vom Stufenbau der Rechts nach Adolf Julius Merkl*, in Paulson, S.L., Stolleis, M. (eds.) *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 122-59.
- (2014). *Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre*, «Ratio Juris», 27, 79-93.
- Broad, C.D. (1950). *Imperatives, Categorical and Hypothetical*, «The Philosopher», 2, 62-75.
- Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, «Ratio Juris», 3, 29-45. Ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon, 1998, 297-315.
- (1992). *On Norms of Competence*, «Law and Philosophy», 11, 201-16. Ristampato in Bulygin, E. *Essays*, Stanley L. Paulson et al. (eds.), Oxford, Oxford U.P., 272-83.
- Celano, B. (1998). *Norm Conflicts: Kelsen's View in the Late Period and a Rejoinder*, in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 343-61.
- (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen*. Bologna, Il Mulino.
- Chiassoni, P. (2013). *Wiener Realism*, in Duarte d'Almeida, L., et al. (eds.), *Kelsen Revisited*, Oxford, Hart, 131-62.
- Dernburg, H. (1884/7). *System des Römischen Rechts, der Pandekten*, P. Sokolowski (ed.), Berlin, Müller, 1911.

- Dias Nogueira, G. (2005). *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Dreier, H. (1990). *Rechtslehre. Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 196-203.
- Dubislav, W. (1937). *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*, «Theoria», 3, 330-42.
- Enneccerus, L., Nipperdey, H.C. (1959/60). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Mohr.
- Faller, H. J. (1974). *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849*, in Leibholz, G., et al. (eds.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen, Mohr, 827-55.
- Fuller, L.L. (1969). *The Morality of Law*, New Haven, Yale U.P.
- (2001). *The Principles of Social Order*, K.I. Winston (ed.), Oxford, Hart.
- Funke, A. (2009). *Allgemeine Rechtslehre als Lehre von den juristischen Grundbegriffen: Ernst Rudolf Bierling (1841-1919)*, in Lege, J. (ed.), *Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815-1945*, Tübingen, Mohr Siebeck, 93-110.
- Grussmann, W.-D. (1989). *Adolf Julius Merkl – Leben und Werk*, Wien, Manz.
- Guastini, R. (2001). “Sollsätze”. *An Exercise in Hard Legal Positivism*, in Chiassoni, P. (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 103-16.
- Hart, H.L.A. (2013). *The Concept of Law*, III ed., Oxford, Clarendon Press.
- (1971). *Bentham’s Of Laws in General*, «Rechtstheorie», 2, 55-66. Ristampato in Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*. Oxford, Clarendon Press, 1982, 105-26.
- Heidemann, C. (1997). *Die Norm als Tatsache*, Baden-Baden, Nomos.
- Hoyer, A. (1997). *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Jestaedt, M. (1999). *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- James, H. (1973). *Bentham on the Individuation of Laws*, «Northern Ireland Law Quarterly», 24, 357-82.
- Jørgensen, J. (1937/8). Imperatives and Logic, «Erkenntnis», 7, 288-96.
- Kammerhofer, J. (2013). *Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts*, in Jabloner, C., et al. (eds.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, Manz, 237-56.
- Kaufmann, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Schwartz.

- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr. Ristampato in Jestaedt, M. (ed.), *Hans Kelsen Werke*, Tübingen, Mohr Siebeck, Vol. 2, 2008, 49-878.
- (1914). *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 32, 202-45, 390-438. Ristampato in Jestaedt, M. (ed.) (2008). *Hans Kelsen Werke*, Tübingen, Mohr Siebeck, Vol. 3, 2008, 49-878, 359-425; tr. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, ETS, 1991.
- (1920a). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr.
- (1920b). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 47, 50-85.
- (1922). *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr.
- (1923/4). *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 17, 374-408. Ristampato in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1625-60.
- (1925). *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer. Traduzione italiana: *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, A. Carrino (ed.), Torino, Giappichelli, 2004.
- (1928). *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Heise.
- (1929). *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 5, 30-88. Ristampato in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1813-71; tr. ingl. *Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, in Vinx, L. (ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge U.P., 2015, 22-79.
- (1931). *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 66, 449-521. Ristampato in Leser, N. (ed.), *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, Wien, Wiener Volksbuchhandlung, 1967, 69-136.
- (1934). *Reine Rechtslehre*. I ed., Leipzig, Wien, Deuticke.
- (1941). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, «Harvard Law Review», 55, 44-70. Ristampata (con alcune omissioni) in Kelsen, H., *What is Justice?*, Berkeley (Cal.), University of California Press, 266-87.

- (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- (1953a). *Théorie pure du droit*; tr. franc. a cura di H. Thévenaz, Boudry-Neuchâtel, Éditions de la Baconnière.
- (1953b). *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in AA.VV., *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti* [non sono indicati i curatori], Zurich, Polygraphischer Verlag, 143-62, Ristampato in Hans Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 611-29.
- (1959). Manoscritto del 15 Maggio 1959, in Kelsen, H., Klug, U., *Rechtsnormen und logische Analyse*, Wien, Deuticke, 1981, 14-29.
- (1959/60). *Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960*, «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», 10, 313-23.
- (1960a). *Reine Rechtslehre*, II ed., Wien, Deuticke.
- (1960b). Manoscritto del 4 Luglio 1960, in Kelsen, H., Klug, U., *Rechtsnormen und logische Analyse*. Wien, Deuticke, 1981, 14-29 e 42-50.
- (1979). *General Theory of Norms*, trad. ingl. a cura di M. Hartney, Oxford, Clarendon, 1991.
- (1987). *Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles*, in Kelsen, H., *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally*, K. Ringhofer, R. Walter (eds.), Wien, Springer, 1-108.
- (1998). *Foreword to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law (1923)*, in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1999, 3-21.
- (2005). *Controverses sur la Théorie pure du droit*. Paris, Editions Panthéon-Assas, 63-161.
- Koller, P. (2005). *Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in Paulson, S.L., Stolleis, M. (eds.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 106-121.
- Kubeš, V. (1980). *Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre*, «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht», 31, 155-99.
- Kühne, J.-D. (1985). *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, Frankfurt, Metzner
- Leibniz, G.W. von (1999). *Modalia et elementa juris naturalis, erste Fassung, zweite Fassung*, in Id., *Philosophische Schriften*, vol. 4, pt. C, Forschungsstelle der Universität Münster (ed.), Berlin, Akademie Verlag.

- Lenzen, W. (2005). *Leibniz on Alethic and Deontic Modal Logic*, in Berlioz, D., Nef, F. (eds.), *Leibniz et les puissances du langage*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 341-62.
- Mazzarese, T. (1989). *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, Cedam.
- Merkel, A.J. (1916/1919). *Das Recht im Licht seiner Anwendung*, «Deutsche Richterzeitung», 8 (1916), 584-92, vol. 9 (1917), 162-76, 394-8, 443-50, vol. 11 (1919), 290-8. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 85-146, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 1167-1201.
- 1918. *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 37 (1918), 56-121, 68-88. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 169-225, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2 Hans Klecatsky et al. (eds.), Wien, Europa Verlag, 1968, 1115-65.
- 1918b. *Das doppelte Rechtsantlitz*, «Juristische Blätter», 47, 425-65. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 227-52, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 1091-98.
- (1922). *Gesetzesrecht und Richterrecht*, «Prager Juristische Zeitschrift», 2, 337-44. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 317-27, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1615-24.
- (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, Wien, Deuticke.
- (1925). *Justizirrtum und Rechtswahrheit*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 45, 452-65. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 369-84, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 195-208.
- (1927). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, Springer.
- (1931). *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, in Verdross, A. (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Wien, Springer, 252-94. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 437-92, e in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (2 volumi). Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1311-61.

- (1952). *Adolf Merkel*, in Grass, N. (ed.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften*, Innsbruck, Wagner, 137-59. Ristampato in Merkl, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.) Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, xxi-xlv.
- (1993/2009). *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.) Berlin, Duncker & Humblot.
- Moreso, J.J. (2012). *Bentham's Deontic Logic*, «Analisi e diritto 2012», 237-45. Ristampato in Tusseau, G., *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, London, Routledge, 2014, 71-80.
- Navarro, P.E. (2015). *Normative Systems and Legal Positivism*, in Bulygin, E., *Essays in Legal Philosophy*, S.L. Paulson et al. (eds.), Oxford, Oxford U.P., 1-21.
- Navarro P.E., Rodríguez, J. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Nawiasky, H. (1927). *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechtes*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 6, 488-96.
- Öhlinger, T. (1975). *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Wien, Manz.
- (1976). *Zum rechtstheoretischen und rechtspolitischen Gehalt der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*, in Mokre, J., Weinberger, O. (eds.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Wien, Springer, 79-96.
- Olechowski, T., Ehs, T., Staudigl-Ciechowicz, K. (2014). *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938*, Göttingen, V&R Unipress.
- Paulson, S. L. (1990). *Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre*, in R. Walter (ed.), *Adolf J. Merkel. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz, 93-105.
- (1998). *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 153-66.
- (1999). *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 351-64.
- (2014). *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, trad. it. a cura di G. Luchena, Torino, Giappichelli.
- (2017). *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, «Modern Law Review», 80, 860-94.
- Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.) (1998). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System II* ed., Oxford, Clarendon.

- (1972). *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 46, 79-102, ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, 451-70.
- Ross, A. (1941). *Imperatives and Logic*, «Theoria», 7, 53-71.
- (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence*, trad. ingl. a cura di A.I. Fausbøll, Copenhagen, Munksgaard.
- Rupp, H.H. (1991). *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, II ed. Tübingen, Mohr.
- Sander, F. (1924). *Merkls Rechtslehre*, «Wissenschaftliche Vierteljahrsschrift zur Prager Juristischen Zeitschrift», 4, 16-31.
- Schauer, F. (2015). *The Law as Force*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- Schilling, T. (1994). *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, Spitz.
- Schofield, P. (2009). *Bentham*, London, Continuum.
- Silving, H. (1947). *Law and Fact in the Light of the Pure Theory of Law*, in Sayre, P. (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophy*, New York, Oxford U.P., 642-67.
- Spaak, T. (2016). *Schauer's Anti-Essentialism*, «Ratio Juris», 29, 182-214.
- Thon, A. (1906). *Die Normenadressat*, «Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts», 50, 1-54.
- Verdross, A. (1930). *Die Rechtstheorie Hans Kelsens*, «Juristische Blätter», 59, 421-3. Ristampato in Hans Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1301-09.
- Voegelin, E. (1930/31). *Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat*, «Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts», 5, 58-89.
- Vogel, K. (1965). *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm*, Frankfurt, Metzner.
- von Wright, G.H. (1951). *Deontic Logic*, «Mind», 60, 1-15, ristampato in von Wright, G.H., *Logical Studies*, London, Routledge & Kegan Paul, 1957, 58-74.
- (1963). *Norm and Action*. London, Routledge & Kegan Paul.
- (1985). *Is and Ought*, in Bulygin, E., et al. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 263-81, ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, 365-82.

- (1989). *Intellectual Biography*, in Schlipp, P.A., Hahn, L.E. (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle (Ill.), Open Court, 1-55.
- (1999). *Deontic Logic. A Personal View*, «Ratio Juris», 12, 26-38.
- (1999). *Value, Norm, and Action in My Philosophical Writings*, in Meggle, G., Wojcik, A. (eds.), *Actions, Norms, Values*, Berlin, de Gruyter, 11-33.
- Walter, R. (1964). *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Graz, Leykam e Wien, Manz, 1974.
- (1990). *Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk*, in Walter, R. (ed.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz.
- Weyr, F. (1936). *Der Stufenbau der Rechtsordnung (die Hierarchie der Rechtsnormen) und der allgemeine Begriff des Rechtsverfahren*, in Kubeš, V., Weinberger, O. (eds.), *Die Brünner rechtstheoretische Schule*, Wien, Manz, 1980, 139-50.
- Wiederin, E. (1990). *Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normkonflikt?*, «Rechtstheorie», 21, 311-33.
- (2011). *Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's*, in Griller, S., Rill, H.P. (eds.), *Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Wien, Springer, 81-134.
- Williams, B.A.O. (1966). *Consistency and Realism*, «Proceedings of the Aristotelian Society», suppl. vol. 40, 1-22, ristampato in Williams, B.A.O., *Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge U.P., 1973, 187-206.
- Zitelmann, E. (1879). *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, Duncker & Humblot.

Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

Dos observaciones sobre la justificación jurídica

Jorge L. Rodríguez *

Resumen

Tradicionalmente se ha considerado que el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas – normativas y fácticas – se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esa idea básica ha sido controvertida desde distintos puntos de vista. En este trabajo solo se consideraran dos tipos de críticas: una de ellas vinculada a la propia estructura del razonamiento judicial, que indicaría que, como las normas jurídicas solo regulan casos normales y no aquellos en los que produciría un resultado demasiado injusto, la determinación de si cualquier norma es aplicable a cualquier caso requeriría de una evaluación moral. En segundo lugar, y aunque la observación anterior no permita mostrar una conexión necesaria entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral, parece indudable que tomando en cuenta un sentido fuerte de justificación que requiera partir de premisas justificadas, la evaluación de la corrección de la premisa normativa del razonamiento judicial puede remitir a una evaluación moral. Lo que en tal caso habría que determinar es si, como algunos teóricos suponen, una evaluación semejante exige comprometerse con alguna forma de objetivismo moral.

Palabras clave: Razonamiento jurídico. Casos anormales. Sentencias desestimatorias. Objetivismo moral.

Abstract

Traditionally, it has been claimed that legal reasoning purporting to show that a legal decision is justified in accordance with the existing law can be reconstructed

* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/ Misiones 55, 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com.

as a logical inference in which, on the basis of two types of premises -normative and factual- a conclusion can be derived that states that certain legal consequences are applicable to a particular case. This basic idea has been disputed from different points of view. In this paper only two types of criticism will be considered: the first linked to the very structure of judicial reasoning, which would indicate that, since legal norms only regulate normal cases and not those in which they would produce unjust results, the determination whether any rule is applicable to any case would require a moral evaluation. Secondly, and though the previous observation does not establish a necessary connection between legal reasoning and moral reasoning, it seems unquestionable that in a strong sense of justification that requires starting from justified premises, the evaluation of the correctness of the normative premise in judicial reasoning can refer to a moral evaluation. What in such a case would have to be determined is whether, as some theorists assume, that evaluation requires commitment to some form of moral objectivism.

Keywords: Legal Reasoning. Abnormal Cases. Judgements of Acquittal. Moral Objectivism.

1. Introducción

En el derecho moderno se exige que las decisiones o resoluciones judiciales sean fundadas, esto es, los jueces deben dictar resoluciones que se encuentren adecuadamente respaldadas por el derecho¹, lo que significa que el juez debe explicitar las razones de su decisión, debe *justificarla* y dar a conocer públicamente su justificación.

Ordinariamente se interpreta que justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento, entre cuyas premisas figura al menos una norma general y cuya conclusión es la decisión². En otras palabras, el fundamento de una decisión judicial debe estar conformado primordialmente por un conjunto de normas generales que permitan encuadrar los hechos probados del caso a fin de derivar de ellas la solución normativa particular que corresponda. Por ello, es posible presentar el contenido de la decisión que el juez adopta como una consecuencia lógica de un conjunto de premisas conformado básicamente por las normas aplicables (normas constitucionales, leyes, reglamentos, precedentes judiciales, normas consuetudinarias) y la descripción de los hechos probados del caso. La relación lógica entre los hechos y el plexo de las normas aplicables es lo que se califica como *subsunción*. Desde este punto de vista, una sentencia judicial puede reconstruirse como un razonamiento deductivo cuya conclusión es una norma individual, y entre

¹ Cf. MacCormick 1978: 19.

² Cf. Wróblewski 1992: 209.

cuyas premisas debe existir al menos una norma de carácter general³.

De acuerdo con esta idea, el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas – normativas y fácticas – se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esa relación abstracta muestra que la decisión de aplicar las consecuencias jurídicas así seleccionadas al caso particular está jurídicamente justificada. Por eso, el estudio del razonamiento jurídico puede considerarse como un intento por hacer explícitos los criterios sobre lo que constituye un buen o mal razonamiento en el derecho. De acuerdo con MacCormick, el razonamiento expuesto en una sentencia judicial justifica el contenido de la decisión en la medida en que muestre que la norma individual que el juez imparte, ya sea confiriendo o no una reparación a quien ha sufrido un daño o condenando o absolviendo a quien se atribuye la comisión de un delito, está justificada dados los hechos establecidos y las normas jurídicas relevantes⁴.

Esto, desde luego, no significa que una decisión pueda ser efectivamente deducida de las premisas, ya que la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinada por la lógica. Como puntualiza acertadamente MacCormick ‘decidir no es deducir’⁵: cuando el juez lleva a cabo el acto de decidir, al hacerlo puede o no cumplir con su deber, y ese acto como tal no está determinado por la lógica sino por las elecciones del agente⁶. Lo que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un posible acto de decisión y, de esta manera, se dirá que ese acto de decidir, una vez realizado, está justificado por las premisas del argumento⁷.

En una reconstrucción simplificada, la forma más elemental de silogismo jurídico es presentada por Wróblewski del siguiente modo:

- a) El hecho F tiene las consecuencias jurídicas $C_1, C_2 \dots C_n$.
- b) El supuesto de hecho F se ha verificado en el tiempo t y en el lugar l .
- c) El supuesto de hecho F tiene las consecuencias jurídicas $C_1, C_2 \dots C_n$ ⁸.

³ Cf. Alexy 1978: 214 y siguientes; Aarnio, Alexy y Peczenik 1981: 154; Peczenik 1989: 14.

⁴ Cf. MacCormick 1978: 14.

⁵ Cf. MacCormick 1992.

⁶ Cf. MacCormick 1978: 33. Si bien esto es correcto, MacCormick sostiene además dos tesis problemáticas: que el proceso de justificación jurídica no solo puede ser reconstruido como deductivo, sino que frente a los casos fáciles es puramente deductivo o lógico (cf., por ejemplo, MacCormick 1978: 37), y que las premisas normativas pueden calificarse como verdaderas, sin problematizar esta cuestión.

⁷ Cf. Alchourrón, Bulygin 1989.

⁸ Cf. Wróblewski 1974.

En sentido similar, para Alexy la forma más simple de justificación de una decisión judicial tendría la siguiente estructura:

- a) Para todo individuo x que posea la propiedad P , es obligatorio que x haga R .
- b) El individuo a posee la propiedad P .
- c) Es obligatorio que el individuo a haga R .

En los dos casos la premisa a) expresa una norma de carácter general, la premisa b) suele considerarse como una premisa fáctica, que enuncia los hechos del caso, pero como bien lo precisa Chiassoni, en realidad se trataría de una premisa calificatoria o subsuntiva de un cierto caso individual en el supuesto que configura el antecedente de la norma general expresada en la premisa a)¹⁰. La conclusión deriva para el caso la consecuencia normativa prevista en la norma general.

2. Reglas procesales, casos anormales y sentencias desestimatorias

En línea con lo señalado en el punto precedente, Neil MacCormick ha sostenido de un modo muy simplificado que justificar una decisión judicial en un caso fácil consistiría en mostrar que el contenido de la decisión se sigue lógicamente de las normas generales y los hechos del caso¹¹. Esquemáticamente:

- (1) Si p , entonces Oq .
- (2) El caso bajo análisis es un caso p .
- Por consiguiente,
- (3) En el caso bajo análisis Oq .

En otras palabras, a partir de una norma general que establece que en todos los casos p es obligatorio q , si el caso considerado queda comprendido en el núcleo de significado claro de la norma, es posible justificar deductivamente la conclusión de que en él es obligatorio q .

Esta idea simple ha sido cuestionada desde diferentes puntos de vista. Así, por ejemplo, Fernando Atria ha objetado que una estructura tan simple pueda reconstruir adecuadamente la fundamentación de una decisión judicial incluso en un caso

⁹ Cf. Alexy 1978: 214-215. Alexy utiliza el lenguaje de la lógica de predicados, que por simplicidad se ha omitido en el texto. Su reconstrucción es en realidad la siguiente:

- a) $\forall x (Tx \rightarrow ORx)$
- b) Ta
- c) ORa .

¹⁰ Cf. Chiassoni 2007: 37.

¹¹ Cf. MacCormick 1978: 19 y siguientes.

fácil. Su argumento podría sintetizarse del siguiente modo: dado que de conformidad con el derecho una regla no debe ser aplicada cuando produciría un resultado demasiado injusto respecto del caso, de ello se seguiría que las reglas nunca podrían ser aplicadas por los jueces sin responder a la pregunta acerca de si su aplicación es demasiado injusta. Y como la decisión relativa a si ha de prevalecer la certeza o la justicia para el caso concreto sería una decisión moral, existiría una conexión necesaria entre derecho y moral en el nivel de la aplicación del derecho¹². El problema sería entonces que las normas jurídicas no permitirían derivar soluciones para *todos* los casos comprendidos en su supuesto de hecho, sino que solo regularían los casos *normales*, y esto sería algo que el propio MacCormick reconoce¹³. Pero si se reemplaza (1) por

(4) En los *casos normales* p , Oq .

ya no sería posible derivar (3) de esta premisa y de (2). Para ello sería necesaria una premisa adicional:

(5) El caso bajo análisis es un caso normal.

Esa premisa adicional no sería, según Atria, ni una norma jurídica ni un enunciado fáctico sino un juicio de valor, y esto es lo que pondría de manifiesto que las normas jurídicas nunca podrían ser aplicadas sin efectuar una evaluación moral. Lo que se está presuponiendo aquí es que la norma en juego está sujeta a una cláusula “a menos que...”, tal como lo sostenía Hart¹⁴, en la que no pueden listarse todas las excepciones que siguen a los puntos suspensivos. Como puede apreciarse, esta no es más que otra versión de la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas sobre la cual ya se dicho bastante. Sin embargo, supóngase por un momento que fuera correcto que todas o algunas normas jurídicas tienen esta peculiaridad. Si ello fuera así, resultaría insuficiente para justificar su conclusión un razonamiento como:

(6) Si p , a menos que ..., Oq .

(2) El caso bajo análisis es un caso p .

Por consiguiente,

(3) En el caso bajo análisis, Oq .

Ello así porque habría que demostrar además que en el caso particular no concurre ninguna de las excepciones que bloquean la derivación de la obligación

¹² Cf. Atria 2002: 179 y siguientes.

¹³ Cf. MacCormick 1978: 29.

¹⁴ Cf. Hart 1948-49.

de *q*. Ahora bien, un caso normal sería aquel en el que no se verifica ninguna de las excepciones que limitan el campo de aplicación de la norma. Pero bajo la hipótesis de que esas excepciones no son exhaustivamente identificables, resultaría imposible derivar lógicamente respecto de un caso particular la solución prevista en la norma que constituye la premisa mayor del razonamiento puesto que, ignorándose cuáles son todas las excepciones que limitan su campo de aplicación, no podría determinarse si el caso considerado es o no un caso normal¹⁵.

Es interesante observar que MacCormick presenta un argumento que podría servir para restringir los alcances aparentemente devastadores de la observación anterior. Centrando su atención en la pragmática del derecho, sostiene que la solución establecida en las normas jurídicas puede derivarse *por defecto* con respecto a casos particulares, siempre que no se haya *probado* una excepción¹⁶. Al respecto, Atria responde que la premisa que consagra esa presunción constituiría un juicio moral y que esta cuestión pragmática resultaría irrelevante desde un punto de vista lógico en lo que respecta a la posibilidad de reconstruir las decisiones judiciales en términos de un razonamiento deductivo¹⁷.

Sin embargo, no debería descartarse tan rápidamente una idea como la que sugiere MacCormick. El derecho no solo está compuesto por reglas primarias que determinan los derechos y obligaciones de los ciudadanos sino también por reglas secundarias que, entre otras cosas, imparten directivas a los jueces acerca de cómo deben tomar sus decisiones. Entre tales reglas secundarias se cuentan aquellas que distribuyen entre las partes en una disputa la carga de la prueba de los hechos y las que determinan presunciones de prueba¹⁸. Sin tales reglas, los jueces se verían en la imposibilidad de determinar una solución para la mayor parte de los casos que se les someten a juzgamiento debido a falencias en la información respecto de los hechos¹⁹.

Cuando se toman en consideración los reclamos fundados en las normas jurídicas es preciso analizar el juego recíproco entre reglas primarias y secundarias. Los reclamos de derechos se verían gravemente afectados si fuera necesario que quien acude a los tribunales para hacer valer sus derechos tuviese que probar la concur-

¹⁵ De hecho, no se aprecia qué juicio de valor tendría la mágica aptitud para poder cumplir la función que aquí se requiere a fin de poder derivar la solución normativa expresada en el consecuente de la norma condicional, si es que el antecedente está sujeto a excepciones no exhaustivamente enumerables.

¹⁶ Cf. MacCormick 1978: xiii; MacCormick 1995.

¹⁷ Cf. Atria 2002: 180.

¹⁸ No se está aludiendo aquí a la (ambigua) distinción de Hart entre reglas primarias y secundarias, sino más bien a la introducida en Alchourrón, Bulygin 1971: 202-205, de acuerdo con la cual el criterio para diferenciarlas está centrado en los distintos destinatarios de cada grupo (ciudadanos/jueces). Sobre la carga de la prueba, véase Schauer 2009: 219 y siguientes.

¹⁹ Esto es lo que Alchourrón, Bulygin llaman “lagunas de conocimiento” (cf. Alchourrón, Bulygin 1971: 61-65).

rencia de todas las condiciones positivas y negativas que conjuntamente exigen las normas jurídicas para poder derivar una solución normativa²⁰.

Supóngase una formulación normativa que establece “El comprador está obligado a pagar el precio convenido por la cosa adquirida”. A primera vista podría representarse el significado de este enunciado como:

(1) Si p , entonces Oq

donde p representa la circunstancia de que se ha celebrado un contrato de compraventa y Oq representa la obligación del comprador de pagar el precio. No obstante, un análisis cuidadoso permitirá advertir que la obligación de pagar el precio por parte del comprador no surge en todos los casos, sino que existen una gran variedad de excepciones. Suponiendo que solo existieran dos excepciones (r y s), una reconstrucción adecuada de la norma rezaría:

(7) Si p y $\sim r$ y $\sim s$, entonces Oq

Supóngase ahora que un vendedor pretende que el juez condene al comprador a pagarle por lo que le vendió. El vendedor no está obligado a probar todas y cada una de las condiciones establecidas por las normas para la derivación de la solución normativa prevista. Ordinariamente solo le corresponderá probar la existencia del contrato (que ha existido una oferta, aceptación de la otra parte, etc.). Desde luego, podría ser que las reglas procesales le exijan además probar algunas condiciones negativas, pero usualmente la carga de la prueba de las excepciones o defensas que podrían derrotar la obligación del comprador de pagar el precio convenido corresponde al demandado. De manera que las reglas secundarias dirigidas al juez dirían algo así como lo siguiente:

(8) Si x Prueba (p), e y no Prueba (r o s), entonces Oq

(9) Si y Prueba (r o s), entonces $\sim Oq$

Toda pretensión jurídica presentada por una parte en un juicio con fundamento en las normas generales de un sistema jurídico puede ser *procesalmente derrotada* si la contraparte alega y prueba que se ha verificado una excepción que también encuentra apoyo en una norma jurídica²¹. Podría decirse que una persona tiene un caso *prima facie* contra otro en una situación semejante: cuando la prueba en su

²⁰ Cf. MacCormick 1978: 41 y siguientes.

²¹ Cf. Hart 1948-49; MacCormick 1995; Sartor 1995. La calificación de *derrotabilidad procesal* es de Alchourrón 1991b.

favor es suficientemente fuerte como para obligar al otro a comparecer a juicio²².

De modo similar, al referirse a la carga de la prueba en los procesos civiles, Schauer sostiene que mientras el actor debe probar cada uno de los extremos de un caso de acuerdo con el estándar de prueba preponderante, el demandado triunfará si logra probar un único extremo de conformidad con dicho estándar²³. Y al explicar el funcionamiento de las presunciones, expresa que cuando se sostiene que se presume que los testamentos han sido válidamente confeccionados, esto implica que la parte que reclame que ha existido fraude, coacción o falta de capacidad del testador, etc., deberá demostrar que cualquiera de estos factores derrotantes se ha producido y, si no lo hace, el juez deberá aceptar la validez del testamento aun cuando la parte que lo quiere hacer valer no haya probado nada en absoluto²⁴.

Este sentido procesal de derrotabilidad, que contrasta con el sentido sustantivo que se emplea usualmente de acuerdo con el cual una norma es derrotable cuando sus excepciones no pueden enumerarse, constituye una característica distintiva de los sistemas jurídicos, derivada de las herramientas específicamente previstas en el sistema para hacer frente a la toma de decisiones en contextos de incertidumbre²⁵. Lamentablemente, muchas veces no se ha distinguido con claridad este sentido de otros sentidos en los que se habla de derrotabilidad, especialmente los que se vinculan con la identificación de las excepciones de las normas jurídicas²⁶.

Aquí es importante advertir, como lo han puntualizado distintos autores, que la distinción entre condiciones positivas y condiciones negativas de una norma, más que una distinción entre *p* y *no q*, es una distinción entre *p* y *no se ha probado que q*. Como es obvio, *no q* podría ser igualmente reemplazada, mediante una mera manipulación sintáctica, por una nueva proposición *r*, de modo que la regla “Si *p* y *no q*” se transformaría en “Si *p* y *r*”. Sin embargo, esto no puede hacerse con *no se ha probado que q*²⁷.

La cuestión reviste interés, en primer lugar, porque permite apreciar que al menos en un considerable número de casos, lo que permite al juez excluir la concurrencia de excepciones son las *reglas jurídicas* relativas a la prueba de los hechos. En otras palabras, en contra de lo que sostiene Atria, muchas veces la “premisa adicional” que permite derivar una solución para el caso particular a partir de la norma

²² Cf. Farrell 1983.

²³ Cf. Schauer 2009: 222.

²⁴ Cf. Schauer 2009: 225.

²⁵ Cf. Baker 1977.

²⁶ Esa falta de distinción se aprecia, por ejemplo, en Hart 1948-49 y MacCormick 1995.

²⁷ Esta es una de las cuestiones que ha motivado la aplicación de lógicas por defecto y de lógicas no monótonas en el derecho. Véase, por ejemplo, Loui 1995; Prakken 1999 y Duarte d’Almeida 2015. El último de los trabajos citados ofrece un muy minucioso examen del problema de la derrotabilidad en el derecho, pero bajo el injustificado presupuesto de que el único sentido relevante de derrotabilidad es el que se asocia a la atribución diferenciada de la carga de la prueba.

general no consiste en un juicio de valor relativo a que la exigencia de certeza debe prevalecer en tal caso sobre la exigencia de adecuación, sino en una regla jurídica secundaria relativa a la prueba de los hechos.

Pero lo más interesante es que esta interacción entre reglas primarias y secundarias permite dar respuesta a ciertos problemas que de otro modo no podrían analizarse adecuadamente. En particular, considérese la reconstrucción de las *sentencias desestimatorias*, esto es, las que rechazan una demanda civil por reparación de daños o absuelven a quien se le imputa la comisión de un delito, por poner solo dos ejemplos simples. Sea un argumento como este:

- (1) Si p , entonces Oq .
 - (2') En el caso bajo análisis $\sim p$.
- Por consiguiente,
- (3') En el caso bajo análisis $\sim Oq$.

Esta forma de razonamiento es inválida: de hecho se trata de la conocida *falacia de negación del antecedente*. A partir de un enunciado condicional descriptivo y de la verdad de su antecedente puede derivarse la verdad del consecuente, y a partir de la falsedad del consecuente puede inferirse la falsedad del antecedente. Pero de la falsedad del antecedente nada puede inferirse sobre el valor de verdad del consecuente, y de la verdad del consecuente nada puede inferirse sobre el valor de verdad del antecedente. En un ejemplo muy elocuente que propone MacCormick: es verdad que si una persona toma cinco gramos de arsénico morirá. Supóngase que también es verdad que Smith no ha tomado cinco gramos de arsénico. ¿Podría inferirse de ello que Smith nunca morirá? Si bien la ingesta de arsénico es una causa cierta de muerte, abstenerse de tomar arsénico no puede considerarse una receta que garantice la inmortalidad²⁸. Debido a esto, no es fácil ofrecer una reconstrucción simple del razonamiento judicial que desestima una demanda civil o absuelve a una persona a quien se imputa la comisión de un delito.

Desde luego, si en lugar de (1) se partiera de una norma como:

- (1') p , si y solo si Oq .

es decir, si la norma general especificara que p no es solo condición suficiente sino también necesaria para la derivación de la consecuencia normativa, entonces el razonamiento resultaría válido. Sin embargo, la mayoría de las normas jurídicas generales no admite esta interpretación: si se leyera de este modo una norma que impone pena de cinco años de prisión a quien comete el delito de robo, ninguna otra norma penal podría imponer pena de cinco años de prisión a otro delito sin contradicción.

²⁸ Cf. MacCormick 1978: 44.

Pero si se toma en cuenta la interacción entre reglas primarias y secundarias relativas a la prueba de los hechos, se podría ofrecer una reconstrucción como la siguiente:

- (8) Si x Prueba (p), e y no Prueba (r o s), entonces Oq
- (9') Si x no Prueba (p) o y Prueba (r o s), entonces $\sim Oq$
- (2'') En el caso bajo análisis x no Probó (p) (o bien y Probó (r o s))
- (3'') En el caso bajo análisis $\sim Oq$.

Aquí la conclusión ($\sim Oq$) se encuentra perfectamente justificada a partir de las premisas. La primera de ellas (8) exige para poder derivar la consecuencia normativa Oq que x pruebe p e y no pruebe ninguna excepción, en tanto que la segunda establece que si no se verifica lo primero o se verifica lo segundo, la consecuencia jurídica será la opuesta. No parece irrazonable reconstruir de este modo la integración de las reglas que distribuyen entre las partes la carga de la prueba, o las que consagran presunciones probatorias (como la presunción de inocencia en materia penal) con las disposiciones sustantivas²⁹.

3. *Justificación jurídica, justificación moral y objetivismo moral*

El modelo de reconstrucción de la justificación de las decisiones judiciales delineado en la sección 1 ha sido objeto de otro tipo de objeciones. Porque incluso admitiendo que esquemas de ese tipo puedan estimarse como una reconstrucción adecuada de la derivación del contenido de la decisión judicial a partir de ciertas premisas, para reputar justificada una decisión judicial se requeriría además mostrar que las propias premisas son verdaderas o correctas.

Cuando se habla de “decisión judicial justificada” en ocasiones parece hacerse referencia a algo más que una simple derivación deductiva a partir de ciertas premisas. En lógica se distingue entre la *validez* y la *solidez* de un razonamiento: un razonamiento es válido si la verdad de las premisas garantizan la verdad de la conclusión, en tanto que es sólido si, además de válido, las premisas de las que se parte son verdaderas. Proyectando esta distinción al examen de la justificación de las decisiones judiciales, podría decirse que una decisión judicial está justificada en sentido débil si su contenido se deriva lógicamente de las premisas normativa y fáctica de las que se parte, en tanto que estará justificada en sentido fuerte si, además, las premisas se adecuan a ciertos parámetros de “corrección”. En lo que respecta a la premisa normativa del razonamiento judicial, esa corrección podría examinarse

²⁹ Cf. MacCormick 1978: 44 y siguientes. En igual sentido, Chiassoni 2007: 47-49.

tanto desde un punto de vista exclusivamente jurídico como desde una perspectiva externa al propio derecho, esto es, desde un punto de vista moral. De manera tal que, aunque la observación crítica de Atria considerada en el punto anterior no logra mostrar una conexión entre la justificación jurídica y la justificación moral, es perfectamente sensato considerar que la evaluación de la corrección sustantiva del razonamiento judicial puede remitir a la moral.

Pero además, la evaluación de la corrección de la premisa normativa del razonamiento judicial desde una perspectiva moral parecería exigir comprometerse con la existencia de criterios objetivos en dicho dominio, es decir, parecería exigir la admisión de alguna forma de objetivismo moral. Desde este punto de vista, por ejemplo, en una reseña de sus principales tesis acerca del razonamiento judicial y la argumentación jurídica, Manuel Atienza ha sostenido que³⁰:

La noción de buena motivación (o de motivación sin más) implica que existen criterios objetivos para evaluar los argumentos judiciales de tipo justificativo. ¿Pero se trata de criterios puramente formales o tienen también un alcance sustantivo? ¿Suponen alguna referencia a la moral y, en particular, la asunción de un objetivismo moral mínimo? ¿Son esos criterios suficientes para sustentar la tesis de la única respuesta correcta en alguna de sus versiones? Una respuesta positiva a esas cuestiones es condición necesaria para tomarse la motivación judicial en serio y presupone una concepción no positivista del Derecho.

El argumento central que se utiliza aquí para apoyar esta idea es que si no existieran criterios objetivos para evaluar la premisa normativa de la justificación de las decisiones judiciales, no se podría dar sentido a la práctica judicial, o bien habría que concluir que los jueces no podrían cometer errores, y entonces al menos las decisiones de los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía no serían únicamente últimas sino también infalibles. De ello concluye Atienza que un juez no podría motivar propiamente sus decisiones si pensara que la moral carece de objetividad.

Planteada de manera más general, esta cuestión ha sido calificada a veces como el *problema de la actitud esquizoide*: ¿cómo sería posible tomar en serio a la moral si los juicios morales son meras proyecciones de nuestros propios sentimientos y actitudes? Blackburn lo presenta del siguiente modo³¹:

¿Puede el proyectivista tomar en serio cosas tales como obligaciones, deberes, la “severa hija de la voz de Dios”? ¿Cómo puede hacerlo si niega que tales cosas representen exigencias externas, independientes y dotadas de autoridad? ¿Debe tener en cierto sentido una actitud esquizoide hacia sus propias convicciones morales –sostenerlas, pero al mismo tiempo sostener que son infundadas?

³⁰ Atienza 2017: 34.

³¹ Blackburn 1984: 197.

Para decirlo en otros términos, el rechazo del objetivismo moral importaría que todos los sistemas morales serían igualmente válidos, es decir, que cada sistema moral sería tan bueno como cualquier otro³², lo cual impediría a un escéptico poder ofrecer argumentos morales seriamente. ¿Es correcta esta conclusión?

No, no lo es. El objetivismo moral es una postura metaética, no es una postura de ética normativa. Quien rechaza el objetivismo rechaza entonces una tesis *acerca* del discurso moral, en este caso, que existan pautas objetivas para dirimir controversias morales. Pero la aceptación o rechazo de una tesis metaética como esta no tiene ninguna consecuencia en el terreno de la ética normativa. Para defender sus convicciones morales, para argumentar en favor de una cierta tesis de ética normativa, lo que el escéptico necesita, expresándolo en términos hartianos, es *asumir el punto de vista interno de un cierto sistema moral*, no abandonar su escepticismo. Los argumentos que puedan aducirse, por ejemplo, en contra de la pena de muerte, no serán más o menos convincentes, sólidos o admisibles según si los defiende un objetivista moral o un escéptico: serán más o menos convincentes, sólidos o admisibles de acuerdo con las razones sustantivas que los apoyen. El escéptico no socava con su escepticismo las bases para poder defender argumentos morales, porque su postura metaética solo lo compromete con la afirmación de que pueden existir diversos sistemas morales en competencia y que no disponemos de criterios objetivos para individualizar a uno como el correcto. Pero eso no lo inhibe para adoptar a uno de esos sistemas como propio y formular y defender juicios morales a partir de él. Su escepticismo le impide decir que ese sistema sea objetivamente correcto o verdadero, pero no le impide ofrecer razones sustantivas para defenderlo y para privilegiarlo sobre otros. En otras palabras, la tesis escéptica de que pueden existir diversos sistemas morales en competencia no implica en modo alguno que todos esos sistemas sean “igualmente válidos”, que cada uno sea “tan bueno” como cualquier otro, porque “válido” y “tan bueno” son allí claramente expresiones normativas, y las afirmaciones del escéptico se limitan al plano conceptual.

Presentada la cuestión de manera inversa, el objetivismo moral asume ordinariamente el presupuesto de que su posición resulta necesaria o al menos útil en el plano de la ética normativa. Sin embargo, ese presupuesto es incorrecto. Se ha denominado a esto la *paradoja de la inanidad del objetivismo*. En palabras de Pierluigi Chiassoni³³:

Para la paradoja de la inanidad del objetivismo, también si, en hipótesis, se probase la existencia de la única moral verdadera, esto no tendría un efecto dirimente sobre las controversias morales. Objetivista: “He aquí los preceptos de la única moral verdadera. Dicen: “no admitirás la interrupción de los tratamientos terapéuticos vitales,

³² Cf. Rescher 2008.

³³ Chiassoni 2012.

ni siquiera en el caso de que fuese solicitada por el paciente capaz de entender y querer””. No objetivista: “Por descontado. ¿Pero por qué yo debería hacer eso? Con todo el respeto, sobre este asunto pienso diferente. Y del resto, estarán de acuerdo, la presencia (“existencia”) de cadenas montañosas no obliga moralmente a convertirse en avezados escaladores, la presencia de los abismos oceánicos no obliga moralmente a convertirse en expertos buceadores, ni, por acudir a nosotros, la presencia de un aparato digestivo no obliga moralmente a convertirse en *maitres à manger*”. El objetivismo genuino -podría añadir una voz neófito- es el fruto paradigmático de un colapso mental, favorecido por un escaso dominio del lenguaje, generado y reforzado por planteamientos psicológicos bien conocidos: *horror vacui*, *metus libertatis*, *cupiditas servitutis* [...].

El punto está íntimamente conectado con lo que Michael Smith denomina *el problema moral*³⁴: hablar de objetividad moral parece sugerir que hay hechos morales completamente determinados por las circunstancias y que nuestros juicios morales expresan *creencias* acerca de cuáles son esos hechos. Esto permitiría dar sentido a los desacuerdos morales, puesto que hace posible explicar de un modo simple sobre qué estamos discutiendo cuando discutimos sobre cuestiones morales. No obstante, la idea de que los juicios morales expresan creencias deja completamente sin explicación cómo o por qué la posesión de ciertas convicciones morales podría tener un vínculo especial con nuestras motivaciones para actuar, porque las meras creencias no motivan la conducta³⁵.

Jeremy Waldron ha señalado, con criterio concordante, que los objetivistas parecen experimentar un cierto pánico frente a las consecuencias que se seguirían de adoptar una posición escéptica en metaética, y acusan a los escépticos de no tomar en serio a la moral³⁶. Sin embargo, advierte que “tomar en serio” nuestros juicios morales podría significar dos cosas distintas. En primer lugar, podría significar estar dispuesto a *actuar* de acuerdo con ellos, estar motivado por ellos, asignarles un papel importante en nuestras vidas y nuestras acciones, y hacer realmente lo que uno considera que es lo correcto, incluso cuando nos vemos tentados a hacer algo diferente. En segundo lugar, podría significar no estar dispuesto a abandonar en los debates y en la argumentación nuestras afirmaciones morales, aferrarse a los propios juicios morales, negarse a aceptar la posibilidad de modificar nuestros puntos de vista.

Waldron sostiene que lo que los objetivistas parecen tener en mente es este segundo sentido de “tomarse en serio” los juicios morales. Si los juicios morales describen o informan sobre una realidad objetiva, entonces quien se considere un observador fiable debería atenerse a su descripción y rehusarse a adoptar una pos-

³⁴ Cf. Smith 1994.

³⁵ Cf. Smith 1994: 11.

³⁶ Cf. Waldron 1998. En realidad, Waldron habla de realistas y emotivistas.

ición distinta dado que ella seguramente será menos fiel a la realidad. No obstante, esto resulta incompatible con una defensa del objetivismo sobre bases no realistas, puesto que no es conciliable con el carácter argumentativo del discurso moral, y el consiguiente compromiso a revisar las propias convicciones morales con fundamento en mejores argumentos. Podría, en cambio, ser compatible con una defensa del objetivismo sobre bases realistas, pero en este último caso sigue resultando necesario resaltar que la existencia de hechos que hagan objetivamente verdaderos o falsos los juicios morales no constituye todavía fundamento válido como para no estar dispuesto a modificar *nuestras creencias* sobre ellos con fundamento en mejores argumentos.

En cualquier caso, Waldron observa que lo verdaderamente atractivo no es “tomar en serio” los juicios morales en este sentido de rigidez y dogmatismo discursivo, sino en el primer sentido antes indicado: admiramos a quien está dispuesto a *actuar* de acuerdo con sus convicciones morales. Una característica de los juicios morales que muchos autores han remarcado consiste precisamente en que su adopción sincera conlleva un compromiso a la acción. Pero ahora ocurre paradójicamente que quienes están en mejor posición para dar cuenta de este rasgo de los juicios morales, de este modo de “tomarlos en serio”, no son los objetivistas sino, por el contrario, los escépticos. Si se estima que los juicios morales no informan o describen nada, sino que expresan emociones, sentimientos, preferencias, prescripciones u otras actitudes proposicionales con dirección de ajuste de la realidad al lenguaje y no a la inversa, entonces se dispone de una explicación simple y clara de porqué ellos nos motivan a actuar. Para el objetivismo, en cambio, el tratar de explicar esta disposición a la acción que presentan los juicios morales importa un desafío muy difícil, lo cual ha sido utilizado por autores como Mackie para delinear un argumento en su contra³⁷.

El mismo Mackie ofrece otro argumento significativo contra el objetivismo, centrado en los desacuerdos de hecho existentes entre la gente sobre cuestiones éticas, lo cual es difícil de conciliar con la idea de que los juicios morales captan verdades objetivas³⁸. Desde luego, del hecho de que existan desacuerdos en materia moral no se sigue que el escepticismo sea verdadero, ni sirve para demostrar que no existan hechos que determinen la verdad de nuestros juicios morales. Pero como lo resalta Waldron, la existencia de desacuerdos permanece como una dificultad acuciante para el realismo, en tanto este no logre establecer una conexión entre la idea de verdades morales objetivas y la existencia de procedimientos para resolver los desacuerdos. No se trata de señalar que no existe un método en la ética que concite el asentimiento general, dado que tampoco en la ciencia se cuenta con una metodología semejante. La diferencia relevante es que al menos en cada paradigma

³⁷ Cf. Mackie 1973: 40.

³⁸ Cf. Mackie 1973: 36.

científico dominante existe una metodología reconocida en sentido amplio por la mayoría de los científicos, quienes consideran a ese reconocimiento como independiente de los desacuerdos científicos que subsisten entre ellos³⁹. En la ética no hay nada comparable, sino que las diferentes posiciones en ética normativa discrepan no solo sobre qué es lo moralmente bueno o correcto sino, además, sobre qué es lo que cuenta como una justificación adecuada de ello.

Michael Moore, hablando del escepticismo en general, sostiene que cuando un escéptico quiere participar en un debate moral con honestidad, se ve forzado a calificar sus juicios de valor con expresiones tales como “Yo creo” o “Por supuesto, esa es solo mi opinión”. Y refiriéndose a los jueces en particular, afirma que ellos deben creer en la objetividad moral a fin de disipar la sospecha de arbitrariedad en sus juicios morales⁴⁰:

Los jueces están sujetos a las consecuencias psicológicas debilitantes del escepticismo en la misma medida que el resto de nosotros. Su papel institucional puede incluso intensificar sus efectos, puesto que los jueces deben no solo hacer juicios de valor, sino también imponérselos a otras personas. Si nuestra tarea cotidiana consiste en imponer valores sobre otros, pensar que ellos son solo nuestros propios valores personales sin dudas vuelve más duro nuestro trabajo.

Lo que Moore no acierta a advertir es que por más que el objetivista esté fuertemente convencido de la verdad de su tesis metaética, esto es, de que existen juicios morales objetivamente verdaderos, al defender *sus* juicios morales en una discusión de ética normativa, es decir, al tratar de justificar no simplemente que hay juicios morales objetivamente verdaderos sino que los que él defiende lo son, si ha de ser honesto no puede sino calificarlos igualmente con expresiones similares a las que indica Moore. Porque de la verdad de la tesis “Existen juicios morales objetivamente verdaderos” no se sigue en absoluto “El juicio moral *j*, que curiosa y coincidentemente es el que yo defiendo, es objetivamente verdadero”. En otras palabras, con total independencia de si alguien es objetivista o escéptico, al formular y tratar de defender juicios morales en el plano de la ética normativa no puede sino dar su propia opinión acerca de lo que *cree* que es lo moralmente correcto. Como lo señala Waldron⁴¹:

Puesto que, en cualquier caso, hay desacuerdo moral, y puesto que no estamos de acuerdo, ni siquiera en principio, con ningún procedimiento para resolver esos desacuerdos, un juez a quien se le asigna la tarea de hacer juicios morales debe decir “Yo creo” y “Por supuesto, esa es solo es mi opinión”, incluso aunque el realismo sea

³⁹ Cf. Waldron 1998.

⁴⁰ Cf. Moore 1982.

⁴¹ Cf. Waldron 1998.

cierto. Si presta atención al hecho de que no es la única persona en la sociedad con una opinión formada sobre el tema al que se refiere, seguramente será consciente de que hay algo de arbitrariedad en que prevalezca su opinión, sea o no realista.

Aquí puede apreciarse la parte de razón que lleva Dworkin cuando sostiene que el objetivista, al afirmar cosas tales como “La esclavitud es *objetivamente* injusta” no haría sino formular una afirmación moral interna por medio de la cual se remarcaría la proposición “La esclavitud es injusta”, es decir, no se utilizaría el lenguaje de la objetividad para darles una base metafísica a los juicios morales, sino simplemente para darles mayor énfasis⁴². La crítica que sobre tales bases Dworkin pretende dirigir contra el escepticismo (al que califica como *externo*) y, en términos generales, a la distinción entre el plano de la metaética y el de la ética normativa, resulta insostenible puesto que concede al escéptico todo lo que este necesita (que el objetivista en realidad no puede defender seriamente la tesis de que existen hechos o cualidades morales que permitan determinar la verdad o falsedad de nuestros juicios morales) y además resulta autorefutatoria (niega la posibilidad de hablar desde fuera de la moral hablando desde fuera de la moral). No obstante, el punto de partida de la argumentación de Dworkin es parcialmente correcto. Contrariamente a lo que piensa Dworkin, tiene perfecto sentido defender el objetivismo como tesis metaética según la cual habría pautas objetivas de corrección en nuestro discurso moral. Pero *en el marco de una discusión de ética normativa*, si un objetivista dice “La esclavitud es *objetivamente* injusta”, en ese contexto su calificación no podría entenderse sino como una mera indicación de énfasis. Del mismo modo, en el marco de una discusión de ética normativa no es posible situarse por fuera de la moral para tratar de apoyar tesis morales sustantivas. La única forma de respaldar nuestros juicios morales es con razones morales sustantivas, no con consideraciones metaéticas.

Por la misma razón, es incorrecto sostener que para que un juez pueda justificar su decisión, y para que un teórico pueda evaluar como justificada una decisión judicial, en el sentido fuerte de que la premisa normativa así como la conclusión puedan estimarse como moralmente aceptables o fundadas, deban necesariamente asumir una postura objetivista en metaética. De hecho, que sean escépticos u objetivistas es algo enteramente irrelevante para la cuestión, puesto que el objetivismo no posee consecuencia normativa alguna. Lo que en verdad se requiere de quien pretenda en este sentido justificar o evaluar como justificada una decisión judicial es que asuma una cierta posición en ética normativa, la defienda con argumentos morales sustantivos, y los tome lo suficientemente en serio como para estar dispuesto a *actuar* de acuerdo con ellos.

⁴² Cf. Dworkin 1986: 78-85; 1996; 2004: 141-143; 2011: 40-68.

Referencias

- Aarnio, A., Alexy, R., Peczenik, A. (1981). *The Foundation of Legal Reasoning*, «Rechtstheorie» 12, 133-158.
- Alchourrón, C.E. (1991b). *Defeasibility*, manuscrito inédito.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Wein-New York, Springer Verlag, citado por la traducción al español de los autores, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, segunda edición revisada de 2012.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1989). *Limits of Logic and Legal Reasoning*, en A.A. Martino (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica-Informatica-Diritto*, vol. II, Firenze, Consiglio.
- Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Franfurt am Main, Suhrkamp Verlag, citado por la traducción al español de M. Atienza, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Atienza, M. (2017). *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial*, en J. Aguiló Regla y P.P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 11-42.
- Atria, R. (2002). *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- Baker, G. (1977). *Defeasibility and Meaning*, en P. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 26-57.
- Blackburn, S. (1984). *Spreading the Word*, New York, Oxford University Press.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, citado por la traducción al español de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Chiassoni, P. (2012). *Conceptos tóxicos en la filosofía moral: Desacuerdo ético objectivism-style*, en P. Luque Sánchez y G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 241-258.
- Duarte d'Almeida, L. (2015). *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, «Philosophy & Public Affairs», 25 2, 87-139.

- Dworkin, R. (2004). *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*, «Oxford Journal of Legal Studies», 24, 2, 1-37, citado por la versión publicada en Dworkin 2006: 140-186.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.
- Farrell, M. (1983). *Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie*, en E. Bulygin *et al.* (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 131-156.
- Hart, H.L.A. (1948-49). *The Ascription of Responsibility and Rights*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 49, 171-194, reimpresso en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1960, 145-166.
- Loui, R. (1995). *Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism*, en *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, ACM Press, 21-30.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1992). *Legal Deduction*, «Legal Predicates, and Expert Systems, Revue Internationale de sémiotique juridique», 5, 181-202.
- MacCormick, N. (1995). *Defeasibility in Law and Logic*, en Z. Bankowski, I. White, U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 99-118.
- Mackie, J. (1973). *Ethics: Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin.
- Moore, M. (1982). *Moral Reality*, «Wisconsin Law Review», 6, 1061-1107.
- Peczenik, A. (1989). *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, citado por la segunda edición de 2008, Berlin, Springer.
- Prakken, H. (1999). *On Formalising Burden of Proof in Legal Argument*, en H.J. van den Herik *et al.* (eds.), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, Nijmegen, GNI, 85-97.
- Rescher, N. (2008). *Moral Objectivity*, «Social Philosophy and Policy», 25, 1, 393-409.
- Sartor, G. (1995). *Defeasibility in Legal Reasoning*, en Z. Bankowski, I. White y U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers: 119-158.

- Schauer, F. (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.
- Smith, M. (1994). *The Moral Problem*, Oxford, Blackwell.
- Waldron, J. (1998). *The Irrelevance of Moral Objectivism*, en R. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Clarendon Press, 158-187.
- Wróblewski, J. (1974). *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, «Rechtstheorie», 5, 33-46.
- Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston, Kluwer Academic Publishers.

Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero

*Pablo E. Navarro **

Resumen

En este trabajo analizo la polémica entre Bulygin y Ruiz Manero sobre el papel de los permisos y el alcance de la discreción judicial. Como es bien sabido, la teoría de Bulygin defiende dos afirmaciones: por un lado, es necesaria una clara distinción entre los permisos fuertes y débiles para aclarar el problema de las lagunas jurídicas. Por otro lado, las decisiones judiciales son discrecionales en casos de lagunas jurídicas. Sin embargo, Ruiz Manero sugiere que el par ‘permiso fuerte y débil’ debería ser reemplazado por una distinción entre permisos protegidos y no protegidos. Intenta mostrar que esta última clasificación es más apropiada para aclarar el papel de los permisos en el contexto del razonamiento jurídico. Además, afirma que los jueces no tienen discreción en casos de lagunas jurídicas porque los jueces deben rechazar las demandas que carecen de fundamento normativo. Uno de mis principales objetivos es mostrar que Ruiz Manero exagera la relevancia de la distinción entre permisos protegidos y no protegidos. También trato de mostrar que hasta cierto punto la teoría de Bulygin y la propuesta de Ruiz Manero son demasiado radicales. Por lo tanto, defendiendo la plausibilidad de un enfoque moderado, que podría arrojar algo de luz sobre los problemas de las lagunas normativas y los deberes judiciales.

Palabras claves: Normas permisivas. Permisiones. Lagunas jurídicas. Discreción judicial.

Abstract

In this paper I deal with the controversy between Bulygin and Ruiz Manero about the role of permissions and the scope of judicial discretion. As it is well-known Bulygin’s theory defends two claims: on the one hand, a sharp distinction

* CONICET, Argentina y Facultad de Derecho, Universidad de Girona, Carrer Universitat de Girona, 12, 17071, Girona, España, pabnav@hotmail.com. Agradezco a Riccardo Guastini, Jorge L. Rodríguez y Eugenio Bulygin los comentarios a una versión preliminar de este trabajo. También agradezco a dos evaluadores anónimos de *Analisis e Diritto* por sus importantes sugerencias y observaciones.

between strong and weak permissions is necessary in order to clarify the problem of legal gaps. On the other hand, judicial decisions are discretionary in cases of legal gaps. However, Ruiz Manero suggests that the pair ‘strong and weak permission’ should be replaced by a distinction between protected and unprotected permissions. He attempts to show that this last classification is a more appropriate one for clarifying the role of permissions in the context of legal reasoning. Additionally, he claims that judges have no discretion in cases of legal gaps because they must reject legal demands that lack of normative foundation. One of my main aims is to show that Ruiz Manero exaggerates the relevance of the distinction between protected and unprotected permissions. I also try to show that, to some extent, Bulygin’s and Ruiz Manero’s proposals are too radical. So, I defend that a moderate approach could shed some light on the problems of legal gaps and judicial duties.

Keywords: Permissive Norms. Permissions. Legal Gaps. Judicial Discretion.

1. Introducción

En numerosos trabajos, Alchourrón y Bulygin han insistido en la necesidad de distinguir claramente entre (i) normas y proposiciones normativas y, dentro de la clase de proposiciones normativas, entre (ii) permisos fuertes (positivos) y débiles (negativos)¹. Al igual que otras prescripciones, las *normas* permisivas no describen hecho alguno y su función más evidente es autorizar una determinada conducta. Por el contrario, una afirmación acerca de la permisión fuerte (o débil) de una conducta es una proposición que describe ciertos fenómenos sociales específicos y sus condiciones de verdad dependen de la (in)existencia de ciertas normas en un cierto sistema jurídico. La forma lógica de los enunciados de permisión es la siguiente:

Permiso débil/negativo de p: ($\text{‘Php’} \notin \text{Cn}\alpha$)

Es decir, el enunciado de permiso débil describe que la norma que prohíbe p no pertenece a las consecuencias del sistema α .

Permiso fuerte/positivo de p: ($\text{‘Pp’} \in \text{Cn}\alpha$)

Es decir, el enunciado de permiso fuerte describe que la norma que autoriza a p pertenece a las consecuencias del sistema α .

¹ En general, véase, Alchourrón, Bulygin 1971. En adelante citado conforme a la versión en castellano, Alchourrón, Bulygin 1974, y los diversos ensayos de la primera sección del libro Alchourrón, Bulygin 1991.

En este *enfoque clásico*, solo después de trazar rigurosamente estas distinciones es posible analizar satisfactoriamente el problema de las lagunas normativas y su impacto en la eventual discrecionalidad judicial. Si un sistema jurídico α es completo, entonces toda posible solución normativa es implicada o excluida por α (i.e., está implicada su contradictoria) para cada caso elemental correspondiente al ámbito fáctico de un cierto problema normativo. Por tanto, en los sistemas jurídicos completos, toda acción relevante (e.g., p) *está normativamente determinada*, es decir, es prohibida o permitida. De allí se sigue que o bien la acción p o su omisión (i.e., $\sim p$) están permitidas en sentido fuerte.

Para el enfoque clásico, frente a una acción normativamente determinada en un cierto caso C, los jueces carecen de discrecionalidad para apartarse de la solución que el sistema jurídico correlaciona con C. Aunque en ciertas ocasiones, las normas secundarias de un cierto sistema pueden autorizar a los jueces a apartarse de algunas normas aplicables, una de las principales funciones de los jueces es utilizar las normas generales válidas en la solución de las controversias particulares. Por el contrario, en casos de sistemas incompletos, una determinada acción (del universo de acciones en cuestión) está débilmente permitida (pero no está permitida en sentido fuerte) y los jueces tienen que decidir discrecionalmente acerca de su calificación normativa. Cuando los jueces resuelven casos de lagunas normativas, modifican el contenido del sistema jurídico. Eso ocurre tanto cuando aceptan la demanda y condenan al demandado (imponen una nueva obligación) como cuando rechazan la demanda y permiten al demandado la ejecución de la acción impugnada (otorgan una autorización). En otras palabras, cuando los jueces deciden controversias en casos de lagunas normativas existe una *simetría* en las decisiones judiciales y esta consisten en que tanto la decisión de aceptar la demanda como la de rechazarla resultan en creación judicial de nuevas normas².

Este *enfoque clásico* de las permisiones ha sido objeto de numerosos debates y discrepancias³. Una polémica de especial interés es la que han mantenido en los años recientes Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero⁴. En contra de las tesis de Bulygin (y Alchourrón), Ruiz Manero sostiene que⁵:

[...] en materia de permisos, hay un par de distinciones de bastante mayor relevancia

² Alchourrón, Bulygin 1974: 217-223.

³ El análisis de Alchourrón y Bulygin tiene como antecedente inmediato al clásico trabajo de Von Wright 1963. Sin embargo, pocos años después de la publicación de *Normative Systems*, Joseph Raz señalaba que la distinción entre permisos fuertes y débiles es de gran importancia, pero que “el modo en que es trazada usualmente tiene poco sentido”. Véase, Raz 1975: 86, 88 y 206. También debe mencionarse a otros influyentes trabajos como por ejemplo, Opalek, Wolenski 1973; 1986 y 1991.

⁴ Los trabajos centrales de Ruiz Manero, relativos a esta polémica, se encuentran en Ruiz Manero 2005, 2010, 2017. Para la réplica de Bulygin, véase Bulygin 2009 y 2010.

⁵ Ruiz Manero 2010: 301.

de la que media entre permisos positivos (o *fuertes*) y no-prohibiciones (o permisos negativos o *débiles*). Estas dos distinciones, a mi juicio, más importantes, son, por un lado, la que media entre permisos *prima facie* (sean positivos o negativos) y permisos *concluyentes* o *definitivos* y, por otro, la que media entre permisos *no-protegidos* y permisos *protegidos*.

A partir de esas nuevas distinciones, Ruiz Manero argumenta a favor de (i) una caracterización de la relevancia de los permisos en términos de prohibiciones de acciones de interferencia y (ii) rechazar la discrecionalidad judicial en casos de lagunas normativas. De este modo, la reconstrucción de Ruiz Manero parece oponerse radicalmente al enfoque clásico de Bulygin.

El objetivo de este trabajo es reconsiderar los argumentos de Ruiz Manero y analizar si sus conclusiones acerca de la función de los permisos, las lagunas y la discrecionalidad judicial son efectivamente tan diametralmente diferentes a las del enfoque clásico como parece asumir el profesor de Alicante. En la sección II consideraré brevemente las tesis de Bulygin sobre la función y utilidad de la distinción entre permisos fuertes y débiles y en la sección III introduciré la crítica de Juan Ruiz Manero. En la sección IV, criticaré el modo en que Ruiz Manero analiza la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos. En la sección V, me concentraré en la llamada ‘tesis de la asimetría’, que se articula en torno a dos tesis independientes: a) la tesis del deber de rechazar la demanda en casos de laguna y b) la tesis de la ausencia de normas permisivas en la parte dispositiva de la decisión de rechazo. Mostraré también que es posible defender, al menos, dos vías intermedias entre las posiciones de Bulygin (quien rechaza las dos ideas) y Ruiz Manero (quien defiende ambas). Finalmente, en la sección VI, criticaré a Ruiz Manero por su manera de defender la tesis del deber de rechazar y subrayaré las dificultades que enfrenta la construcción de un estándar que permitiría probar la tesis defendida por el profesor de Alicante. Como conclusión sostendré que las discrepancias más importantes entre Bulygin y Ruiz Manero no son sobre la caracterización de los permisos sino más bien acerca del alcance de la discrecionalidad judicial.

2. Tres advertencias preliminares

Una reconstrucción completa de la polémica entre Ruiz Manero y Bulygin exige tener en cuenta numerosos aspectos y problemas que no admiten un tratamiento breve o sencillo en la extensión razonable de un artículo. Por ello, antes de avanzar en mi análisis apuntaré tres limitaciones de mi trabajo.

Por una parte, las distinciones de Alchourrón y Bulygin – especialmente las elaboradas en *Normative Systems* – fundamentan una importante intuición sobre la formalización del discurso normativo: la necesidad de elaborar una lógica de

proposiciones normativas diferente a la lógica de normas. Para lograr este objetivo, es crucial distinguir cuidadosamente entre permisos fuertes y débiles ya que de ese modo es posible mostrar que ciertos teoremas de la lógica de normas no se obtienen en la lógica de proposiciones normativas. Por ejemplo, mientras que ‘ $O_p \rightarrow P_p$ ’ es un teorema de la (mayoría de los sistemas de) lógica de normas, en la lógica de proposiciones normativas la obligación de p implica únicamente a la permisión fuerte (pero no la *débil*) de esa acción. O, también, puede advertirse que ‘ $\sim(O_p \wedge O \sim p)$ ’ es una fórmula válida de la lógica de normas, pero su correspondiente fórmula en la lógica de proposiciones normativas, i.e., ‘ $\sim(O_{\alpha} p \wedge O_{\alpha} \sim p)$ ’ puede ser falsa – o, lo que es lo mismo, $\sim(O_p \in Cn_{\alpha} \wedge O \sim p \in Cn_{\alpha})$ es falsa cuando el sistema es incoherente⁶.

No se trata de que Ruiz Manero considere que esta tarea de Alchourrón y Bulygin sea filosóficamente poco importante⁷. Más bien, su énfasis en la mayor relevancia de otros conceptos descriptivos de permisión parece destinado a un objetivo conceptual diferente (e.g., examinar el papel de los permisos en el razonamiento jurídico justificatorio). Como espero mostrar en este trabajo, al margen de este reajuste acerca de los objetivos de cada teoría, todavía existe un ámbito de genuina discrepancia entre ambos enfoques, aunque ese desacuerdo parece ubicarse en un ámbito diferente que el de las permisiones.

Por otra parte, las nuevas distinciones de Ruiz Manero se asientan sobre una concepción del derecho que se articula sobre la distinción entre reglas y principios y la identificación del derecho a partir de un razonamiento en dos niveles⁸. Esta concepción compleja del derecho es el marco en que se inserta la distinción entre calificaciones *prima facie* y calificaciones concluyentes. De este modo, poco importa el tipo de permiso (fuerte o débil, protegido o desprotegido) en el caso de permanezcamos solamente en el nivel de las calificaciones *prima facie* ya que, a los efectos de la justificación jurídica, las soluciones relevantes son las que se destilan en las calificaciones concluyentes. Para la concepción del derecho de Ruiz Manero, las calificaciones *prima facie* son solo ingredientes de un proceso deliberativo que tiene por objetivo la construcción de una premisa normativa o razón operativa de un razonamiento justificatorio. Esas premisas serían las que ofrecen las calificaciones jurídicas concluyentes, y solo una vez que las hemos identificado, tendrá relevancia el tipo de permiso que ellas garantizan (e.g. permisos fuertes).

Sin embargo, Ruiz Manero no ofrece una reconstrucción detallada de algunos aspectos cruciales de su propuesta. Por ejemplo, (i) no hay una explicación precisa del procedimiento racional que conduce desde las calificaciones *prima facie*

⁶ Alchourrón 1991. Para una presentación breve de estas diferencias, véase Bulygin 1995.

⁷ Ruiz Manero 2017: 1.

⁸ En gran medida, esta concepción del derecho ha sido articulada y desarrollada juntamente con Manuel Atienza. En especial, véase: Atienza, Ruiz Manero 1996 y 2010.

a las concluyentes, (ii) de la lógica subyacente a los principios jurídicos o (iii) de la pertenencia al derecho de las normas que deberían ser impuestas como resultado del balance de principios (en el caso en que ellas no existieran previamente como normas formuladas o consecuencias lógicas de esas formulaciones), etc. Todas estas cuestiones son una parte importante de lo que los juristas realizan bajo el rótulo de la “interpretación del derecho”. Como señala Juan Carlos Bayón⁹,

[...] la identificación de las normas a partir de las formulaciones normativas relevantes no depende sólo de las convenciones puramente lingüísticas que confieren significado (“literal” u “ordinario”) a dichas formulaciones. Depende además, de manera decisiva, de las prácticas argumentativas o interpretativas que aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones a partir de dichas formulaciones. Y en especial de que nuestras convenciones al respecto hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a esas prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente – y no con un mero carácter *prima facie* – cabe considerar como contenido del derecho.

Un desarrollo, aunque fuese esquemático, del problema de la interpretación del derecho excede el alcance de este trabajo. Por ello, no abordaré aquí la alquimia subyacente a la transformación de permisos *prima facie* (ya sean estos fuertes/débiles, o protegidos/desprotegidos) en permisos concluyentes y mi análisis se restringirá únicamente – salvo expresa mención en contrario – a las calificaciones concluyentes que se obtienen de la interpretación del material jurídico.

Finalmente, la literatura especializada acerca de los diferentes tipos de permisos, las normas permisivas, las lagunas normativas y el alcance de la discreción judicial es inabarcable. Esto genera dos problemas íntimamente conectados. En primer lugar, la bibliografía que aquí mencionaré explícitamente seguramente será considerado como una lista notoriamente incompleta, pero la omisión de muchos otros artículos y textos relevantes no debe entenderse como desinterés sobre su contenido. Más bien, a los efectos de mantener el análisis en un marco relativamente manejable, he decidido señalar expresamente solo a las contribuciones de los últimos años que han girado expresamente sobre la discusión contemporánea entre Juan Ruiz Manero y Eugenio Bulygin. Otros autores son mencionados solo cuando es imprescindible ofrecer un contexto específico a ese debate¹⁰. En segundo lugar, como consecuencia de esa restringida selección de autores, también hay una correlativa limitación de problemas y estrategias de análisis que indudablemente se conectan con los temas centrales de este artículo. Estos otros problemas que dejaré de lado (e.g., el alcance de la analogía en la solución de casos difíciles, la interpretación del derecho, etc.) tienen una venerable tradición en la teoría del derecho y un enfoque general de

⁹ Bayón 2009: 49.

¹⁰ Entre muchos otros, véase, por ejemplo: Chiassoni 2007; Ratti 2013; Monti 2014.

las permisiones, las lagunas normativas y la discreción judicial tiene también que ofrecer una cuidadosa reconstrucción de estas cuestiones. Sin embargo, esta tarea general no puede emprenderse en este trabajo.

3. Acerca de la equivalencia pragmática entre permisos fuertes y débiles

En un célebre pasaje del libro *Lógica, proposición y norma*¹¹, Guibourg, Echave y Urquijo cuestionan al enfoque clásico poniendo en duda la utilidad de las normas permisivas y, la distinción entre dos conceptos de permiso¹². Por supuesto, está fuera de discusión que las normas permisivas cumplen una importante función al introducir excepciones a las obligaciones y prohibiciones¹³, pero el problema es acerca de la utilidad de permitir acciones que no han sido previamente reguladas. La permisión expresa (o implícita) de una conducta que no está prohibida no produce consecuencias relevantes para el sujeto normativo de la permisión. El diagnóstico de estos autores es que las permisiones solo tienen sentido en un contexto normativo que impone obligaciones. De este modo, ellos concluyen que los sistemas normativos reales «solo ofrecen utilidad *cuando* prohíben y *porque* prohíben. La ausencia de norma, pues *se parece* a la permisión cuando no existe orden alguno, y *equivale* a la permisión dentro de un orden dado»¹⁴. En otras palabras, las normas permisivas adquieren relevancia únicamente cuando se integran en un sistema normativo que también contiene normas de obligación y prohibición.

La respuesta de Alchourrón y Bulygin a esa crítica sobre la utilidad práctica de las normas permisivas fue admitir, en general, la *equivalencia pragmática* entre permitir una conducta y su carencia de regulación. Ello significa que un individuo que realiza la acción p no infringe las disposiciones normativas de un cierto ordenamiento jurídico tanto (i) cuando p es una conducta autorizada por una norma permisiva (i.e., Pp) como también (ii) en casos en que p no está regulada por norma alguna. Por ello, quien, por ejemplo, ha vivido toda su vida cazando y pescando sin restricción normativa alguna, no encuentra ningún cambio relevante en el hecho de que posteriormente la autoridad le permita expresamente ejecutar esas acciones. Además, Alchourrón y Bulygin también señalan que la combinación de normas de prohibición y normas permisivas es, por sí misma, insuficiente para mostrar la relevancia de las permisiones. Aunque hubiese normas permisivas junto a otras que imponen obligaciones y prohibiciones (e.g., prohíben cazar y pescar los fines de semana), ello no explicaría la utilidad de permitir conductas que no han sido pro-

¹¹ Guibourg, Echave, Urquijo 1980: 155-159.

¹² Una idea similar se encuentra en Ross 1968: 122. Véase también Lewis 1979: 163-174.

¹³ Para analizar otras funciones de las normas permisivas, véase: Atienza, Ruiz Manero 1996.

¹⁴ Guibourg, Echave, Urquijo 1980: 158.

hibidas (e.g., cazar y pescar los días martes y jueves).

Sin embargo, Alchourrón y Bulygin señalan tres casos – vinculados a la naturaleza dinámica y jerárquicamente estructurada de los sistemas jurídicos – en los que es importante trazar una clara distinción entre las conductas permitidas en sentido fuerte y débil¹⁵.

En primer lugar, en casos de que hubiese una conducta permitida por una norma, la prohibición posterior de esa conducta exige utilizar una regla de solución de un conflicto normativo. Normalmente, el criterio de solución de conflictos se basa en la regla *lex posterior*, pero puede ocurrir que la aplicación de ese criterio esté abierto a controversias como ocurre, por ejemplo, cuando la norma posterior es más general e inespecífica que la norma anterior. Por el contrario, la prohibición de una conducta que no está regulada (prohibida) no genera conflicto alguno.

En segundo lugar, en casos de autoridades jerárquicamente estructuradas, se entiende que las normas introducidas al sistema por una autoridad superior limitan la competencia de las autoridades inferiores. Por esa razón, estas últimas no pueden válidamente prohibir conductas permitidas por la autoridad superior (prevalencia de *lex superior* frente a *lex posterior*). Así, en una situación simple en la que una autoridad (Rex) es superior a otra autoridad (Ministro), los permisos otorgados por Rex no pueden ser invalidados por el Ministro, pero éste último puede prohibir la conducta que Rex aún no ha regulado.

En tercer lugar, es usual recurrir a normas de clausura con el propósito de limitar la discrecionalidad judicial y administrativa que conllevan las lagunas normativas. Así, en caso de que se considerase preciso “atar las manos” a los jueces y limitar su poder creador de derecho, el legislador puede introducir una norma de clausura permitiendo expresamente las conductas que no han sido reguladas. Si los permisos fuertes y débiles fuesen pragmáticamente equivalentes, entonces carecería de sentido tal propósito normativo ya que permitir expresamente lo que no está prohibido carecería de consecuencias relevantes.

Al igual que el *enfoque clásico*, Ruiz Manero admite la equivalencia pragmática entre permisos y fuertes y débiles. En su opinión, tanto en el caso de la permisión emanada de las normas de la autoridad como la permisión que es consecuencia de la no-prohibición, la situación es indiferente para el sujeto ya que¹⁶

[...] la acción se encuentra normativamente disponible para él; pues el Derecho solo arrebató la disponibilidad de una acción para su sujeto si califica a la acción como obligatoria (con lo que prohíbe su omisión) o prohibida.

Desarrollando un argumento similar al formulado por Alchourrón y Bulygin,

¹⁵ Alchourrón, Bulygin 1991: 235-237, 239-248.

¹⁶ Ruiz Manero 2010: 300.

Ruiz Manero señala que el problema de la equivalencia pragmática adquiere un cariz diferente cuando se tienen en cuenta las conexiones entre permisiones y limitaciones normativas en contextos de autoridades con diferentes jerarquías¹⁷. En la próxima sección analizaré este tema con mayor detalle.

4. Permisos e interferencias

Con frecuencia, el ámbito de libertad asociado a un permiso es restringido por diferentes intervenciones de agentes o individuos. En este sentido, las interferencias con una conducta permitida pueden ser clasificadas en dos tipos: *institucionales* y *ordinarias*. Mientras que la interferencia institucional es *normativa* y se produce cuando la conducta permitida es regulada como prohibida por una determinada autoridad, la interferencia ordinaria es *fáctica* y ocurre cuando se impide la ejecución de la conducta permitida. Cuando la interferencia está prohibida, la permisión de una cierta conducta es un permiso *protegido* y cuando la interferencia no está prohibida, el permiso está *desprotegido* (i.e., es un permiso *no-protegido*). De estas distinciones se sigue que podemos distinguir entre permisos institucionalmente protegidos y permisos ordinariamente protegidos.

En general, la fuerza de un permiso institucional protegido es relativa a la jerarquía (competencia) de una cierta autoridad normativa. Si un permiso ha sido protegido por una autoridad inferior (e.g. Ministro) esa protección cede frente a una decisión legislativa superior e incompatible (e.g. una prohibición que emana de Rex). A su vez, la fuerza de un permiso ordinariamente protegido es relativa a la *ocasión* de su ejercicio. Así, en ciertas situaciones el ejercicio de una permisión se ve frustrado porque en esas circunstancias otro individuo impide el goce del permiso.

Aunque las diferentes situaciones conceptuales en las que se bifurcan estas distinciones son interesantes para muchos problemas teóricos, aquí analizaré solo la relación entre permisos fuertes/débiles y los permisos institucionalmente protegidos frente a intervenciones judiciales, dejando de lado (i) las prohibiciones de interferencia entre particulares y (ii) el tema de los permisos protegidos ordinarios ya que la importancia de estas situaciones depende en gran medida de las consecuencias institucionales (remedios judiciales o administrativos en general) conexas con las interferencias de un permiso fuerte o débil.

Además, asumiré que una norma del parlamento es jerárquicamente superior a una norma de los jueces (o, por razones de simplicidad, que el parlamento es superior a los jueces) y ello significa tanto que los jueces tienen prohibido alterar las normas establecidas por los legisladores como también que en casos de conflictos de

¹⁷ Ruiz Manero 2010: 302.

normas emanadas de jueces y legisladores, prevalecen las normas parlamentarias¹⁸. De acuerdo con estos supuestos diré que un permiso legislativo está institucionalmente protegido cuando está prohibido para los jueces interferir (i.e., prohibir) la conducta permitida¹⁹. En este sentido, Ruiz Manero analiza las consecuencias que se producen en un sencillo caso de una norma permisiva (que autoriza a sentarse en los bancos del Campus Universitario), dictada por el legislador ordinario, que es jerárquicamente superior al Consejo de Gobierno Universitario. Allí, señala²⁰:

Dado que está prohibido a los órganos de producción normativa inferior dictar normas incompatibles con las dictadas por autoridades superiores, a nuestro Consejo de Gobierno le está prohibido dictar una norma que prohíba sentarse en los bancos del campus, así como establecer o aplicar sanciones como consecuencia de esa conducta (pues el establecimiento o la aplicación de sanciones implicaría considerarla conducta en cuestión como prohibida). El dictado, pues de una norma permisiva por parte de una autoridad superior, *ha protegido* el permiso correspondiente.

En general, en casos en que mediante una norma válida el legislador autorice expresamente una conducta, esa acción está normativamente determinada y las autoridades inferiores no pueden interferir con esa decisión normativa (i.e., no pueden eliminarla o prohibirla). Pero, por supuesto, esto no impide que el mismo legislador cambie de opinión y prohíba una conducta que hasta ese momento estaba permitida²¹.

Ahora bien, ¿qué ventajas introduce la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos a la propuesta del enfoque clásico? Hasta el momento, he destacado dos coincidencias importantes. Por una parte, el reconocimiento de la equivalencia pragmática entre permiso fuerte y débil respecto de los destinatarios de la permisión y, por otra parte, la relevancia de la distinción entre permiso fuerte y débil para el análisis de las jerarquías normativas. Esto significa que no hay mayores diferen-

¹⁸ Existen diversas maneras de caracterizar las jerarquías normativas. Véase, por ejemplo, Guastini 1995. Para una explicación del presupuesto que liga a la jerarquía y la solución de conflictos normativos, véase Hart 1994.

¹⁹ Alchourrón y Bulygin no reconstruyen la relación que se establece entre autoridades de diferente jerarquía en términos de prohibiciones sino más bien como una limitación de competencias. Así, cuando una autoridad inferior prohíbe una conducta expresa o implícitamente permitida por una autoridad superior, esa interferencia no genera una norma válida porque la permisión otorgada por la autoridad superior cambia el ámbito material de competencia de las autoridades inferiores. Véase, Alchourrón, Bulygin 1991: 235-237, 239-248. Por supuesto, nada impide que esa limitación de competencias también vaya acompañada de una prohibición general de promulgar normas fuera de la competencia otorgada o, más aún – como ocurre en *Normative Systems* – que la noción misma de incompetencia sea definida en términos de permisiones y prohibiciones. Por esta razón, en adelante dejaré de lado esta complicación.

²⁰ Ruiz Manero 2010: 303.

²¹ No analizaré aquí los problemas que se derivan de la legislación retroactiva.

cias en las consecuencias del análisis de los permisos. Por ejemplo, si una autoridad (e.g. Ministro) permite expresamente una cierta acción, esa conducta está fuertemente permitida y, a su vez, el permiso es protegido con relación a las prohibiciones posteriores de órganos inferiores, pero, a su vez, está desprotegido frente a las prohibiciones posteriores de autoridades superiores. En este sentido, la reconstrucción de Ruiz Manero sigue las líneas generales propuestas por el enfoque clásico.

Sin embargo, las diferencias entre ambas propuestas teóricas se manifiestan en dos situaciones específicas. Por una parte, el caso en que además de autoridades legislativas también se tomen en cuenta a las autoridades judiciales. Por otra parte, la relación entre lagunas normativas y normas de clausura. Aunque ambas cuestiones están estrechamente conectadas, en este trabajo analizaré únicamente la primera cuestión y el tema de las relaciones entre normas permisivas y la clausura normativa tendrá que ser abordado en otra ocasión. Sobre esta última cuestión solo señalaré que para Ruiz Manero, una regla de clausura *permisiva* carecería de mayor utilidad ya que, en general, (i) no limitaría las competencias legislativas de las autoridades inferiores; (ii) para los sujetos normativos la permisión que surge de la clausura es pragmáticamente equivalente a la ausencia de prohibición y (iii) no hace falta una norma de clausura permisiva para garantizar que los individuos tienen derecho a que los jueces protejan sus situaciones de libertad en casos de conductas que no han sido reguladas. Todas estas cuestiones son, sin dudas, importantes, pero requieren un análisis más cuidadoso de la reconstrucción de las lagunas propuesta por Ruiz Manero y de su relación con aquellos casos irrelevantes que “el derecho no regula ni pretende regular” (e.g. el color de corbata que se puede utilizar para desayunar). Por ello, en adelante, la conexión entre permisos y reglas de clausura no será objeto de debate.

5. Permisos protegidos y decisión judicial

Al igual que para otras teorías tradicionales, el *enfoque clásico* asume que el derecho no es un sistema de libre discreción²². Alchourrón y Bulygin señalan que cuando se infiere del sistema primario (i.e., el conjunto normativo que regula las acciones de los ciudadanos o “súbditos”) que el demandado tiene la obligación de realizar una acción *p*, el juez tiene la obligación de condenar al demandado a realizar *p*. Luego, ellos añaden que si del sistema del súbdito se infiere que al demandado le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga, entonces, el juez tiene la obligación de rechazar la demanda²³. En otras palabras, el permiso fuerte está *protegido* por deberes específicos que se derivan del ejercicio de la función

²² Por ejemplo, véase, Raz 1979: 110-115.

²³ Alchourrón, Bulygin 1974: 215.

judicial. El hecho de que el sistema jurídico determine normativamente el estatus de las conductas de los ciudadanos conlleva que los deberes judiciales (tanto condenar al demandado como rechazar la demanda) estén también determinados.

Así, en este escenario, en mi opinión, tampoco existen diferencias significativas entre la propuesta de Ruiz Manero y el enfoque clásico. Recordemos que al analizar el ejemplo de la acción de sentarse en los bancos del Campus de la Universidad de Alicante, Ruiz Manero señala que «el dictado, pues de una norma permisiva por parte de una autoridad superior, *ha protegido* el permiso correspondiente...»²⁴. De este modo, Ruiz Manero admite que una norma permisiva (con fuerza concluyente), es una *condición suficiente* para la existencia de un permiso institucionalmente protegido con relación a las normas emanadas de fuentes de inferior jerarquía. Por consiguiente, si el legislador autoriza expresa o implícitamente una cierta acción *p*, entonces *p* se encuentra fuertemente permitido y también institucionalmente protegido con relación a la interferencia de jueces y autoridades legislativas inferiores.

Pero ¿qué ocurre en casos de que una conducta solo estuviese concluyentemente permitida en sentido débil? Para el enfoque clásico, en esas ocasiones, el juez tiene discreción para prohibir la conducta débilmente permitida²⁵. Esta discreción puede estar guiada en mayor o menor medida como sucede, por ejemplo, en el artículo 1 del Código Civil Suizo de 1907 y del 2017, en el que se instruye a los jueces a decidir las situaciones no reguladas tal como lo hubiese hecho el legislador. Por supuesto, con frecuencia es complicado determinar de qué manera hubiese resuelto el legislador un cierto caso, pero en principio es posible identificar de manera neutral ciertas opciones disponibles. Por ejemplo, si el legislador ha valorado a, por ejemplo, tres propiedades A, B y C como relevantes para la solución de un cierto problema (i.e., forman la tesis de relevancia de un cierto sistema)²⁶, entonces un juez suizo debe tener en cuenta en su decisión esas distinciones y su solución debería preservar esa selección de propiedades relevantes. En caso de que su decisión sustituyese esa tesis de relevancia, podría señalarse que la decisión judicial es incorrecta ya que no sigue las expresas instrucciones del legislador.

De este modo, el hecho de que un juez pueda prohibir una acción no regulada (que no es lo que ocurre con los permisos fuertes) muestra que no es pragmáticamente equivalente que una conducta esté permitida en sentido fuerte o débil. En otras palabras, para el enfoque clásico, mientras que los permisos fuertes están institucionalmente protegidos, los permisos débiles (en casos de ausencia de regulación) están institucionalmente desprotegidos.

²⁴ Ruiz Manero 2010: 303.

²⁵ Obviamente, el contexto de este problema es el de sistemas normativos abiertos ya que si el sistema fuese cerrado por una regla de clausura (e.g., el derecho penal), todas las conductas que no ha sido reguladas estarían permitidas en sentido fuerte. Como ya se ha indicado, en casos en que fuese verdad que una conducta está permitida por una regla del sistema, el juez carece de discreción.

²⁶ Alchourrón, Bulygin 1974: 154.

En principio, Ruiz Manero parece aceptar esa consecuencia. Por una parte, ya hemos visto que, en su opinión, una norma permisiva protege un determinado permiso (con relación a las prohibiciones que puede imponer una autoridad jerárquicamente inferior). Pero ¿podría admitirse que un permiso está protegido aunque no haya sido regulado por una autoridad? Para el enfoque clásico, la respuesta es negativa y, a su vez, Ruiz Manero sostiene que solo un permiso fuerte puede ser protegido, es decir: una *condición necesaria* para que un permiso esté protegido es que sea un permiso fuerte²⁷. Más aún, un permiso débil concluyente que también sea un permiso protegido²⁸

[...] es una imposibilidad conceptual: un permiso débil puede ser concluyente, pero no puede ser un permiso protegido; pues la formulación de la prohibición de interferencia, o de la obligación de facilitación, es una manera indirecta de formular la permisión, con lo que el permiso protegido es necesariamente un permiso fuerte.

Dado que ya hemos visto que Ruiz Manero también admite la relación inversa, hay que concluir que un permiso fuerte es necesario y suficiente para que exista un permiso institucionalmente protegido. Esto significa que, en contextos institucionales jerárquicamente estructurados, los permisos fuertes son materialmente equivalentes a los permisos protegidos y, por contraposición, se sigue que si no se trata de un permiso fuerte (i.e., si se trata de un permiso débil), entonces la permisión está institucionalmente desprotegida y, por consiguiente, podría modificarse discrecionalmente por parte de los jueces. Por supuesto, si esa fuese la conclusión del análisis, entonces no habría diferencias relevantes entre el enfoque clásico y la propuesta de Ruiz Manero y su impresión acerca de la mayor utilidad de otras distinciones en el campo de los permisos que las elaboradas por Alchourrón y Bulygin podría verse más como una cuestión de énfasis que una genuina discrepancia.

Sin embargo, Ruiz Manero no extrae esa consecuencia y, sin rechazar esa equivalencia entre permisos fuertes y protegidos, subraya que en el nivel de las calificaciones concluyentes, los jueces no pueden interferir con una conducta débilmente permitida. Por supuesto, esta posición enfrenta directamente al enfoque clásico. Pero, si la prohibición de interferencia implica una norma permisiva, entonces no tendría mayor sentido señalar que los jueces tienen el deber de rechazar la demanda que pretende interferir con una situación concluyentemente permitida en sentido débil. En verdad, no habría conductas débilmente permitidas porque en el nivel de las calificaciones concluyentes, el deber de rechazar la demanda (como una forma específica de la prohibición de interferencia) garantizaría un permiso fuerte para

²⁷ Ruiz Manero 2010: 302.

²⁸ Ruiz Manero 2017: 7.

todos los casos que no se han regulado²⁹.

Tal vez el modo más intuitivo de rescatar la relevancia de la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos es desvinculándolos de la distinción entre permisos fuertes y débiles. Para ello, es preciso distinguir entre protecciones relativas a las diferentes jerarquías de autoridades normativas (protecciones verticales) y protecciones frente a las intervenciones ordinarias (protecciones horizontales). En este último caso, un determinado permiso otorgado a una cierta clase de individuos (e.g., las mujeres) puede ser revestido de exclusividad frente a la conducta de los miembros de la clase complementaria (e.g, los varones) en un cierto universo del discurso. Por ejemplo, si Rex dicta una norma N1 que permite cazar y pescar los martes y jueves exclusivamente a las mujeres, el permiso fuerte está horizontalmente protegido ya que los varones no pueden aprovecharse de (interferir con) esa conducta³⁰. A su vez, si un ministro de Rex permite cazar y pescar los martes y jueves también a los hombres, se produce una inconsistencia ya que se destruye la exclusividad de ese permiso verticalmente y horizontalmente protegido.

Supongamos, sin embargo, que la única norma emanada de Rex es N2: “Prohibido a los varones cazar y pescar los días martes y jueves”. En principio, la situación para las mujeres que genera esta norma N2 es pragmáticamente equivalente a la producida por N1. En este caso, un permiso débil de las mujeres para cazar y pescar se encuentra horizontalmente protegido frente a la interferencia de los varones. Pero, como han mostrado Alchourrón y Bulygin, el permiso débil con que cuentan las mujeres está verticalmente *desprotegido* frente a las interferencias de autoridades inferiores (e.g. Ministro) ya que el ministro puede prohibir a las mujeres la misma conducta que Rex ha prohibido a los hombres sin generar inconsistencia alguna. De este modo, los permisos fuertes o débiles pueden ser protegidos o desprotegidos siempre que se dirijan a diferentes destinatarios (o diferentes acciones).

²⁹ En una importante observación, un evaluador de *Analisi e Diritto* señala que, en nuestros sistemas jurídicos, los jueces pueden utilizar la analogía como manera de extender el alcance del derecho y que ese dato sería una muestra de las limitaciones de la tesis de la asimetría. Creo, sin embargo, que la fuerza de la tesis de Ruiz Manero se encuentra en el nivel de las calificaciones concluyentes. En este nivel, podría señalarse que ya no hay más espacio para el argumento analógico ya que el mismo se agotaría en el proceso de identificación de las calificaciones concluyentes. Una vez que, con la ayuda de, por ejemplo, el argumento analógico, determinamos que el derecho concluyentemente no regula una conducta, ¿tiene sentido admitir que el juez tiene discreción? Ruiz Manero, y muchos otros teóricos, responden negativamente. Al respecto, véase, Bayón 2009: 39.

³⁰ No analizaré aquí los diversos modos en que una conducta puede contar como un caso de interferencia ordinaria con las permisiones reconocidas en un cierto sistema. Al respecto, véase, por ejemplo, Guibourg, Mendonca 1995: 269-301.

6. Asimetría y normas permisivas

A diferencia de las normas que formula el legislador, la validez de las sentencias judiciales depende de su justificación y ello significa, en general, que la parte dispositiva tiene que ser vista como una aplicación de otras normas jurídicas generales. Sobre este punto no parece haber mayores desacuerdos, pero la situación se complica en casos de lagunas; es decir, en casos en los que no exista una norma general de ese sistema que imponga una solución y, por consiguiente, (i) la conducta relevante está débilmente permitida y (ii) no hay normas generales en las que justificar la decisión individual. Este punto es, sin duda, uno de los ejes de la disputa entre el *enfoque clásico* y las concepciones alternativas. Así, mientras Ruiz Manero acepta la conocida *tesis de la asimetría* entre aceptar y rechazar una demanda, Alchourrón y Bulygin defienden la tesis opuesta³¹.

Ruiz Manero subraya que los jueces no pueden modificar aquellas situaciones de permisión concluyente débil (una situación como las que se produce, por ejemplo, en un caso de laguna normativa) ya que tienen el deber de rechazar las demandas que pretenden evitar el ejercicio de la conducta débilmente permitida. Según el profesor de Alicante, los jueces tienen prohibido modificar el alcance de este tipo de permisos y, conforme a la definición de permiso protegido, se sigue que esa conducta sin regular también está protegida. De allí se sigue que, frente a conductas concluyentemente permitidas en sentido fuerte o débil, los jueces tienen que reaccionar del mismo modo: rechazando la demanda que pretende impedir la conducta permitida.

Por el contrario, según los profesores argentinos, en casos de lagunas los jueces tienen que modificar el conjunto de normas generales para poder justificar la decisión individual de condenar o no condenar a un cierto demandado³². Cuando el juez condena al demandado le impone una cierta obligación y, por el contrario, cuando no condena al demandado le permite expresamente ejecutar una cierta conducta. En ambos casos, los jueces crean una norma individual que tienen que justificarse mediante la creación discrecional de una norma general. Los partidarios de la *tesis de la asimetría*, en cambio, señalan que, en casos de lagunas, los jueces tienen que rechazar la demanda – ya que pretende que un individuo realice una conducta a la que el derecho no lo obliga - y ese rechazo no genera norma alguna; i.e. no requiere apelar a norma alguna, bastando con la mera ausencia de norma³³.

³¹ Ruiz Manero 2010: 303-305 y Alchourrón, Bulygin 1974: 217-223.

³² Es importante advertir que el conjunto de *normas aplicables* en la solución de un cierto caso no es necesariamente un subconjunto de las normas válidas del ordenamiento. Por ello, la creación judicial de normas afectará necesariamente al sistema aplicable, pero contingentemente al ordenamiento de normas válidas. De cualquier modo, la polémica entre Bulygin y Ruiz Manero no aborda esta distinción entre normas válidas y normas aplicables.

³³ Véase, también, Atria 2005; Bayón 2009, 2010.

Aunque la *tesis de la asimetría* es intuitivamente clara, es usual encontrar en su formulación y defensa (o crítica) una combinación de dos tesis diferentes, que es necesario distinguir cuidadosamente. Por una parte, en casos de lagunas, los jueces tienen el *deber de rechazar* la demanda que exige a un individuo hacer o abstenerse de una conducta que no está regulada por el derecho. Esta afirmación, que podría denominarse *tesis del deber de rechazar*. Según Ruiz Manero³⁴,

[...] en un caso así – en el que se somete al juez una pretensión sin ningún respaldo en el ordenamiento – el juez debe rechazar la demanda, porque está prohibido para el juez acoger demandas sin respaldo en el ordenamiento.

La tesis del rechazo se complementa con otra tesis específica acerca de lo que ocurre cuando un juez rechaza una cierta exigencia. Denominaré a esa idea como la tesis de la ausencia de calificación normativa (por simplicidad, *tesis de la ausencia*). Según Ruiz Manero³⁵,

[...] el juez no dicta ninguna norma individual, sino que más bien expresa su rechazo al dictado de norma individual alguna, sobre la base de que en el derecho no se contiene ninguna norma base para tal dictado, ninguna base para la alteración de la situación normativa del demandado.

Podría señalarse, entonces, que la *tesis de la asimetría* está delineada por dos ideas diferentes: la tesis del deber de rechazar la demanda y la tesis de la ausencia de normas permisivas en la parte dispositiva de la decisión judicial. Alchourrón y Bulygín rechazan la tesis de la asimetría de manera radical ya que niegan tanto que los jueces tengan el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas y también defienden que mediante el rechazo de la demanda se crea una *norma* permisiva.

En mi opinión, ambas tesis son independientes. De esta manera, las diferentes alternativas podrían exponerse esquemáticamente del siguiente modo:

- **Modelo de Ruiz Manero:** El juez *tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *no contiene* normas permisivas
- **Modelo de Alchourrón y Bulygín:** El juez *no tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *contiene* normas permisivas
- **Alternativa 1:** El juez *no tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *no contiene* normas permisivas
- **Alternativa 2:** El juez *tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *contiene* normas permisivas

³⁴ Ruiz Manero 2010: 305.

³⁵ Ruiz Manero 2010: 304.

De esta manera, además de las posiciones de Ruiz Manero y de Alchourrón y Bulygin, se podrían defender dos concepciones adicionales. Por una parte, conforme a la *Alternativa 1*, podría negarse que los jueces tengan el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas, es decir, podría sostenerse que los jueces tienen discreción para acoger o rechazar la demanda. Pero, cuando contingentemente se produce ese rechazo, no se crea ninguna norma nueva. Por otra parte, conforme a la *Alternativa 2*, podría reconocerse el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas, pero al mismo tiempo se admite que ese rechazo es compatible con la creación de una norma permisiva.

La plausibilidad de la alternativa 1 depende del alcance de la obligación de juzgar y resolver el conflicto o controversia individual. En general, los jueces tienen el deber de resolver todos los casos dentro de su ámbito de competencias y no pueden declinar esa responsabilidad por el hecho de que las disposiciones jurídicas sean antinómicas, imprecisas o por la existencia de lagunas. Sin embargo, podría admitirse que, frente a una laguna normativa, el juez cumple con su obligación general de juzgar tanto admitiendo como rechazando la demanda. Esta disyuntiva se resuelve discrecionalmente y esta sería la consecuencia natural (o el precio inevitable) que acompaña a diseños institucionales que consagran la inexcusabilidad del ejercicio jurisdiccional.

En caso de rechazo de la demanda, el juez no resuelve el conflicto sino simplemente preserva el statu quo o situación que origina la controversia. En este supuesto, no habría mayores inconvenientes en admitir que la parte dispositiva del juez no contiene norma permisiva alguna (ni tampoco norma de obligación), sino que deja sin regular la conducta en cuestión (sigue siendo verdad que la acción está únicamente permitida en sentido débil). Alchourrón y Bulygin rechazan esta posibilidad y sostienen³⁶:

Nuestra tesis se funda en la afirmación de que el rechazo de la demanda implica permitir al demandado la no realización de la conducta exigida por el actor. Para convencerse de que esto es así, considérese la siguiente situación. Supóngase un sistema jurídico con una laguna: no hay ninguna norma que contemple la conducta *p* en el caso *q*... Supóngase, además, que a partir de un cierto momento los jueces proceden invariablemente a rechazar todas las demandas en las que la parte actora pretende que el demandado está obligado a hacer *p* en las circunstancias *q*. ¿No sería justificado decir que el sistema ha sido modificado, que ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial conforme a la cual *p* no es obligatorio en el caso *q*? Y si se admite que hay una norma que dice que *p* no es obligatorio en el caso *q*, entonces *p* está permitido en sentido fuerte (ya que las normas $\sim Op$ y $P\sim p$ son sinónimas)

³⁶ Alchourrón, Bulygin 1974: 223. En trabajos posteriores, Alchourrón y Bulygin advierten que los actos de rechazo de contenidos normativos (e.g., una prohibición de una acción *p*) conllevan una permisón positiva o fuerte de *p*. Por ejemplo, véase, Alchourrón y Bulygin 1991: 164.

Este argumento, sin embargo, no parece persuasivo. Si fuese verdad que los jueces crean una norma individual permisiva cada vez que rechazan una demanda, entonces sería plausible asumir que, al cabo de cierto tiempo, también se crea por vía jurisprudencial una norma permisiva general³⁷. Pero, si los jueces no crean esas normas permisivas para la solución del caso individual, entonces tampoco habría mayor razón para aceptar que se ha creado una norma permisiva general mediante la reiteración de esos fallos. Por supuesto, hay casos específicos en los que el rechazo de la demanda está acompañado, en la parte dispositiva de la sentencia, de la formulación de una norma permisiva específica. Esto es lo que ocurre cuando del sistema normativo se infiere que el demandado está expresa o implícitamente autorizado para abstenerse de la conducta que exige el demandante. En estos casos – que obviamente no son supuestos de laguna normativa – el juez tiene el deber de rechazar la demanda y el contenido de su decisión se justifica en la norma general preexistente que confiere al demandado un cierto permiso.

La plausibilidad de la alternativa 2 depende del alcance de la exigencia de justificación de una decisión judicial. En este caso, el deber de rechazar la demanda podría ser visto como una autorización indirecta a permitir expresamente mediante una norma individual que el demandado mantenga su situación de privilegio. Si todas las normas individuales que forman la parte dispositiva de una sentencia tienen que justificarse en normas generales preexistentes, entonces este modelo es implausible ya que, por hipótesis al tratarse de un caso de laguna normativa, la norma permisiva que formula el juez no puede justificarse en una norma general preexistente. Si se debilita la exigencia de justificación (i.e., limitándola en casos de lagunas normativas sólo al *acto* de decidir y no al *contenido* de la decisión), entonces puede señalarse que, en casos de lagunas, los jueces se encuentran en la misma situación del legislador y que el contenido de sus decisiones particulares no tiene que justificarse en otras pautas normativas. Sería suficiente, a efectos de la validez de la norma individual permisiva, que ese *acto* judicial de formular una norma individual este exigido o autorizado por las normas del sistema normativo.

No pretendo argumentar aquí a favor de alguna de las dos alternativas antes mencionadas y es probable que una defensa articulada de ellas requiera un examen comparado de los sistemas de derecho positivo, para mostrar qué grado de plausibilidad posee cada una de ellas. Solo me interesa destacar que parece haber una suerte de exageración o un exceso de énfasis en las estrategias de Ruiz Manero y Alchourrón y Bulygin. En el caso del profesor de Alicante creo que la exageración

³⁷ Para que la decisión individual en un caso de lagunas resulte justificada, el juez tiene que utilizar una norma *general* (que, por hipótesis, no existe ya que el caso no está regulado por el sistema normativo). La reiteración de las decisiones permisivas individuales mostraría, según Alchourrón y Bulygin, que los jueces invariablemente utilizan una norma permisiva general, que se añadiría al sistema por vía jurisprudencial.

es asumir que siempre que hubiese un deber de rechazar una demanda en casos de lagunas, ello inevitablemente compromete a negar que los jueces puedan dictar normas permisivas en sus sentencias. En el caso de Alchourrón y Bulygin, la exageración parece derivarse de un único modo de entender la justificación de una decisión judicial (como una relación deductiva entre una norma general preexistente y la norma individual). Para los profesores argentinos, si hay normas permisivas en la parte dispositiva de una sentencia justificada, entonces los jueces han creado una norma general que sirve como fundamento de su decisión. En este caso, podría ser suficiente señalar que una decisión está justificada sólo si el *acto* de decidir en casos de lagunas está permitido, con independencia de que esa decisión modifique el contenido del sistema.

7. El alcance de la tesis del deber de rechazar

Tanto Alchourrón y Bulygin como Ruiz Manero están de acuerdo acerca del deber genérico de los jueces de decidir los casos que se encuentran en su ámbito de competencias. En casos de lagunas normativas, para Alchourrón y Bulygin, los jueces cumplen con la obligación genérica de juzgar tanto aceptando como rechazando la demanda, pero el *contenido* de la decisión judicial esta indeterminado (i.e., la decisión es discrecional). Sin embargo, Ruiz Manero – a diferencia de Alchourrón y Bulygin – señala que en casos en los que el derecho concluyentemente no dispone nada, los jueces tienen la obligación de rechazar la demanda. De este modo, la discrecionalidad judicial es reubicada en el proceso de construcción de las calificaciones concluyentes; es decir, en el paso desde las soluciones *prima facie* a las calificaciones concluyentes. Sin embargo, no resulta claro cuál es el origen de este deber de rechazar la demanda. Al respecto, Ruiz Manero admite que esa norma secundaria es contingente, pero añade que ella ‘existe en todos los sistemas jurídicos de nuestro horizonte cultural’³⁸. Creo que esta *tesis simple* (por llamarla de alguna manera) de Ruiz Manero no presta suficiente atención a dos cosas.

En primer lugar, la afirmación de Ruiz Manero parece una ambiciosa generalización empírica de ciertos rasgos de los derechos positivos contemporáneos. Pero la verdad de esa afirmación general, por interesante que ella fuese, no afecta al problema conceptual que preocupa a los autores del modelo clásico. Si efectivamente existiese en todos los ordenamientos una norma que obliga a rechazar las demandas en casos de lagunas – impidiendo la discreción judicial – no habría discrepancia con el enfoque clásico acerca de las consecuencias respecto de los deberes judiciales ni las lagunas normativas.

³⁸ Ruiz Manero 2010: 305.

Si se mostrase que todos los sistemas de nuestro horizonte cultural tienen una norma de clausura que establece que están permitidas todas las acciones que no están prohibidas, los partidarios del enfoque clásico señalarían que en 'nuestro horizonte cultural' no hay discrecionalidad judicial, pero ello no invalidaría la tesis original del enfoque, es decir: no se puede asumir que, por razones conceptuales, el derecho es completo. De igual modo, si Ruiz Manero probase que en casos de lagunas los jueces tienen el deber específico de rechazar la demanda y probase que ese deber existe como un hecho peculiar, contingente (i.e., que no se *deriva conceptualmente* del deber genérico de juzgar), de nuestros sistemas jurídicos, los partidarios del enfoque clásico podrían seguir insistiendo en que ello es un dato importante de 'nuestro horizonte cultural', pero no sirve para descartar la tesis clásica defendida.

En segundo lugar, aunque Ruiz Manero mostrase que todos los sistemas jurídicos contemporáneos incluyen una norma positiva que establece el deber de rechazar la demanda en el caso señalado, esto es insuficiente conforme a las premisas de su teoría. Más bien, su enfoque se basa en la identificación de los deberes *concluyentes* de autoridades e individuos y esas obligaciones no surgen de la lectura de los textos normativos o del conocimiento de los usos y costumbres de una comunidad, sino que se obtienen caso por caso del balance de razones subyacentes relevantes para justificar una decisión. Por tanto, Ruiz Manero tendría que mostrar la verdad de una tesis más compleja:

Tesis Compleja

En todos los sistemas de nuestro horizonte cultural y en todos los casos en que el balance de razones concluyentes no dispone nada, entonces siempre el balance de razones subyacentes asegura concluyentemente el deber de rechazar la demanda.

Sin dudas, es sumamente laborioso mostrar que en *todos* los sistemas jurídicos contemporáneos hay una norma *positiva* que establece el deber de rechazar la demanda cuando el derecho no dispone nada, pero, más allá del esfuerzo necesario para probar esa hipótesis, no hay duda de que conocemos un procedimiento que puede acreditar ese hecho. Por ejemplo, en caso de emprender esa tarea sería necesario revisar y comparar todos los ordenamientos jurídicos a efectos de comprobar la existencia de esa norma. Sin embargo, para mostrar la verdad de la *tesis compleja* de Ruiz Manero, ni siquiera es claro qué tipo de argumento hay que desarrollar para obtener esa conclusión general sobre la conexión entre lagunas normativas y deberes de rechazo.

8. Conclusiones

En este trabajo he intentado mostrar que es dudoso que la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos sea más útil o relevante que la diferencia entre permisos fuertes y débiles. No se trata únicamente de que esas categorías sirvan para analizar aspectos diferentes de nuestras prácticas jurídicas, sino que nada impide a los partidarios del enfoque clásico analizar las interferencias institucionales (legislativas y judiciales) apelando únicamente a la distinción estándar entre permisos fuertes y débiles. A su vez, las discrepancias entre la propuesta de Ruiz Manero y el enfoque de Alchourrón y Bulygin no surgen porque los profesores argentinos ignoren las potencialidades de la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos sino más bien que la controversia deriva de maneras opuestas de entender otros aspectos centrales de la práctica jurídica, e.g., la naturaleza de la decisión judicial, el alcance de la exigencia de justificación, etc. En especial, la polémica gira en torno a qué deben hacer los jueces frente a casos de lagunas. En el enfoque clásico la distinción entre permisos fuertes y débiles sirve para despejar ambigüedades y falacias recurrentes en las teorías jurídicas (e.g., la plenitud hermética del derecho) al momento de analizar la completitud de los sistemas jurídicos. Para Ruiz Manero, en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, es irrelevante que el derecho sea completo o incompleto ya que los jueces siempre tienen normativamente determinada su respuesta y, por tanto, carecen de discrecionalidad. Para Ruiz Manero, frente al demandante que exige algo que el demandado no tiene el deber de realizar, el juez no puede interferir en la situación privilegiada (i.e., no puede alterar el ejercicio del privilegio) en la que se encuentra el demandado. Por tanto, esa conducta sin regular del demandado se encontraría blindada frente a las interferencias institucionales de los jueces. Pero eso significa que tanto los permisos fuertes como débiles están protegidos frente a la interferencia de las autoridades judiciales. De esta manera, se debería abandonar la intuición de que en esos contextos institucionales encontraríamos una base para mostrar en qué sentido los permisos fuertes y débiles *no son* pragmáticamente equivalentes. Tanto en uno como en otro caso, los jueces tienen el deber de garantizar el permiso correspondiente. Por supuesto, Ruiz Manero puede insistir en que la distinción entre permisos fuertes y débiles y su correlación con los permisos protegidos es diferente para el caso de autoridades que no sean judiciales. Así, una acción sin regular puede ser prohibida por cualquier autoridad – salvo los jueces – siempre que fuese competente para ello. La discrecionalidad que el enfoque clásico encuentra en esa actividad judicial es reemplazada en la propuesta de Ruiz Manero por la facultad de los jueces de ampliar o restringir el alcance de las normas formuladas a la luz de las exigencias de razones subyacentes (i.e., principios). En mi opinión, esta es otra manera de reconocer la discrecionalidad judicial, aunque no analizaré aquí esta cuestión.

Bibliografía

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, New York-Wein, Springer Verlag.
- (1974). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1991). *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. (1991). *Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas*, en Alchourrón, C.E., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 25-50.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2010). *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.
- Atria, F. (2005). *Sobre las lagunas*, en Atria et al, *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2009). *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, en Bulygin, E., et al, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- (2010). *Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: Respuesta a Bulygin*, en «Doxa», 33, 308-317.
- Bulygin, E. (1995). *Lógica deóntica*, en Alchourrón, C. et al (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 129-142.
- (2009). *Creación judicial de derecho*, en Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J.C. (eds.), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 27-76.
- (2010). *Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición*, «Doxa», 33, 283-296.
- Chiassoni, P. (2007). *El deber de juzgar y las lagunas en el derecho*, en Moreso, J.J. y Redondo, M.C. (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 97-108.
- Guastini, R. (1995). *Normas supremas*, «Doxa», 17-18, 257-270.
- Guibourg, R., Echave, T., Urquijo, M.E. (1980). *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 155-159.
- Guibourg, R.A., Mendonca, D. (1995). *Permesso, garanzie, e libertà*, «Analisi e diritto», 269-301.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2ª edición, Raz, J. et al (eds.), Oxford, Oxford University Press. 106.

- Lewis, D. (1979). *A Problem about Permission*, en Saarinen, E. et al. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, Dordrecht, Reidel, 163-174.
- Monti, E. (2014). *Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial*, «Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo», 33-60.
- Opalek, K. y Wolenski, J. (1973). *On Weak and Strong Permission*, «Rechtstheorie», 4, 169-182.
- (1986). *On Weak and Strong Permission Once More*, «Rechtstheorie», 17, 83-88.
- (1991). *Normative systems, permissions and deontic logic*, «Ratio Juris», 4, 334-348.
- Ratti, G.B. (2013). *Sobre “Las lagunas en el derecho”*, en Ratti, G.B., *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 25-60.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson.
- Raz, J. (1979). *The Institutional Nature of Law*, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press. 110-115.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan, Paul.
- Ruiz Manero, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, en Atria et al, *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 103-125.
- (2010). *Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho*, «Doxa», 33, 298-306.
- (2017). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas*, «Revus» (en prensa – disponible online en revus.revues.org/pdf/3728).
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan, Paul.

Saggi

Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità

*Giorgio Maniaci**

Sommario

In questo articolo, argomento che la necessità di risolvere problemi di coordinazione in senso ampio non implica che abbiamo bisogno di un'autorità raziana. In secondo luogo, la concezione raziana dell'autorità legittima è incompatibile con una concezione plausibile della razionalità e dell'autonomia.

Parole chiave: Raz. Autorità. Autonomia. Razionalità.

Abstract

In this article, I first argue that the necessity to solve coordination problems in the wide sense does not imply the necessity of a legitimate Razian authority. Second, I claim that the Razian conception of a legitimate authority is incompatible with a plausible conception of rationality and autonomy.

Keywords: Raz. Authority. Autonomy. Rationality.

1. Introduzione

In questo articolo, delinearò, brevemente, nel paragrafo due, la teoria dell'autorità di Raz, argomenterò che tale teoria presenta gravi problemi, ma non esaminerò

* Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza (Di.Gi.), via Maqueda 172, 90100, Palermo, Italia, giorgio.maniaci@unipa.it. Questo articolo è una versione parziale e modificata di un paper presentato il 7/11/2016 presso il Departament de Dret de l'Universitat Pompeu Fabra di Barcelona, di un paper presentato il 29/11/2016 presso il Departament de Dret de l'Universitat de Girona, di un paper presentato il 15/12/2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo. Ringrazio José Luis Martí, José Juan Moreso, Alberto Carrio Sampredo, Pablo Rapetti, Andrej Kristan, Marco Segatti, Diego Papayannis, Estaban Antonio Pereira, Aldo Schiavello, Bruno Celano, Marco Brigaglia, Giorgio Pino, Giuseppe Rocché, Nicola Muffato, Enrico Diciotti, Giovanni Battista Ratti, Maria Cristina Redondo per i loro commenti.

tutte le critiche che possono essere mosse a tale concezione¹. Normalmente, non è importante criticare un singolo autore, ma la teoria di Raz sembra particolarmente diffusa e influente, dunque è importante valutarne i difetti. In particolare, non soltanto sembra che anche gli autori che riconoscono che c'è una incompatibilità tra autorità e autonomia preservino il concetto raziano di autorità legittima, ma alcuni autori utilizzano il concetto raziano di autorità legittima per spiegare il concetto di autorità giuridica o pratica tout-court².

Ho, in un altro articolo, cui rinvio, esaminato l'oscurità della tesi della giustificazione normale, e i suoi problemi che non sembrano risolvibili³, articolo che rappresenta idealmente la prima parte di una ricerca sul concetto di autorità legittima in Raz di cui questo articolo rappresenta la seconda. Nel paragrafo tre, invece, valuterò un'interpretazione della concezione di Raz, che prescinda dalla tesi della giustificazione normale, per stabilire se in questo modo la tesi di Raz può essere, nel complesso, salvata. Secondo questa interpretazione, l'esclusione delle ragioni di primo livello dipenderebbe non soltanto dal fatto che una direttiva sia stata emanata dall'autorità, ma anche dal fatto che l'individuo destinatario della direttiva abbia buone ragioni per obbedire a quella autorità in quanto legittima, ad esempio perché democratica. Tale spiegazione, in ogni caso, è problematica, perché in questo caso sembra che il destinatario della direttiva consideri le ragioni della democrazia più pesanti, più forti delle ragioni sostanziali, non ragioni escludenti.

Nel paragrafo quattro, argomenterò che la soluzione di problemi strutturati come dilemmi del prigioniero, rilevanti per il diritto e l'autorità, ad esempio del free-rider⁴, non ha bisogno, come vorrebbe Raz, di un'autorità raziana, ma solo di regole che la comunità considera valide e vincolanti, regole sanzionate. Sempre nel paragrafo quattro, argomenterò che il fatto che un'autorità persegua l'obiettivo di risolvere problemi di coordinazione in senso ampio, di cui parla Raz, rappresenta una ragione di legittimazione politica molto debole, perché, praticamente, qualunque direttiva che soddisfi requisiti minimi dello Stato di diritto risolve problemi di coordinazione in senso ampio, dunque, ci sono tantissimi modi di coordinare le azioni umane, e tale esigenza di coordinamento non può giustificare la scelta tra differenti direttive che coordinano le azioni umane, in quanto semplicemente ci dice che le azioni umane devono essere coordinate, *non come*. Infine, il più importante problema, che analizzerò nel paragrafo cinque, è l'incompatibilità della concezione raziana con una concezione plausibile della razionalità e dell'autonomia. Raz, dopo essersi occupato del tema, in breve tempo, in *The Authority of Law*, e in un breve

¹ Su altri aspetti critici della concezione di Raz, che non prenderò in considerazione, soprattutto dal punto di vista della difesa del giuspositivismo, cfr. Schiavello 2004: 118 ss.

² Cfr. Schauer 2016: 105 ss.

³ Cfr. Maniaci: 2018.

⁴ Quello del free-rider è un caso paradigmatico di problema strutturato come dilemma del prigioniero rilevante per il diritto.

passaggio di *The Morality of Freedom*⁵, continua a ricordare, anche in *Ethics in Public Domain*, che alcuni sostengono appunto tale incompatibilità, ma non sembra prestarci più di tanto attenzione. Sosterrò che tale incompatibilità è insanabile.

2. La teoria dell'autorità di Raz

La teoria dell'autorità di Raz è, in breve, basata su alcune tesi.

La prima è che il concetto di autorità *de facto* presuppone quello di autorità legittima, ma non viceversa. Un'autorità *de facto*, se vogliamo distinguerla dal semplice uso della forza, pretende di essere un'autorità legittima, avanza una pretesa di essere un'autorità legittima, ed è riconosciuta tale almeno da alcuni membri influenti della comunità di persone su cui quell'autorità si esercita⁶. Un'autorità legittima, dice Raz, è anche in un certo grado un'autorità di fatto, ma il concetto di autorità legittima non presuppone il concetto di autorità di fatto. Avere un'autorità di fatto su alcune persone significa semplicemente avere un potere di controllo sulla vita di determinate persone, su un territorio, e avanzare una pretesa di essere un'autorità legittima.

La seconda tesi è che il concetto di autorità legittima dipende, in modo decisivo, dal concetto di ragione escludente⁷. Sono ragioni di secondo livello le ragioni per agire in base ad un'altra ragione, o per astenersi dall'agire in base ad un'altra ragione. Se, ad esempio, il figlio di una coppia riconosce che il suo cappotto è brutto, questa è una ragione per non indossarlo. Il fatto, invece, che fuori faccia freddo è una ragione per indossarlo quando esce. Queste sono ragioni di primo livello per indossare o no il cappotto quando esce. Se la madre dice al figlio, «Devi metterti il cappotto», quest'ultima è una ragione per non seguire le ragioni di primo livello. È una ragione di secondo livello, in particolare una ragione per non agire sulla base di un'altra ragione. Questo tipo di ragione di secondo livello, in base alla quale non si agisce in base ad un'altra ragione, è una ragione escludente. Ciò detto, il concetto di autorità legittima di Raz poggia su tre assiomi fondamentali.

Primo, la condizione di dipendenza. L'autorità legittima giudica il caso in questione, ad esempio, se il figlio debba o non debba mettersi il cappotto per uscire, in base alle ragioni di primo livello, le stesse che si applicano al figlio e sarebbero da lui applicate in assenza delle direttive della madre. Le ragioni di primo livello sono, in questo caso, il fatto che il cappotto sia brutto, che fuori faccia freddo, che il freddo possa cagionare malanni, e così via.

⁵ Raz 1986: 38 ss.

⁶ Sulla differenza tra autorità *de facto* e legittima cfr. Burton 1989: 773 ss.

⁷ Sulle differenti interpretazioni di ragione di secondo livello ed escludente cfr. Perry 1989: 927 ss.; Moore 1989: 849 ss.

Secondo, vi è la condizione di esclusione o svuotamento (*pre-emption*). Una caratteristica dell'autorità legittima è che le sue direttive offrono ragioni escludenti per agire o per credere in qualcosa. Per Raz, il concetto di autorità legittima ha la stessa struttura concettuale di base per le autorità epistemiche, giuridiche e pratiche⁸. Le direttive della madre o del padre offrono ragioni per l'azione che dovrebbero escludere in tutto o in parte le ragioni di primo livello, cioè funzionano in modo tale che il figlio, se l'autorità è reale e legittima, dovrebbe seguire le direttive dell'autorità e non tenere in considerazione le ragioni di primo livello per indossare o meno il cappotto. Le ragioni di primo livello vengono in tutto o in parte rimpiazzate, per così dire, dalle ragioni di secondo livello. Un individuo, in tal senso, segue le direttive dell'autorità legittima proprio perché l'autorità le ha emanate, questa è la ragione fondamentale. Con le parole di Raz: «the fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should exclude and take the place of some of them»⁹.

Chiaramente, l'autorità legittima è un'autorità le cui direttive sono, salvo eccezioni (che vedremo), e nei limiti dell'ambito di estensione (*the scope*) delle ragioni escludenti, vincolanti. «Remember also that the thesis is not that authoritative determinations are binding only if they correctly reflect the reasons on which they depend. On the contrary, there is no point in having authorities unless their determinations are binding even if mistaken (though some mistakes may disqualify them). The whole point and purpose of authorities, I shall argue below, is to pre-empt individual judgment on the merits of a case, and this will not be achieved if, in order to establish whether the authoritative determination is binding, individuals have to rely on their own judgment of the merits»¹⁰.

Terzo, vi è la condizione della giustificazione normale. Come dice Raz, «The normal justification thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly»¹¹.

L'individuo, per così dire, è più probabile si conformi meglio alle ragioni di primo livello se segue le direttive dell'autorità, piuttosto che cercare di seguire da solo le ragioni di primo livello¹².

⁸ Cfr. Raz 1986: 53.

⁹ Raz 1986: 46.

¹⁰ Raz 1979: 47-48.

¹¹ Raz 1994: 214; Raz 1986: 53.

¹² Su queste tre condizioni cfr. Schiavello 2004: 118 ss.; Regan 1989: 1001 ss.

3. L'esclusione delle ragioni di primo livello indipendentemente dalla tesi della giustificazione normale

Prima di analizzare i vari problemi della concezione di Raz, devo effettuare due premesse. È noto che, in *The Authority of Law*¹³ e *The Morality of Freedom*¹⁴, Raz sostenga che non esista, per tutti i cittadini e residenti di uno Stato X, un obbligo generale, neppure prima facie, di obbedire a tutte le direttive, in tutti i casi di applicazione, dello Stato X, anche se quest'ultimo è ragionevolmente giusto, e che Stati ragionevolmente giusti pretendono più autorità di quanto si possa giustificare in base alla tesi della giustificazione normale. Come dire che, nessuno degli Stati contemporanei, Stati democratici e costituzionali di diritto compresi, rappresentano un'autorità legittima, nel senso di Raz, come pretenderebbero. Questa tesi di Raz si può interpretare in due modi. In base al primo, che sembra particolarmente assurdo anche secondo il pensiero complessivo dell'autore, mai una democrazia può rappresentare una autorità legittima raziana in nessun caso, e in relazione a nessun individuo soggetto all'autorità.

In base alla seconda interpretazione, che mi sembra preferibile, nella teoria di Raz una democrazia può avere valore epistemico, come molti sostengono, può rappresentare un'autorità legittima. E, tuttavia, non come le democrazie attuali pretendono di essere, bensì solo in relazione a determinate direttive, o a determinati campi di applicazione delle direttive, o a determinate persone, in base alla tesi della giustificazione normale, e alla tesi di Raz relativa al famoso ambito di estensione dell'autorità (*scope of authority*). In altri termini, l'idea che le democrazie non siano mai un'autorità legittima raziana, in relazione a nessun ambito, o a nessun individuo, non è un'implicazione logica del concetto di ragione escludente, e dei tre assiomi dell'autorità legittima raziana, svuotamento, dipendenza e giustificazione normale. Per questa ragione, farò riferimento al carattere democratico come una delle ragioni procedurali che possono rendere legittima un'autorità.

La seconda premessa è che, al fine di elaborare una argomentazione alternativa e contraria a quella di Raz, userò, salvo ove diversamente indicato, un concetto di autorità legittima più ampio, secondo il quale un'autorità legittima ha il diritto di governare legittimamente, e merita il rispetto o l'obbedienza delle sue direttive (dalla legittimità delle quali dipende normalmente la legittimità dell'autorità), anche se non offre necessariamente ragioni escludenti per l'azione (cosa che può accadere). In questo modo, mostrerò che il concetto di Raz non è esplicativo del modo di funzionare ordinario, e, soprattutto, razionale di quella che molti cittadini e studiosi considerano un'autorità legittima, e delle relazioni che molti cittadini contemporanei hanno con l'autorità.

¹³ Cfr. Raz 1979: 233-234.

¹⁴ Cfr. Raz 1986: 70, 77.

Analizziamo una possibile interpretazione del funzionamento delle ragioni escludenti, che metta da parte la tesi della giustificazione normale. Una interpretazione del genere non è assurda, perché lo stesso Raz adduce ulteriori ragioni in favore della sua teoria dell'autorità legittima, che vedremo in seguito, ad esempio, la necessità di risolvere problemi di coordinazione, che sono indipendenti dalla tesi della giustificazione normale. È importante vagliare questa ipotesi per mostrare che, anche ove si interpretasse in tal modo Raz, il concetto di autorità che offre ragioni escludenti non funziona. Si potrebbe dire che il fatto che l'autorità legittima ha emanato una direttiva non è l'unica ragione, né la ragione principale, che spiega perché una persona sufficientemente autonoma adotta il comportamento oggetto della direttiva, né perché esclude le ragioni di primo livello. Il fatto che l'autorità ha emanato una direttiva, o il fatto che una direttiva è stata emanata dall'autorità, è *parte* delle ragioni, del complesso delle ragioni che, esplicitamente o implicitamente, spiegano e giustificano il comportamento della persona autonoma che segue la direttiva.

Si potrebbe affermare che le ragioni fondamentali per cui l'individuo razionale segue la direttiva è che la direttiva è stata emanata dall'autorità legittima, e l'autorità è considerata legittima in base a ragioni indipendenti dalla direttiva. Tali ragioni potrebbero essere ragioni di secondo livello, ragioni che vertono su ulteriori ragioni, che escludono eventualmente ulteriori ragioni. Le ragioni che potrebbero essere, nella concezione di Raz, di secondo livello sarebbero le ragioni per obbedire all'autorità legittima, ad esempio ragioni relative a chi, come e perché deve disciplinare con direttive vincolanti un certo ambito di questioni pratiche. Le ragioni per obbedire all'autorità possono essere prudenziali o morali. Le ragioni prudenziali sono quelle relative, ad esempio, all'importanza di evitare una sanzione. Ragioni morali sono quelle relative, ad esempio, al carattere democratico dello Stato che ha emanato la direttiva, al fatto che si tratti di una democrazia costituzionale, che alcuni diritti fondamentali siano tutelati dall'ordinamento, come la libertà di espressione, la libertà di religione, la libertà di coscienza, la libertà di circolazione. Le ragioni prudenziali non sono rilevanti per obbedire ad un'autorità legittima, perché tali tipi di ragioni non rendono un'autorità *legittima*, e possono essere addotte per obbedire a qualunque autorità.

Raz sembra rendersi conto dell'importanza delle ragioni generali per obbedire all'autorità quando dice: «Even where an authoritative decision is meant finally to settle what is to be done it may be open to challenge on certain grounds, e.g. if an emergency occurs, or if the directive violates fundamental human rights, or if the authority acted arbitrarily»¹⁵. In altri termini, se una direttiva viola i diritti umani può essere messa in discussione, cioè può essere non obbedita, dunque le ragioni che contano sembrano le ragioni per obbedire all'autorità.

¹⁵ Raz 1986: 46.

Dunque, in base a questa prima spiegazione, le ragioni che, insieme al fatto che l'autorità ha emanato, ad esempio, una direttiva proibizionista in materia di consumo di marijuana, escludono, eventualmente, le ragioni di primo livello sono essenzialmente le stesse ragioni che spingono l'individuo sufficientemente autonomo ad obbedire all'autorità legittima, ad esempio la democraticità dell'ordinamento nel suo complesso. Questa spiegazione può salvare la teoria di Raz? Non sembra. Perché le ragioni per obbedire alla autorità legittima che ha emanato la direttiva, sebbene di carattere procedurale o istituzionale, ad esempio, il fatto che il potere che ha emanato la direttiva è stato eletto democraticamente, sembrano ragioni considerate dall'agente più pesanti di altre ragioni (il fatto che molti, compreso l'agente, desiderano fumare marijuana), non ragioni escludenti.

Dunque, è possibile che un individuo obbedisca ad un'autorità, che ha emanato una direttiva che proibisce il consumo di marijuana, perché il potere che l'ha emanata è un potere legittimo, perché possiede certe caratteristiche, è democratico, tutela alcuni diritti fondamentali, come la libertà di stampa, prevede una Corte costituzionale imparziale e indipendente. E, tuttavia, per concludere che un individuo debba obbedire a tutte le direttive emanate da un'autorità democratica, vincolata da una costituzione che tutela certi diritti, l'individuo, in questione, deve avere, in modo approssimativo, valutato, almeno nelle materie più importanti, i casi in presenza dei quali può accadere che l'autorità democratica emani una direttiva molto ingiusta, dal punto di vista sostanziale, secondo l'individuo, e, quindi, deve avere analizzato (almeno alcune del) le ragioni pro o contro la soluzione di molti casi nei quali l'autorità potrebbe emanare una direttiva ingiusta, per concludere che le ragioni della democrazia sono *più pesanti*. Dunque, anche così interpretata la teoria di Raz non funziona¹⁶, perché il concetto di ragione escludente, se deve avere un senso, se deve essere un concetto a sé stante, non coincide con il concetto di ragione più forte, più pesante. Altrimenti tutto il discorso di Raz non avrebbe senso. In alcuni casi, alcuni individui obbediscono all'autorità, perché valutano razionalmente, in un bilanciamento, che ragioni procedurali (democrazia, democrazia costituzionale) sono più forti, più pesanti, di ragioni sostanziali (decisioni dell'autorità ingiuste). Mentre una ragione escludente dovrebbe essere qualcosa che spiazza, esclude a priori, non fa prendere neppure in considerazione, le ragioni sostanziali, non c'è, dunque, nessun bilanciamento, se ci sono ragioni escludenti, nessuna gerarchia assiologica.

¹⁶ Sul punto cfr. Bayón 1991: 543.

4. Problemi di coordinazione, dilemmi del prigioniero e regole parzialmente trincerate

In modo più generale, in *Practical Reason and Norms*, e in alcuni passaggi di *The Morality of Freedom*¹⁷, Raz afferma che ci sono differenti giustificazioni in favore dell'autorità legittima, come autorità che offre ragioni escludenti per l'azione, indipendente dalla questione se l'autorità legittima abbia, in generale, maggiore probabilità di individuare le *right reasons*. Ad esempio, i destinatari delle direttive considererebbero le direttive dell'autorità ragioni escludenti, perché l'autorità persegue l'obiettivo, condiviso anche dai destinatari, di coordinare le attività dei membri della collettività, inserirle in un unico piano di azione (*one plan of action*¹⁸). Ancora, dice Raz, si può fare ricorso alla necessità di risolvere particolari problemi di interazione strategica, come il dilemma del prigioniero, che analizzerò per primo.

Seguendo la definizione di Edna Ullman Margalit, rappresentano generalizzazioni del caso del dilemma del prigioniero, rilevanti per il diritto e il problema dell'autorità legittima, le ipotesi in cui vi è un, o vi sono più, free-rider. In alcuni casi, infatti, può sorgere il seguente problema, definibile come una situazione strutturata come un dilemma del prigioniero. (a) Se tutti o molti individui appartenenti alla comunità non fanno X (non pagano le imposte sul reddito), questo produce un risultato gravemente dannoso (perché lo Stato non può più offrire certi servizi ritenuti fondamentali); (b) se tutti gli individui appartenenti alla comunità fanno X (pagano le imposte sul reddito) si verifica una situazione di mutuo beneficio per tutti; (c) se un singolo individuo non fa X (non paga le imposte sul reddito) quando, invece, tutti gli altri fanno X, l'individuo ottiene il massimo beneficio (i servizi offerti dallo Stato), ma nessun costo; (d) il fare non X da parte del singolo individuo è, in qualche modo, a spese degli altri, nel senso che il beneficio che tutti traggono dal fare X, pagare le imposte, è maggiore se tutti le pagano, piuttosto che se c'è qualcuno che non le paga¹⁹. La soluzione di questo tipo di dilemmi, dei problemi del free-rider, è semplice, dice Ullman. È sufficiente che la comunità renda obbligatoria una certa condotta, pagare le imposte sul reddito, e che sanzioni di un certo peso scorraggino, o rendano non conveniente, l'individuo dal comportarsi come un free-rider, cioè non pagare le imposte, e non cooperare con altri. È necessaria, dunque, un'autorità, non necessariamente raziana, che imponga e faccia valere delle sanzioni contro coloro che violano la norma che obbliga a pagare le imposte sul reddito. In seguito, i potenziali free-rider pagheranno le imposte per ragioni prudenziali, evitate la sanzione, non per ragioni morali. In ogni caso, la soluzione del problema del free-rider non passa attraverso la creazione di un'autorità legittima

¹⁷ Cfr. Raz 1986: 49.

¹⁸ Cfr. Raz 1975: 64.

¹⁹ Cfr. Ullman Margalit 1977: 23 ss.

raziana, che offre ragioni escludenti per l'azione, ragioni per obbedire, senza tenere in conto i meriti del caso. Al contrario, i potenziali free-rider pagano le imposte per ragioni prudenziali, o meglio in base ad un bilanciamento tra le ragioni egoistiche che li indurrebbero a non pagare e le ragioni egoistiche che li indurrebbero ad evitare la sanzione.

Per quanto riguarda il fatto che l'autorità raziana persegue l'obiettivo di coordinare le azioni umane, se il concetto di riferimento è quello di problema di coordinazione in senso stretto (come decidere tra soluzioni equipollenti, ad esempio se le automobili devono essere guidate a destra o a sinistra), cosa che Raz fa in un passaggio di *Morality of Freedom*²⁰, non sembrano davvero molti gli interventi utili dell'autorità. In quante questioni di carattere etico-politico rilevanti sorge un problema definibile come di coordinazione in senso stretto? In ogni caso, essendo le soluzioni possibili di un problema di coordinazione in senso stretto equipollenti, si può considerare questa materia poco importante, nel senso che è importante che ci sia una convenzione, non quale essa sia (se guidare a destra o a sinistra).

Se il concetto di coordinazione rinvia, al contrario, all'esigenza di evitare il caos, l'anarchia, la violenza di tutti contro tutti, di preservare un minimo di ordine, di modo che coloro che sono soggetti all'autorità possano svolgere ruoli differenti in un unico piano di azione che conduce a risultati altamente desiderabili²¹, tale requisito è contemporaneamente troppo debole, e troppo indeterminato per essere valido. È debole come requisito di legittimazione politica, perché anche un governo non democratico, fortemente paternalista e parzialmente illiberale potrebbe soddisfarlo. È gravemente indeterminato, perché, nel caso di una legge proibizionista in tema di stupefacenti emanata dal Parlamento, ci sono tantissimi modi di coordinare le azioni umane, e tale esigenza di coordinamento non può giustificare la scelta tra differenti modi di coordinare le differenti azioni umane, ad esempio una legge proibizionista, in quanto semplicemente ci dice che le azioni umane devono essere coordinate, *non come*. Quasi qualunque direttiva, che si conformi a requisiti minimi dello Stato di diritto, potrebbe soddisfare tale esigenza molto generica di coordinamento. In tal senso, non vedo perché un membro autonomo della collettività dovrebbe considerare una legge proibizionista del Parlamento in materia di stupefacenti una ragione escludente le ragioni di primo livello, semplicemente sulla base dell'esigenza comune di coordinare le azioni umane. Quello che Raz sembra descrivere, l'esigenza di avere un'autorità per coordinare, a un livello basico, le azioni umane, è un esempio paradigmatico di *costrizione*, cioè un caso nel quale le persone sono *costrette* a scegliere tra avere un'autorità che coordina le azioni umane, evitando la violenza e l'aggressione a beni fondamentali come la vita e l'integrità fisica, e non avere nessuna autorità che coordina le azioni umane. In questa ipotesi,

²⁰ Cfr. Raz 1986: 49.

²¹ Raz 2009: 153.

le persone probabilmente preferirebbero avere un'autorità, anche non democratica, piuttosto che l'anarchia²². Ma perché dovremmo basare la legittimazione dell'autorità su di un'ipotesi di costrizione?

Potendo scegliere se approvare, sulla base di un bilanciamento delle ragioni di primo livello, le direttive dell'autorità o trattarle, invece, come ragioni escludenti per l'azione, cosa sceglierebbero persone sufficientemente autonome, che *non sono* costrette a scegliere tra anarchia e autorità? Se non hanno una grave incertezza su una questione morale da risolvere, e se i costi deliberativi non sono troppo alti, come ho già argomentato altrove, il destinatario delle direttive che abbia un elevato grado di autonomia, distinguerà tra materie importanti e materie poco importanti, e in quelle importanti si conformerà alle direttive dell'autorità, se questi ritenga che le direttive effettuino il bilanciamento migliore che lui stesso farebbe di ragioni di primo livello, sulla base di ragioni esplicite in un'argomentazione svolta con altri o con sé stesso o implicite, inesprese, nel compiere l'azione di conformarsi, ma esplicitabili²³.

Le critiche alla concezione raziana dell'autorità, e al concetto di ragione escludente, sono compatibili con la possibilità che un individuo adotti un processo decisionale fondato su regole autoimposte, anziché adottare ogni volta, per ogni singola decisione, un bilanciamento delle ragioni di primo livello? La risposta è chiaramente sì. Ci sono due casi fondamentali nei quali una persona può adottare un modello decisionale basato su regole, regole autoimposte, regole parzialmente trincerate, opache, rispetto alla giustificazione soggiacente. Regole, cioè, che consentono alla persona in questione di non effettuare ogni volta un bilanciamento di tutte le ragioni pro o contro una certa decisione. I casi fondamentali sono, primo, l'incertezza su come risolvere un certo caso, di modo che un individuo adotta una regola che condivide in molti casi paradigmatici ("È vietato l'ingresso dei cani nel ristorante"), e, secondo, il grado elevato dei costi deliberativi, cioè l'insieme delle risorse economiche, intellettuali e temporali per effettuare ogni volta un bilanciamento delle ragioni di primo livello²⁴. Ma, in entrambi i casi, la persona ha scelto una regola coerente con i principi rilevanti da essa condivisi (ad esempio "Non bisogna molestare i clienti", e "I cani disturbano i clienti del ristorante"), relativi ad alcuni casi paradigmatici di applicazione della regola, di modo che l'adozione della regola implica che essa soddisfi in almeno alcuni casi paradigmatici di applicazione i principi condivisi dall'individuo che adotta la regola. La regola, dunque, non offre ragioni escludenti per l'azione, perché l'individuo condivide, in molti casi, il principio che sta alla base della regola, che è una ragione di primo livello.

²² Sul punto cfr. Ródenas 2006: 182 ss.

²³ Cfr. Maniaci 2018.

²⁴ Sulle regole indicative, che non sono, né assolutamente opache né assolutamente trasparenti, adottate da un agente, quando i costi della deliberazione sono molto alti cfr. Bayón 1991: 524.

5. La nozione di autorità e la sua incompatibilità con la razionalità e l'autonomia

Vediamo adesso la cosa più importante, perché la nozione di autorità legittima di Raz è poco compatibile con l'autonomia e/o la razionalità²⁵. Secondo Raz, è facile argomentare tale compatibilità delineando gli errori contenuti nella teoria di Wolff. Wolff, secondo Raz, «tacitly and correctly assumes that reason never justifies abandoning one's autonomy, that is, one's right and duty to act on one's judgment of what ought to be done, *all things considered*. I shall call this the principle of autonomy. He also tacitly and wrongly assumes that this is identical with the false principle that there are no valid exclusionary reasons, that is, that one is never justified in not doing what ought to be done on the balance of first-order reasons. I shall call this the denial of authority»²⁶. In nota Raz stesso precisa: «It is clear that this principle of autonomy is not really a moral principle but a principle of rationality». La conclusione di Raz è che, invece, ci possono essere valide ragioni escludenti per l'azione, ragioni che possono validamente escludere le ragioni di primo livello, e che il principio di autonomia è soddisfatto non solo quando l'individuo agisce in base alle ragioni di primo livello, ma anche quando agisce in base alle ragioni escludenti per l'azione.

In questa disamina, manca soltanto la cosa più importante, cioè determinare esattamente quando un individuo adulto sufficientemente autonomo dovrebbe fare propria una ragione escludente proveniente da un altro soggetto. Le ragioni escludenti, infatti, nel caso delle direttive delle autorità pratiche, provengono da altri soggetti, ad esempio il Parlamento che proibisce il consumo di marijuana; perché un destinatario di tali direttive sufficientemente autonomo dovrebbe farle *proprie*? In particolare, sembra sia del tutto implausibile pensare che l'autorità politica o giuridica abbia una conoscenza oggettivamente migliore delle *right reasons*, rispetto a individui adulti sufficientemente autonomi. Perché tale implausibilità? Come ho già argomentato diffusamente altrove, molti realisti morali contemporanei (cfr. ad esempio Celano, Dancy, Martí, McDowell, Moreso, Nagel, Putnam, Scanlon, ecc.²⁷) hanno grande difficoltà a individuare un modo oggettivo e sicuro, in condizioni epistemiche ordinarie, per conoscere i fatti morali, né credono che esista un modo oggettivo e sicuro per identificare le cosiddette autorità morali o i saggi (indipendentemente dalle ragioni corrette). Le condizioni epistemiche ideali od ottimali, se formali, non possono individuare alcun valore oggettivo, anche se possono rendere un giudizio migliore, più razionale. In genere, tali condizioni epistemiche, ideali od

²⁵ Sull'ideale dell'autonomia personale in Raz cfr. Waldron 1989.

²⁶ Raz 1979: 27.

²⁷ Cfr. Celano 2006; Dancy 1993: capp. I-II; Moreso 2003: 20 ss.; McDowell 1998: capp. VI-VII; Nagel 1986: 138 ss.; Martí 2006: 84; Putnam 1981: cap. VI; Scanlon 1998: 62-63 (e in generale capp. I-II).

ottimali, devono incorporare valori come l'imparzialità per produrre qualche risultato, così accade per la procedura rawlsiana e il velo di ignoranza, ma la procedura medesima non può giustificare l'imparzialità stessa, per quanto ragionevole essa possa essere, per quanto possa essere condivisibile, come lo è per me. In tal senso, pochi realisti morali contemporanei (o forse nessuno) consiglierebbero di abbandonare forme di democrazia costituzionale e abbracciare forme di dittatura basate sul governo di pochi saggi. Perché non c'è un modo certo e oggettivo, in condizioni epistemiche normali, di conoscere l'albero del bene e del male. Né di identificare i saggi (indipendentemente dalle ragioni corrette).

Se non c'è un modo certo di identificare i saggi, ovvero l'autorità legittima, sembra che la concezione di Raz non funzioni, perché non sembrerebbe esserci nessuna funzione di *pre-emption*. Paradossalmente lo stesso Raz ne è consapevole, quando analizza l'obiezione secondo cui l'unico modo di identificare l'autorità legittima è valutare, volta per volta, direttiva dopo direttiva, se l'autorità si conformi alle *right reasons*, e rigettare le direttive sbagliate. Obiezione che l'autore, ovviamente, non condivide. Lo stesso Raz, infatti, si accorge, a questo punto, del fatto che se un destinatario delle direttive deve, volta per volta, controllare se la direttiva sia conforme alle *right reasons* significa che deve effettuare ogni volta un bilanciamento delle ragioni di primo livello, dunque non sembrerebbe esserci nessuna funzione di *pre-emption*, di esclusione delle ragioni di primo livello²⁸.

²⁸ Hurd 1991: 1633. Un dilemma analogo lo pone Caracciolo, quando si chiede se la legittimità di un'autorità dipenda dalla validità delle norme che emana (la cui moralità oggettiva è individuata indipendentemente, e che determina l'assenza di una funzione di *pre-emption*) oppure se le norme emanate sono valide perché promulgate da un'autorità legittima (la cui legittimità dovrebbe essere in qualche modo identificata indipendentemente dalle ragioni corrette, cosa che non sembra possibile fare). Cfr. Caracciolo 2009: 208-209. Una funzione, residuale, di *pre-emption* potrebbe riguardare i casi nei quali il destinatario della direttiva non è in grado, per qualche ragione, di rendersi conto di quale sia il bilanciamento migliore, cioè se il bilanciamento oggetto della direttiva è migliore di altri oppure no. Ciò può capitare quando ad esempio, il destinatario della direttiva effettua un bilanciamento che contiene un errore cognitivo. In questi casi, che comunque non sono molti, la struttura fondamentale dell'autorità legittima entra in crisi, in contraddizione, proprio perché non c'è una procedura indipendente per individuare l'autorità legittima, indipendente dalle ragioni corrette. Se la persona dovrebbe riconoscere il carattere vincolante della direttiva, cioè in assenza di criteri indipendenti, come accade con le autorità teoriche, per individuare un'autorità moralmente più esperta, se dovrebbe seguire una procedura argomentativa razionale di qualche tipo per riconoscere che il bilanciamento effettuato dall'autorità è migliore, ciò significa che ove riconoscesse che il bilanciamento è migliore, e stiamo supponendo che dovrebbe farlo, allora si comporterebbe in modo conforme alla direttiva non perché questa è stata emanata dall'autorità, ma perché il bilanciamento delle ragioni individuato è migliore, cioè individuerebbe l'errore cognitivo o la preferenza adattiva e li eliminerebbe. Dunque nel caso dell'autorità pratica la procedura che dovrebbe condurre una persona a riconoscere il valore vincolante delle direttive, cosa che dovrebbe fare per Raz, dovrebbe portarla a misconoscere il valore vincolante delle direttive, perché individuando il bilanciamento migliore e, ad esempio, l'errore cognitivo, la persona in questione deciderebbe in base al corretto bilanciamento, senza seguire le direttive dell'autorità.

Raz replica²⁹ che una soluzione possibile potrebbe essere che l'autorità vada seguita ed obbedita fino a quando non compia degli errori chiari, evidenti, errori che, dunque, ciascun destinatario delle direttive può individuare facilmente, senza dover ogni volta effettuare un bilanciamento accurato e approfondito delle ragioni di primo livello. Sebbene dica, chiaramente, che non vuole prendere posizione in merito. Mentre la autorità resta sicuramente legittima, dice Raz, nel caso di errori gravi, ma non evidenti³⁰. Tali affermazioni di Raz sono abbastanza gravi per due ragioni. Primo, l'analisi raziana del concetto di autorità legittima è sia concettuale che normativa. Quello di autorità legittima è, secondo Raz, un concetto che le persone dovrebbero utilizzare per trattare le direttive vincolanti, e per stabilire quando riconoscere le direttive come vincolanti³¹.

Secondo, questa è una condizione molto debole di legittimazione delle autorità politiche. Non si comprende perché i destinatari delle direttive dovrebbero essere così superficiali nel valutare l'operato delle autorità, limitandosi ad individuare solo gli errori più evidenti. Anche nel caso di materie *importanti*, come riforme che limitano la libertà individuale o riforme costituzionali, l'individuo autonomo valuterrebbe negativamente, in base ad un bilanciamento di ragioni esplicito o implicito, le direttive dell'autorità, che non si conformano alle sue preferenze ideologiche, anche nel caso in cui gli errori dell'autorità non siano, immediatamente, evidenti. Secondo me, la differenza rilevante non è tra errori chiari ed errori non chiari, ma

²⁹ Cfr. Raz 1986: 62.

³⁰ «The failure of this objection stems from its confusion of a great mistake with a clear one. Consider a long addition of, say, some thirty numbers. One can make a very small mistake which is a very clear one, as when the sum is an integer whereas one and only one of the added numbers is a decimal fraction. On the other hand, the sum may be out by several thousands without the mistake being detectable except by laboriously going over the addition step by step. Even if legitimate authority is limited by the condition that its directives are not binding if clearly wrong, and I wish to express no opinion on whether it is so limited, it can play its mediating role. Establishing that something is clearly wrong does not require going through the underlying reasoning. It is not the case that the legitimate power of authorities is generally limited by the condition that it is defeated by significant mistakes which are not clear». Raz 1986: 62. È difficile conciliare tali affermazioni di Raz con l'idea raziana secondo cui una direttiva può essere disobbedita quando vi sia una emergenza o quando viola i diritti umani fondamentali («Even where an authoritative decision is meant finally to settle what is to be done it may be open to challenge on certain grounds, e.g. if an emergency occurs, or if the directive violates fundamental human rights, or if the authority acted arbitrarily»). Raz 1986: 46). Due possibilità per evitare la contraddizione. La prima è sostenere che una direttiva può essere disobbedita, quando la violazione dei diritti umani o la presenza di un'emergenza è chiara, evidente, il che implica l'idea moralmente inaccettabile secondo cui bisogna obbedire all'autorità quando commette errori gravi, ma non evidenti. Oppure Raz potrebbe affermare che l'autorità va obbedita quando commette errori significativi, gravi, ma non quando commette errori gravissimi. In ogni caso, l'impossibilità di tracciare un confine netto tra errori gravi e gravissimi conduce il destinatario delle direttive a dover effettuare ogni volta un bilanciamento delle ragioni di primo livello per stabilire se l'errore è grave o gravissimo, il che esclude la funzione di *pre-emption*.

³¹ Raz 1986: 63.

tra materie importanti e materie non importanti, cioè tra errori gravi ed errori non gravi. Le materie importanti sono quelle che, ad esempio, concernono, secondo il soggetto, i diritti fondamentali, le libertà fondamentali dell'individuo. Un individuo autonomo può tollerare limitazioni sbagliate della libertà da parte dell'autorità in materie poco importanti, come fermarsi ad un semaforo rosso, quando non c'è nessuno in vista per chilometri, come nell'esempio di Raz, ma non in materie importanti. Dunque, sia nel caso di errori chiari, sia nel caso di materie importanti, sebbene l'errore dell'autorità potrebbe essere prima facie oscuro, come potrebbe accadere con la disciplina degli stupefacenti come la marijuana, sembra razionale che l'agente effettui un bilanciamento delle ragioni di primo livello per valutare la correttezza della direttiva.

In altri termini, delle tre l'una. O l'idea stessa della giustificazione normale di Raz presuppone un realismo morale implausibile, basato sull'idea che esista una procedura obiettiva e sufficientemente certa per identificare i saggi, indipendentemente dalle ragioni corrette. Una spia di questo è il ricorrere dell'espressione *right reasons*, negli articoli di Raz sull'autorità, per far riferimento alle ragioni individuate o scoperte dall'autorità legittima (definita «a more reliable and successful guide to right reason»³²).

La seconda possibilità è che l'idea stessa della giustificazione normale sia basata sull'idea di una incompetenza esistente in coloro nei confronti dei quali l'autorità legittima è esercitata, incompetenza morale e fattuale (come quella di bambini piccoli, psicotici, o persone affette da gravi handicap mentali), non colmabile attraverso semplici procedure, come dibattiti pubblici o confronti tra differenti candidati politici, incompetenza che se ritenuta non facilmente colmabile è abbastanza implausibile nella realtà dei fatti. In un altro passaggio Raz dice, infatti, «On the one hand generality is built into the account: the normal justification of authority is that following it will enable its subjects better to conform with reason (...) On the other hand the thesis allows maximum flexibility in determining the scope of authority. It all depends on the person over whom authority is supposed to be exercised: his knowledge, strength of will, his reliability in various aspects of life, and on the government in question. These factors are relevant at two levels. First, they determine whether an individual is better likely to conform to reason by following an authority or by following his own judgment independently of any authority. Second they determine under what circumstances he is likely to answer the first question correctly»³³.

Questa idea dell'incompetenza di coloro nei confronti dei quali l'autorità è legittima sembra avvalorata da un esempio di Raz e Green, citato da Hurd, secondo il quale la direttiva secondo cui è opportuno rifiutare di prendere decisioni impor-

³² Raz 1986: 61.

³³ Raz 1986: 73.

tanti in presenza di grave stanchezza sarebbe un esempio di direttiva che offre una ragione escludente che obbliga l'individuo ad astenersi dall'effettuare un bilanciamento delle ragioni di primo livello³⁴.

Oppure l'idea della giustificazione normale presuppone assunzioni morali inaccettabili relative alla opportunità di (o al fatto che abbiamo buone ragioni per) obbedire all'autorità, anche quando commette errori morali gravi, ma più difficili da individuare («It is not the case that the legitimate power of authorities is generally limited by the condition that it is defeated by significant mistakes which are not clear»³⁵).

Se, dunque, è implausibile pensare che un'autorità umana abbia una conoscenza delle *right reasons*, delle ragioni morali giuste che giustificano una determinata disciplina della vendita e del consumo di marijuana, oggettivamente migliore di quella di individui adulti sufficientemente autonomi, il problema, dunque, sembra essere che l'uso puro e semplice dell'argomento d'autorità, in ambito politico e morale, sia viziato da irrazionalità e/o mancanza di autonomia. Se una persona crede che X sia giusto, perché semplicemente qualcun altro, suo padre o il Papa credono che sia giusto, o fa X semplicemente perché altri gli dicono di farlo, tale conformismo, come sottolineano Elster o Hurd, è viziato da mancanza di autonomia e/o da mancanza di razionalità³⁶. Perché la persona in questione non si servirebbe del suo giudizio, della sua intelligenza per risolvere la questione, ma sarebbe un mero contenitore di idee altrui. E questo vale anche per le direttive del Parlamento. Alla stessa conclusione sembra giungere Nino, quando afferma che un argomento basato sulla tradizione o sull'autorità divina o umana non è un argomento propriamente valido nell'argomentazione, non può fungere da premessa fondamentale di un argomento, ma vale solo come premessa intermedia, da giustificare ulteriormente³⁷.

Affermare che una persona che usi l'argomento dell'autorità in ambito morale non si serve della sua intelligenza, sembra riecheggiare, ovviamente, le parole di Kant. Persone adulte che hanno un certo grado di autonomia non trattano l'autorità come soggetto che emana ragioni escludenti, perché non sono affette da *minorità*, e non hanno bisogno di un pastore che le guidi come fossero un gregge, ma si servono

³⁴ Cfr. Hurd: 1991.

³⁵ Raz 1986: 62.

³⁶ Elster 1983: 22; Hurd 1991: 1623 ss. Accolgo qui una concezione formale della razionalità, secondo la quale la razionalità è una particolare relazione di coerenza tra certe credenze e certi desideri dell'individuo, tra i desideri dell'individuo stesso, e tra le credenze e i dati empirici rilevanti provenienti dal mondo esterno, di modo che una credenza insufficientemente fondata su dati empirici non è razionale, così come non lo sono due desideri fondamentali contraddittori. A tali criteri se ne possono aggiungere altri, sempre formali, che riguardano l'origine, il modo di formazione, del desiderio o della credenza, non il suo contenuto, cioè la sua conformità a norme morali (come sarebbe in una concezione sostanziale), ad esempio la presenza di *wishful thinking*, preferenze adattive, o appunto di conformismo, cioè il caso in cui una persona adatta le proprie preferenze a quelle altrui.

³⁷ Nino 1997.

della propria intelligenza e del proprio senso critico per accettare o rifiutare tutte le direttive importanti emanate dall'autorità. Come dice Kant, in *Che cos'è l'Illuminismo*, del 1783, «minorità è l'incapacità di servirsi della propria intelligenza, senza la guida di un altro. Colpevole è questa minorità, se la sua causa non dipende da un difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi di essa senza essere guidati da un altro»³⁸. Anche se credo che più che il coraggio, c'entrino, come dice Elster, la razionalità e l'autonomia.

In base alla tesi qui condivisa, un individuo raggiungerebbe un grado sufficiente di autonomia in relazione ad una decisione da prendere, quando si verificano quattro condizioni (disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti), una sufficiente razionalità e capacità di intendere e volere, la conoscenza dei fatti rilevanti, una sufficiente libertà da pressioni coercitive (ad esempio, minacce di un danno da parte di terzi) e stabilità nel tempo dei desideri³⁹. Un individuo autonomo, dunque, agisce sulla base delle norme che egli dà a stesso, ed è in grado di individuare, razionalmente, le norme che dovrebbero guidare il proprio comportamento, compresi gli obblighi morali e politici. In tal senso, tale autonomia non è necessariamente in contrasto con il riconoscimento di obblighi politici; un individuo potrebbe riconoscere che vi sono molti vantaggi nel vivere in una comunità democratica, liberale, solidale, ordinata, che tuteli alcuni diritti fondamentali, di libertà e sociali, che contempra una Corte costituzionale. Questi vantaggi dipendono dal vivere in una comunità, dove è più facile essere protetti dalla violenza di animali o di altri gruppi, essere protetti dalla malattia, dallo spossessamento dei propri beni, dal mancato godimento di beni essenziali, come potrebbe accadere se un individuo vivesse isolato nei boschi.

Alla stessa conclusione, l'incompatibilità tra la concezione raziana dell'autorità e l'autonomia, mi sembra giunga Bayón analizzando un passaggio dell'opera di Raz, dal quale risulta evidente l'incompatibilità tra il concetto di razionalità e quello di autorità pratica come autorità che offre ragioni escludenti per l'azione. Dice Raz, «There is a sense in which if one accepts the legitimacy of an authority one is committed to following it blindly. One can be very watchful that it shall not overstep its authority and be sensitive to the presence of non-excluded considerations. But barring these possibilities, one is to follow the authority regardless of one's view of the merits of the case (that is, blindly). One may form a view on the merits but so long as one follows the authority this is an academic exercise of no practical importance»⁴⁰.

Escludendo l'ipotesi, dunque, in cui l'autorità ecceda il suo potere, o escludendo la presenza di considerazioni non escluse, e qui credo che Raz intenda per "considerazioni non escluse" quelle non escluse dalle direttive dell'autorità che possono

³⁸ Kant 2017.

³⁹ Cfr. Maniaci 2012: capp. I-II.

⁴⁰ Raz 1979: 24-25.

offrire ragioni che escludono solo *in parte* le ragioni di primo livello, considerare un'autorità legittima raziana significa seguire le sue direttive *ciecamente*, senza riguardo ai meriti del caso. Anche, evidentemente, quando l'autorità commette errori gravi (sebbene, forse, non evidenti). In conclusione, dice Bayón, Raz sostiene che «The whole point and purpose of authorities, I shall argue below, is to pre-empt individual judgment on the merits of a case, and this will not be achieved if, in order to establish whether the authoritative determination is binding, individuals have to rely on their own judgment of the merits»⁴¹. Al contrario dice Bayón, «mai [...] si descrive la situazione con proprietà dicendo che è razionale che un agente non abbia agito in conformità con ciò che giunge ad essere (se giunge a tenere un giudizio che può considerare affidabile) il suo proprio giudizio circa il risultato finale di questa deliberazione. Il suggerimento che questo sia l'effetto tipico di una ragione escludente, e che possono aversi ragioni escludenti valide, suppone a mio giudizio una giustificazione spuria di comportamenti e atteggiamenti irrazionali»⁴².

6. Conclusioni

Sulla base di quanto detto sopra e nel mio articolo *Contra Raz, su autorità teoriche e pratiche*⁴³, si possono trarre le seguenti cinque riflessioni.

Prima riflessione. Nel caso delle direttive emanate da un'autorità giuridica, è possibile distinguere almeno due tipi di autorità giuridica, e in entrambi i casi è molto improbabile che vi siano ragioni escludenti per l'azione nel senso di Raz. La prima possibilità è che il destinatario delle direttive, ove sia sufficientemente autonomo, e ove debba decidere se obbedire ad una direttiva che proibisce il consumo di marijuana, si fidi del giudizio del Parlamento, in presenza di alcune condizioni (congiuntamente sufficienti) che rendono questa autorità legittima (non raziana) in questo caso: (1) quando abbia delle ragioni importanti per obbedire all'autorità, ad esempio, il suo carattere democratico, la presenza di una costituzione rigida e di una Corte Costituzionale, che tutela alcuni diritti fondamentali; (2) qualora condivida alcuni principi cui è ispirata la legge che proibisce il consumo di stupefacenti (ad esempio un tipo di paternalismo coercitivo), principi che sono verosimilmente il risultato di un bilanciamento generico, o approssimativo, di ragioni favorevoli e contrarie di primo livello; (3) quando sappia che l'autorità normativa conosce i fatti rilevanti; (4) quando abbia gravi incertezze morali su come risolvere il caso, e/o i costi deliberativi siano molto alti, o perché si renda conto che alcune ragioni da lui adottate non sono razionali, ma non riuscisse a liberarsene. In questa ipotesi, dunque,

⁴¹ Raz 1979: 47-48.

⁴² Bayón 1991: 543.

⁴³ Cfr. Maniaci 2018.

ci sono principi e regole condivise (ad esempio, “Lo Stato ha il diritto di limitare la libertà dell’individuo quando l’individuo arreca un danno a stesso”) tra l’autorità legittima (non raziata) e il destinatario delle direttive, che sono ragioni di primo livello, che giustificano la decisione razionale del destinatario delle direttive di uniformarsi ad esse (decisione di non consumare stupefacenti), cosa che può mancare del tutto nel caso dell’autorità teorica, e che rendono inesistente il meccanismo dell’esclusione come descritto da Raz. Un’autorità legittima, in questo senso, ha il diritto di governare legittimamente, e dalla legittimità delle sue direttive, che per questa ragione vengono rispettate o obbedite, dipende la legittimità dell’autorità. Anche nel caso delle autorità *de facto*, mi sembra difficile parlare di un meccanismo di esclusione delle ragioni di primo livello, nel senso che il destinatario delle direttive, ad esempio che proibiscono e sanzionano l’omicidio, ritiene normalmente che la sanzione prevista è più grave della frustrazione di non poter uccidere certe persone.

La seconda possibilità è che il destinatario delle direttive abbia un elevato grado di autonomia, e non abbia alcuna incertezza su come risolvere una certa questione etico-politica, di modo che questi distingua tra materie importanti e materie poco importanti, e in quelle importanti si conformi alle direttive dell’autorità se questi ritenga che le direttive effettuino il bilanciamento migliore che lui farebbe di ragioni di primo livello, sulla base di ragioni esplicite in un’argomentazione svolta con altri o con sé stesso o implicite, inesprese, nel compiere l’azione di conformarsi, ma esplicitabili. Dunque, se il destinatario si conforma, nelle materie ritenute importanti, alle direttive, perché effettuano quello che secondo lui è il bilanciamento migliore di ragioni di primo livello, tratta l’autorità come legittima (non raziata), viceversa no. Un’autorità legittima, in questo senso, ha il diritto di governare legittimamente, e dalla legittimità delle sue direttive, che per questa ragione vengono rispettate o obbedite, dipende la legittimità dell’autorità.

Se, ad esempio, il destinatario delle direttive considera la legge sul consumo di marijuana una legge avente ad oggetto una materia poco importante, nella quale non ha alcun interesse, il destinatario della direttiva potrebbe affidarsi al giudizio del Parlamento, per semplice disinteresse (ma potrebbe razionalmente anche non farlo). Anche in questo caso, se il destinatario delle direttive si conforma alla direttiva, perché ritiene la materia di scarso interesse, questo sembra presupporre un giudizio di valore relativo al fatto che questa legge non tocca i suoi interessi fondamentali, non l’esclusione delle ragioni di primo livello.

Seconda riflessione. Nel caso delle direttive emanate da un capo spirituale, da una persona ritenuta autorevole dal destinatario delle direttive, ci troviamo normalmente di fronte ad un caso analogo al primo tipo di autorità giuridica, quello nel quale il destinatario si fida dell’autorità ed è incerto su come risolvere alcune questioni morali. Le direttive del capo spirituale vengono seguite, se l’individuo che le segue è sufficientemente autonomo, perché vi sono principi e regole condivise (“Non bisogna uccidere un essere umano”) tra il capo spirituale della comunità X

e l'appartenente Y alla comunità spirituale X che segue la direttiva, perché l'appartenente Y alla comunità spirituale X ha una profonda incertezza su come risolvere una determinata questione morale, ad esempio la liceità dell'aborto, e perché quest'ultimo ritiene che il capo spirituale conosca a fondo i fatti rilevanti su una certa questione (ad esempio la liceità o meno dell'aborto). In questo caso, le direttive non escludono parzialmente le ragioni di primo livello, in base al *tipo* di ragione come vorrebbe Raz in *The Authority of Law* e *The Morality of Freedom*, perché le regole e i principi condivisi tra il capo spirituale e il destinatario delle direttive sono ragioni di primo livello di carattere generale.

In realtà, le direttive offrono alcune ragioni nuove per l'azione, visto che l'individuo era profondamente incerto su come risolvere una questione morale. È questa presenza delle ragioni di primo livello condivise che rende possibile spiegare e giustificare razionalmente l'idea che una persona si affidi ad un'altra per determinare come debba essere risolta una questione morale. Va da sé che non credo si comporti in modo sufficientemente razionale o autonomo un individuo che si affidi ciecamente ad un capo spirituale o religioso in base esclusivamente alla credenza secondo cui il capo è un'incarnazione di una divinità o altro essere metafisico-trascendente.

Terza riflessione. Altrettanto importante è analizzare le situazioni di emergenza, nelle quali è importante capire come le persone devono, razionalmente, comportarsi di fronte all'autorità. Per quanto riguarda le situazioni di emergenza, quando ci sono pochi minuti o poche ore per prendere decisioni fondamentali, come nel caso di un'autorità che debba gestire (e salvare molte persone da) un uragano, un teatro in fiamme o un'azione di guerra, da svolgere in poco tempo e ad alto rischio, non abbiamo bisogno di un'autorità pratica nel senso di Raz. Nel caso delle situazioni di emergenza, quando c'è pochissimo tempo per analizzare le ragioni pro o contro una certa azione, è razionale che le persone si affidino all'autorità, salvo che questa compia degli errori evidenti, o violi palesemente i diritti di qualcuno, caso degli errori evidenti in relazione al quale Raz non vuole sostenere una posizione precisa.

Quarta riflessione. Quanto detto finora non risolve il problema morale di come debbano comportarsi alcuni soggetti che, per ragioni istituzionali, hanno, *prima facie*, l'obbligo di seguire le direttive dell'autorità. Come vorremmo che le forze dell'ordine e i soldati si comportino, in generale? Chiaramente, agendo razionalmente, costoro non tratteranno l'autorità come un soggetto che emana ragioni escludenti per l'azione, ma effettueranno un bilanciamento delle ragioni di primo livello. Dunque, come vorremmo che si comportino le forze dell'ordine? Vorremmo che siano fedeli ai valori e principi dell'ordinamento cui appartengono, oppure che si ribellino? La questione non è risolvibile a priori, dipende dal contenuto degli ordini. Immaginiamo che le forze di polizia di uno Stato totalitario e repressivo abbiano ricevuto l'ordine di picchiare e sparare sui giovani che manifestano per la tutela dei loro diritti fondamentali, per la democrazia e la libertà di stampa. In questo caso, molte persone, me compreso, vorrebbero che i poliziotti si ribellassero agli ordini

ricevuti, come avremmo voluto che si fossero ribellati agli ordini dello Stato nazista. Immaginiamo, invece, che le forze di polizia di uno Stato democratico e liberale abbiano ricevuto l'ordine di non picchiare, manganellare, disperdere o sparare sui giovani che manifestano per la tutela di alcuni diritti fondamentali, come il diritto allo studio. In questo caso, vorremmo che le forze di polizia non si ribellino agli ordini, dunque la questione non è risolvibile a priori.

Ultima riflessione. In tal senso, da quanto detto è possibile dedurre due conclusioni importanti. Primo, come già sostenuto in un altro articolo, cui rinvio, le autorità pratiche non hanno la stessa struttura fondamentale delle autorità teoriche. Le direttive dell'autorità teorica possono effettivamente offrire ragioni escludenti per l'azione nel senso di Raz, oppure nel senso modificato di Perry, secondo il quale l'autorità offre ragioni che attribuiscono una particolare *forza*, un peso particolare a ragioni di primo livello antecedenti, che, tuttavia, possono essere superate da ragioni contrarie. Le direttive dell'autorità pratica non offrono ragioni escludenti, perché sono razionalmente considerate legittime in quanto un destinatario sufficientemente autonomo ritiene, almeno nelle materie importanti, che esse abbiano alcune caratteristiche moralmente condivisibili, in base ad un bilanciamento di ragioni di primo livello, relative al contenuto delle direttive, alle caratteristiche dell'organo che le ha emanate o alla procedura in base alla quale sono state emanate, di modo che c'è un elemento di condivisione delle ragioni di primo livello tra autorità e destinatari delle direttive⁴⁴.

Secondo, il concetto più importante e più utile di autorità legittima è quello secondo cui un'autorità legittima ha il diritto di governare legittimamente, e dalla legittimità delle sue direttive, che per questa ragione vengono rispettate o obbedite, dipende la legittimità dell'autorità, sebbene non offra ragioni escludenti per l'azione nel senso di Raz. Come dice Schiavello, «le concezioni dell'autorità legittima, sono, per molti versi l'altra faccia della medaglia delle concezioni dell'obbligo politico, che è l'obbligo dei cittadini di rispettare tutte le norme emanate dall'autorità politica»⁴⁵. In tal senso, è opportuno distinguere, cosa che comprensibilmente Raz non fa nelle opere più importanti da lui dedicate al concetto di autorità e di ragione escludente, cioè *Practical Reason and Norms*, *The Authority of Law* e *The Morality of Freedom*, tra due sensi di autorità legittima, entrambi diffusi in letteratura. Un primo senso di autorità legittima indica l'autorità che abbia il diritto di governare legittimamente. Il concetto più utile e importante. Tale senso si può articolare in modi differenti, ma essenzialmente si tratta di un'autorità dalla legittimità delle cui direttive dipende la legittimità dell'autorità. Dunque, ogni qual volta i destinatari ritengono alcune direttive, singolarmente considerate, legittime, non ritengono sia opportuno muovere una resistenza armata, anche clandestina, o una disubbidienza pubblica, civile, o

⁴⁴ Sul punto, parzialmente difforme, Schiavello 2015: 54.

⁴⁵ Schiavello 2015: 54.

altre forme di aperta ribellione contro tali direttive, cioè le rispettano⁴⁶.

Il secondo senso di autorità legittima è (almeno ridotto all'osso) analogo a quello di Raz, l'autorità che offre ragioni escludenti per credere o per agire in un certo modo, ragioni che rimpiazzano le ragioni di primo livello, in tutto o in parte. Il concetto raziano di autorità pratica legittima, abbiamo visto, è poco importante, sia per spiegare razionalmente le relazioni contemporanee tra autorità e destinatari delle direttive, sia come concetto normativo liberale. In genere, se un'autorità politica è legittima, nel secondo senso, cioè offre ragioni escludenti per l'azione, allora normalmente è anche considerata un'autorità legittima nel primo senso, cioè si ritiene che abbia il diritto di governare legittimamente, ma non vale l'inverso. Un'autorità può avere il diritto di governare legittimamente, in quanto i destinatari ritengono che le sue direttive effettuino il bilanciamento delle ragioni di primo livello che farebbero anche loro. In questo senso, l'autorità è legittima, ma non offre ragioni escludenti per l'azione, se i destinatari ritengono, almeno nelle materie importanti, che le sue direttive effettuano un bilanciamento delle ragioni di primo livello accettabile. Il bilanciamento delle ragioni di primo livello concerne, normalmente, sia questioni procedurali, relative a chi dovrebbe avere il potere di, e in base a quale procedimento si dovrebbero, produrre decisioni corrette (ad esempio un procedimento democratico), sia questioni relative a quali decisioni sono, sostanzialmente, corrette. Non ho approfondito, affatto, la questione di quale sia l'autorità che ha il diritto di governare legittimamente: se accogliere un sostanzialismo radicale, secondo il quale una decisione politica è legittima se, e solo se, è sostanzialmente giusta, o un procedimentalismo radicale, secondo cui una decisione politica è legittima se è emanata da un certo soggetto (ad esempio un'assemblea democraticamente eletta) e in base ad un certo procedimento (la regola della maggioranza), o una concezione mista⁴⁷. Sebbene, in base a quanto detto, sembra che un procedimentalismo radicale sia poco realistico, perché un destinatario delle direttive dovrebbe, comunque, bilanciare valori procedurali (decisioni prese da un'autorità democratica, in seguito ad un dibattito parlamentare razionale e approfondito, rispettose dello Stato di diritto, ecc.) e valori sostanziali, relativi alla correttezza sostanziale della direttiva.

Quanto detto significa che il concetto di autorità che offre ragioni escludenti per l'azione non è inutile, ma vale per alcune autorità del passato, autorità religiose o tradizionali. Come dice la Arendt nel saggio *Cos'è l'autorità*⁴⁸ «per evitare malintesi sarebbe stato forse più saggio chiedersi “cosa sia stata l'autorità”, e non “che cosa sia”. Infatti io ritengo che non saremmo tentati (né avremmo il diritto) di porci questa domanda se l'autorità non fosse scomparsa dal mondo moderno». Arendt considera la scomparsa dell'autorità, in particolare, dell'autorità intesa nel senso di

⁴⁶ Cfr. Martí 2006: 136.

⁴⁷ Su tali definizioni e questioni cfr. Martí 2006: 142 ss.

⁴⁸ Arendt, 1991: 130 ss.

un potere che offre ragioni escludenti per l'azione, uno dei sensi più comuni, come l'esito di un processo evolutivo che ha minato alla base la religione e la tradizione. Ma non dobbiamo conservare un concetto di autorità legittima obsoleto, solo per denunciarne la scomparsa nei fatti. Né dobbiamo rinunciare ad elaborare una teoria dell'autorità legittima, solo perché è molto diffuso il concetto raziano. Abbiamo bisogno di un concetto di autorità legittima valido per le democrazie costituzionali contemporanee, soprattutto considerando che quello di autorità legittima è un concetto emotivamente positivo – legittima appunto – dunque, è assolutamente sconsigliabile mantenere un concetto illiberale, oltre che incapace di descrivere le modalità di relazione contemporanee e occidentali con l'autorità. Perché il fatto che molti autori e molti cittadini conservino un concetto raziano di autorità legittima, stante la difficoltà di separare l'aspetto descrittivo da quello normativo del concetto, induce molti cittadini a trattare l'autorità come qualcuno cui si deve una obbedienza incondizionata, o quasi incondizionata, escluse le ipotesi di incompetenza, o, eventualmente, di errori, come violazioni dei diritti umani, evidenti. E ciò è assolutamente da evitare.

Bibliografia

- Arendt, H. (1991). *Between Past and Future. Six Exercises in Political Thought* (1954), tr. it., *Tra passato e futuro*, Milano, Garzanti.
- Bayón, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para l'acción* (1991). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blackburn, S., *Essays in Quasi-Realism* (1993). Oxford, Oxford University Press.
- Burton, S. (1989). *Law as Practical Reason*, «Southern California Law Review», 62, 747-793.
- Caracciolo, R. (2009). *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Celano, B. (2006), *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, «Ragion pratica», 26, 133-150.
- Dancy, J. (1993). *Moral Reasons*, Oxford, Basil Blackwell.
- Elster, J. (1983). *Sour Grapes*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Green, L. (1989). *Law, Legitimacy and Consent*, «Southern California Law Review», 62, 795-825.
- Hurd, H. (1991). *Challenging Authority*, «The Yale Law Journal», 100, 1611-1677.
- Kant, I. (2017). *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), tr. it. *Che cos'è l'Illuminismo?*, Roma, Editori Riuniti, 2017.

- Moreso, J. J. (2003). *El reino de los derechos y la objetividad de la moral*, in Diciotti E. (a cura di), *Diritti umani e oggettività della morale*, Siena, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali di Siena, 2003, 9-40.
- Maniaci, G. (2008a). *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli.
- (2008b). *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012.
- (2018). *Contra Raz, su autorità teoriche e pratiche*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 48, 443-468.
- Martí, J. L. (2006). *La República Deliberativa*, Madrid, Marcial Pons.
- McDowell, J. (1998). *Mind, Value, and Reality* (1998). Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Moore, M. (1989) *Authority, Law and Razian Reasons*, «Southern California Law Review», 62, 827-869.
- Morigiwa, Y. (1989). *Authority, Rationality and Law: Joseph Raz and the Practice of Law*, in «Southern California Law Review», 62, 897-912.
- Nagel, T. (1986). *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press.
- Nino, C. (1989). *El constructivismo etico*, Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- Perry S. (1987), *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, «Oxford Journal of Legal Studies», 7, 215-257.
- (1989). *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, «Southern California Law Review», 62, 913-994.
- Putnam, H. (1981). *Reason, Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, Oxford, Clarendon Press.
- (1979). *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press
- (1994). *Ethics in Public Domain*, Oxford, Clarendon Press.
- (2009). *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, in Raz J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- Regan, D. (1989) *Authority and Value. Reflections on Raz's Morality of Freedom*, «Southern California Law Review», 62, 995-1095.

- Ródenas, A. (2006). *La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba*, «DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 29, 177-193.
- Scanlon, T. M. (1998). *What We Owe to Each Other*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Schauer, F. (2016). *Thinking Like a Lawyer* (2009), tr. it., *Il ragionamento giuridico*, Roma, Carocci.
- Schiavello, A. (2004). *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2004.
- (2015). *Autorità*, in M. Ricciardi, V. Velluzzi, A. Rossetti (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 51-75.
- Stavropoulos, N. (1996). *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Tuzet, G. (2006). *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Pierce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli.
- Ullman Margalit, E. (1977). *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press.
- Waldron, J. (1989). *Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom*, «Southern California Law Review», 62, 1097-1152.

La deferenza semantica nel processo

Michele Ubertone*

Riassunto

Esperti in materie diverse dal diritto stanno assumendo un ruolo sempre più importante nei sistemi giuridici contemporanei. Professionisti specializzati nelle più varie discipline (medici, ingegneri, chimici, urbanisti...) sono spesso tanto indispensabili quanto i giuristi per l'applicazione di molte disposizioni di legge. Tradizionalmente, si ritiene che il loro compito sia limitato alla soluzione di questioni di fatto. È normale che un giudice possa affidarsi all'opinione di un esperto per capire se un certo evento si sia verificato, ma sarebbe bizzarro che il giudice si affidasse ad una perizia per comprendere se tale evento debba considerarsi contrario alla legge o altrimenti rilevante dal punto di vista giuridico. La tesi proposta in questo articolo è che, in realtà, a causa di ciò che Hilary Putnam ha chiamato "divisione del lavoro linguistico", è spesso lasciato ad esperti anche il compito di decidere su importanti questioni di diritto.

Parole chiave: Deferenza semantica. Fallacia *ad verecundiam*. Perizia.

Abstract

Experts in subjects other than law are taking on an increasingly important role in contemporary legal systems. Professionals specialized in all kinds of disciplines (e.g. physicians, engineers, chemists, town planners...) are often as indispensable as lawyers for the application of many legal provisions. Traditionally, their task has been understood as confined to that of solving questions of fact. It is normal for a

* CIRSFID, Università di Bologna, Via Galliera, 3, 40121, Bologna, Italia, m.ubertone@unibo.it. Ringrazio tutti coloro che in vario modo mi hanno aiutato a comprendere meglio il problema che questo articolo intende illustrare. In particolare: Corrado Roversi, Damiano Canale, Giovanni Tuzet, l'intero gruppo dell'Università di Girona coordinato da Jordi Ferrer Beltrán, il gruppo di discussione "Metagiuridica" presso l'Istituto "Tarello" di Genova, Lorena Ramírez Ludeña, Timothy Endicott e Nicos Stavropoulos nonché un'anonima/un anonimo referee.

judge to rely on expert opinions to decide whether a certain event has taken place, but it would seem rather odd for a judge to rely on such opinions to decide whether that event has been brought about illegally, or whether it is otherwise legally relevant. The thesis I advance in this article is that, in fact, due to what Hilary Putnam has called “the division of linguistic labor,” experts are often left to decide on important questions of law, as well.

Keywords: Semantic deference. *Ad verecundiam* fallacy. Expert opinion.

«One day Alice came to a fork in the road and saw a Cheshire cat in a tree. ‘Which road do I take?’ she asked. ‘Where do you want to go?’ was his response. ‘I don’t know,’ Alice answered. ‘Then,’ said the cat, ‘it doesn’t matter’».

Lewis Carroll, *Alice in Wonderland*

«Here is a question of law, if your Lordships please to treat it as such».
Lord Denning alla House of Lords¹

1. Che cos’è la deferenza semantica?

A tutti noi capita di usare parole di cui non sapremmo dare una definizione precisa, parole come “artrite”, “olmo”, “faggio”, “embrione”, “colesterolo” e “nicotina”. La maggior parte delle persone, per esempio, sa che la nicotina è una sostanza che si trova nelle sigarette e che dà dipendenza. Ma solo pochi sanno che la sua composizione è $C_{10}H_{14}N_2$ e ancora meno saprebbero riconoscerla allo stato puro dentro una provetta. Rispetto a parole come queste, la competenza semantica dei parlanti comuni è in un certo senso parassitaria rispetto a quella di una minoranza di parlanti esperti. Il parlante comune usa queste parole sulla base di criteri che solo in parte conosce, ma intende impegnarsi utilizzandole anche con riferimento a criteri a lui ignoti: in altri termini, il parlante comune usa la parola “x” per indicare la stessa classe di oggetti che gli esperti indicano con “x” senza però conoscere pienamente i criteri attraverso i quali gli esperti riconoscono un oggetto come un’istanza di “x”. Ciò accade non solo con parole difficili, ma anche con parole molto comuni come “acqua”, “oro”, “tigre”, “cane” e “morte”.

Supponiamo che Tizio stipuli un contratto in base al quale si impegna, a determinate condizioni, a corrispondere a Caio un chilo d’oro. Il contratto andrà interpretato, a norma dell’articolo 1362 del codice civile, sulla base del comune intento dei parlanti. Tuttavia, anche se né Tizio né Caio sono in grado di distinguere (né all’osservazione né in principio) un chilo di vero oro da un chilo di finto oro (un

¹ Cit. in Endicott 1998: 292.

altro metallo non prezioso, superficialmente simile all'oro), ciò non vuol dire che, nell'idioletto dei parlanti e quindi ai fini dell'adempimento del contratto, tra il vero e il finto oro non ci sia differenza. Infatti, è assai plausibile che sia Tizio che Caio al momento della stipula intendessero dire che se Tizio corrisponderà a Caio una sostanza che secondo criteri *corretti* non è qualificabile come "oro", Tizio dovrà considerarsi inadempiente.

Il fenomeno sociolinguistico per il quale il significato di determinate parole è fatto dipendere dal parlante da criteri a lui stesso sconosciuti, ma riconosciuti come corretti da una comunità di parlanti più esperti, prende il nome di *divisione del lavoro linguistico* ed è stato descritto da Hilary Putnam (1975: 144) come uno degli argomenti a favore della sua teoria esternista del significato. Putnam considera la divisione del lavoro linguistico come un fatto quasi inevitabile, endemico e comunque fisiologico in qualsiasi società umana. Maggiore è la nostra dipendenza epistemica e pratica da esperti, maggiore tende ad essere il numero di parole che utilizziamo in questo modo².

Il rapporto di dipendenza tra il significato di una parola nell'idioletto di un parlante comune dal suo significato nell'idioletto di parlanti esperti è stato chiamato anche *deferenza semantica*, per sottolineare che alla base di questo modo di determinazione del riferimento sta l'intenzione del parlante di sottostare a particolari regole semantiche, pur non conoscendole³.

Stessi termini sono usati in modo deferenziale o in modo tecnico da parlanti diversi della medesima comunità linguistica, a seconda che si tratti di esperti oppure no⁴. Per esempio, mentre per un cosmologo, l'espressione "buco nero" indica una nozione tecnica correlata a un insieme di altre nozioni tecniche, come "spazio-tempo"

² Scrive Gloria Origgi 2005: 2. «Our cognitive life is pervaded with partially understood, poorly justified, beliefs. The greater part of our knowledge is acquired from other's people spoken or written words. The floating of other people's words in our minds is the price we pay for thinking». La conclusione forse è eccessiva. Senza altro, però, servirsi di concetti che non comprendiamo totalmente è il prezzo che dobbiamo pagare per poter condurre *molte* ragionamenti che facciamo tutti i giorni.

³ Diego Marconi sostiene che la deferenza semantica è una manifestazione del carattere normativo della lingua. A questo proposito, osserva: «[L]a normatività del linguaggio non si riduce all'esistenza di una gerarchia di competenze; c'è anche il riconoscimento implicito, e spesso esplicito, della gerarchia da parte dei parlanti. Questo riconoscimento [...] sta alla base del nostro uso del linguaggio come veicolo per assumersi impegni nel senso di Brandom» (Marconi, 1999: 155).

⁴ La deferenza semantica perciò è una nozione che si applica non al significato letterale, convenzionale e pubblico delle parole quanto piuttosto al significato che le parole assumono in un particolare contesto d'uso: quando sono impiegate da parlanti inesperti. Si tratta pertanto di una nozione che attiene più alla pragmatica che alla semantica in senso stretto e che è rilevante anche per la filosofia della mente e l'epistemologia. Come la teoria degli atti linguistici ha mostrato, infatti, il contenuto proposizionale di un atto linguistico è equivalente al contenuto dello stato mentale, o atteggiamento proposizionale, che ne costituisce la condizione di sincerità (Searle e Vanderveken 1988: 124). Se *termine* è usato in modo semanticamente deferenziale è perché è associato dal parlante che se ne serve a un *concetto* semanticamente deferenziale (su tale nozione, v. Fodor 1994: 34-37; Recanati 2000a).

o “campo gravitazionale”, per un parlante non esperto l’espressione è associata a un concetto deferenziale: un concetto cioè la cui intensione rinvia all’uso linguistico degli esperti dell’espressione “buco nero” (Recanati 2000a: 456). L’intenzione di una persona comune nel parlare di “buchi neri” è quella di riferirsi alle stesse entità fisiche che i cosmologi chiamano in questo modo, pur non conoscendo i criteri che sono alla base dell’uso specialistico dell’espressione. Il criterio fondamentale di individuazione del riferimento presupposto dal parlante comune è metalinguistico. Al contrario, chiunque si occupi professionalmente di buchi neri, non potrà accontentarsi di criteri metalinguistici. Dovrà conoscere con precisione i criteri tecnici che pretendono di individuare il riferimento del suo campo di studio. Non solo: un cosmologo esperto (o chiunque si ritenga tale) potrebbe anche giudicare che sia opportuno riformare la definizione ricevuta dell’espressione “buco nero” discostandosi dall’uso che ne sia stato fatto in passato. Potrebbe scoprire, così, che la definizione di “buco nero” per come formulata nei manuali di cosmologia non si riferisce ad alcun fenomeno realmente esistente oppure che individua in modo generico fenomeni che dal punto di vista esplicativo sarebbe più utile distinguere. Potrebbe perciò, nelle sue pubblicazioni o nell’ambito del suo gruppo di ricerca, conformare il proprio uso dell’espressione a una definizione nuova ed idiosincratica⁵, necessaria per dare una migliore spiegazione dei fenomeni fisici per cui era stata

⁵ Nel suo *Trattato di semiótica generale*, Umberto Eco sostituisce alla tradizionale dicotomia tra giudizi analitici e sintetici la tricotomia tra giudizi semiotici, fattuali e metasemiotici. L’asserto metasemiotico esprimerebbe un giudizio che mira ad ottenere quello che Eco chiama un “mutamento di codice”. Accettando questa distinzione, le ridefinizioni specialistiche compiute dagli esperti possono essere ascritte alla categoria degli asserti metasemiotici: «perché un asserto fattuale diventi semiotico, occorre che esso assuma la forma di un asserto metasemiotico (...). Per labile che sia il codice, l’asserto metasemiotico fissa la validità dei successivi asserti semiotici sino a che non sarà ‘scalzato’ da un altro asserto metasemiotico» (Eco 1975: 169). L’asserto fattuale che l’acqua è H₂O (giudizio relativo alla struttura fisica dell’acqua) può diventare un giudizio semiotico (giudizio relativo al significato di “acqua”) solo grazie a un giudizio metasemiotico (giudizio che tende a riformare il significato di “acqua”).

In base alla teoria di Putnam (Putnam 1975; Putnam 2013), invece, sarebbe sbagliato dire che il significato di un termine scientifico cambia nel momento in cui gli scienziati progredendo nelle loro ricerche ne adottano una nuova definizione. A suo modo di vedere, infatti, quando un parlante si riferisce a un genere naturale, intende riferirsi in maniera indicale alla *natura profonda* condivisa da alcuni paradigmi, presenti nell’ambiente in cui il parlante stesso si trova, senza che per questo egli debba avere in mente una definizione né del genere naturale né dei criteri che fissano ciò che conta come natura profonda. Secondo il noto slogan di Putnam, «meanings just ain’t in the head». Per Putnam, dunque, anche gli esperti sono a loro volta deferenti verso ipotetici esperti del futuro, in possesso di teorie più complete sulla natura dei fenomeni naturali («The [Twin Earth] example can be construed as involving a division of linguistic labor *across time*», Putnam 1975: 146).

Ciò significa che, in base teoria putnamiana, l’affermazione “Questa donna è una strega!” fatta da un perito interpellato in un processo per stregoneria nel medioevo dovrebbe poter essere interpretata come vera, nonostante le streghe (secondo la definizione presupposta dall’esperto in questione) non esistano. Il genere naturale “strega”, infatti, rinvierebbe in modo indicale alla migliore teoria esplicativa delle proprietà superficialmente esibite dai paradigmi di “streghe” presupposti dai parlanti medievali.

originariamente coniata.

Più in una comunità linguistica aumentano le credenze che la persona comune accetta per il solo fatto di averle acquisite da esperti, più tende ad aumentare il numero di parole che esperti e non esperti associano a criteri d'uso differenziati: criteri tecnici per la minoranza di esperti che si servono del termine per elaborare e raccogliere nuove informazioni, criteri spesso deferenziali per la maggioranza di parlanti comuni che di quelle informazioni sono meri consumatori⁶.

Questo tema è importante per lo studio del ruolo giocato da soggetti esperti in materie diverse dal diritto nell'applicazione di norme giuridiche. Che cosa accade quando un giudice, affidandosi ad una perizia per la soluzione di un caso, ricostruisce la premessa in fatto del proprio ragionamento giuridico con termini che non comprende nel loro significato tecnico e che associa a concetti semanticamente deferenziali? La tesi avanzata in questo articolo è che mentre l'impiego di questo tipo di concetti nella vita quotidiana può spesso consentire di arricchire le possibilità di ragionamento di un non esperto, il loro uso nell'ambito di un ragionamento giuridico, in particolare nella rappresentazione della premessa in fatto in un processo a seguito dell'intervento di un perito, costituisce una fallacia nonché una minaccia per il principio di legalità.

Fino a che punto il giudice può affidarsi all'autorità degli esperti per prendere le sue decisioni? Questa domanda è da tempo al centro di una discussione tra diversi studiosi del processo⁷. Ma la domanda è ambigua, perché "affidarsi all'autorità

L'affermazione dunque potrebbe significare, poniamo, "questa donna è schizofrenica" ed essere, nel caso di specie, vera.

Noam Chomsky sostiene che la teoria di Putnam costituisce una lettura distorta delle pratiche linguistiche degli scienziati: «Putnam's conclusions (...) are motivated by the problem of intelligibility in scientific discourse. As he points out, we do not want to say that Bohr was talking utter nonsense when he used the term "electron" in pre-quantum theoretic days, or that all his statements were false. To avoid such absurd conclusions, Putnam argues that Bohr was referring to real atoms and electrons, which perhaps some experts can finally tell us about (or maybe not). If reference is determined by meaning, then meanings aren't in the head, as Twin-Earth experiments are supposed to show. The argument, however, is not persuasive (...) Pre-Avogadro chemists were using "atom" and "molecule" interchangeably. To render what they were saying intelligible, do we have to assume that they were referring to what are now called "atoms" and "molecules" (or what they really are, which no one today may know)? (...) Sometimes it is useful to note resemblances and reformulate ideas, sometimes not. (...) Nothing more definite is required to maintain the integrity of the scientific enterprise or a respectable notion of progress towards theoretical understanding» (Chomsky 1995: 44 ss.).

⁶ La deferenza semantica è, però, un fenomeno che va tenuto distinto sia dalla semplice incompetenza linguistica sia dall'uso atecnico e vago di un termine suscettibile di una definizione specialistica più precisa. Se un bambino è incompetente nell'uso della parola "animale" perché la usa per indicare "qualsiasi essere animato peloso" fa un uso scorretto del termine, non un uso deferenziale. L'uso della parola "animale" da parte dei biologi sarà irrilevante per comprendere il riferimento della parola nell'idioletto di quel bambino.

⁷ Sul tema della deferenza verso esperti nel processo per un primo orientamento v. Vázquez 2015; Gascón Abellán 2013 e 2016; Allen e Miller 1993. Segnalo che in Gascón Abellán 2013: 186 si de-

degli esperti” può significare due cose diverse: condizionare alla loro testimonianza il nostro impegno alla verità di proposizioni determinate (deferenza epistemica) o deferire loro anche la determinazione del contenuto proposizionale al quale ci impegniamo quando formuliamo determinati enunciati (deferenza semantica).

Deferenza epistemica. S è epistemicamente deferente verso T nell’affermare u, se condiziona il suo impegno alla verità della proposizione espressa da u alla credenza che T accetti la proposizione espressa da u come vera.

Deferenza semantica. S è semanticamente deferente verso E nell’uso di w, se:

- 1) S si serve di w per riferirsi alla stessa classe di cose a cui E si riferisce servendosi di w;
- 2) S non conosce criteri fondamentali per identificare qualcosa come un’istanza di w.

Credo che distinguere tra queste due forme di deferenza sia utile per precisare i termini del dibattito e per riconoscere la particolare fallacia che l’impiego di concetti deferenziali in un ragionamento giuridico può innescare.

2. L’obbligo di doppia deferenza

Prima di valutare le possibili conseguenze negative della deferenza semantica del giudice, occorre mettere in luce due regole generali di razionalità che un parlante qualsiasi deve rispettare nell’uso deferenziale di un termine. Possiamo chiamare la prima di queste due regole *obbligo di doppia deferenza*.

Obbligo di doppia deferenza. Se S è semanticamente deferente verso E nell’uso del termine w, S può razionalmente impegnarsi alla verità della proposizione espressa dall’enunciato u contenente w, solo se S è epistemicamente deferente verso E nell’affermare u.

In breve: la deferenza semantica presuppone la deferenza epistemica. Se uso un termine in modo deferenziale verso un esperto o una comunità di esperti, per impegnarmi alla verità della proposizione espressa dall’enunciato contenente quel termine dovrò affidarmi alla testimonianza di quell’esperto o di un membro di quella comunità di esperti⁸.

scrive un fenomeno definito dall’autrice “sobrealoración semantica” che potrebbe essere confuso, ma non coincide, con ciò che nella filosofia del linguaggio e in questo articolo va sotto il nome di “deferenza semantica”. Per Gascón Abellán la “sobrealoración semantica” si verifica quando semplicemente il giudice associa i termini usati dagli esperti a *significati errati* e assume che questi significati coincidano con i significati di termini da lui compresi e giuridicamente rilevanti. Si tratta insomma semplicemente del caso del giudice che *non capisce* bene il significato di una perizia e ne trae delle conseguenze che non dovrebbe trarre. Il tema specifico di questo articolo invece è affrontato in Canale 2015.

⁸ Per una formulazione simile di questo stesso principio v. Goldberg 2009: 594.

Consideriamo la seguente proposizione:

So per certo di avere l'(artrite)_E anche se non so che cosa sia.

dove il simbolo (...) _E rappresenta quello che François Recanati chiama “operatore deferenziale” e sta qui ad indicare deferenza semantica verso i medici nell’uso della parola “artrite”⁹. È evidente che posso dire qualcosa del genere senza essere considerato irrazionale solo se un medico affidabile mi ha diagnosticato l’artrite. La credenza che costituisce condizione di sincerità dell’atto linguistico avente il contenuto proposizionale indicato sarà cioè razionale solo se è fondata sul parere di un medico competente sia nell’accertamento dell’artrite sia nell’uso della parola “artrite”. Se cioè il paziente si basa sulla conoscenza del medico per determinare quali siano i criteri che fanno contare qualcosa come riferimento di “artrite” (deferenza semantica circa che cosa significa “artrite”) dovrà necessariamente basarsi sulla sua conoscenza anche per sapere se quei criteri in un caso concreto sono soddisfatti (deferenza epistemica circa il fatto di avere o meno l’artrite)¹⁰.

C’è un senso in cui il parlante deferente nell’uso di un termine non è *incompetente* nell’uso di quel termine. Infatti, pur non potendone individuare in modo autonomo il riferimento può comunque essere capace di servirsi di quel termine in molti contesti conversazionali. Se la deferenza semantica equivallesse alla totale incompetenza linguistica, l’uso deferenziale di una parola sarebbe un comportamento linguistico insensato e completamente inutile. Al contrario, in una società complessa e altamente specializzata, la deferenza semantica può essere indispensabile per beneficiare delle competenze e servirsi delle informazioni che sono rese disponibili

⁹ Recanati 2000b: 270.

¹⁰ Si potrebbe ritenere, come sembra ritenere Dan Sperber, che il parlante che si serve di un termine senza conoscere le sue corrette condizioni di applicazione non possa *davvero* credere nella verità di un enunciato in cui quel termine compare (Sperber 1985: 50). Lo stato mentale che accompagna il proferimento dell’enunciato infatti non potrà essere relativo alla proposizione, e dunque alle condizioni di verità, che l’enunciato esprime. Se sento al telegiornale che la “stagflazione sta minacciando le economie dell’Occidente”, ma non ho idea che cosa sia la stagflazione, lo stato mentale in cui mi troverò non potrà essere relativo alla proposizione che l’enunciato significa nella lingua italiana (esempio di Sperber). Non conoscendo le condizioni di verità dell’enunciato non si può dire che ciò che io, secondo la comune accezione di “credere”, lo creda vero. Infatti, lo stato mentale che acquisisco ascoltando il telegiornale non è, per Sperber, un *atteggiamento proposizionale*, in quanto non riguarda condizioni di soddisfazione determinate. François Recanati ha negato questa tesi (Sperber 1997: 84; Sperber 2000b: 274): anche le credenze con contenuto semanticamente deferenziale, che lui chiama “quasi-credenze” (“quasi-beliefs”), hanno un contenuto proposizionale. Si tratta però di un contenuto proposizionale individuato da condizioni di soddisfazione diverse da quelle che un parlante pienamente competente ascriverebbe all’enunciato. Anche la credenza che qualcosa chiamato “stagflazione” sta minacciando le economie dell’Occidente, è un atteggiamento proposizionale, ma ha carattere metalinguistico: in esso, il riferimento di “stagflazione” è individuato da un modo di presentazione deferenziale, che rinvia al significato di “stagflazione” nell’idoletto degli esperti.

dagli esperti. Per esempio, pur non sapendo quali siano i criteri che fissano il riferimento di “artrite” posso, ottenuta la diagnosi, andare da un farmacista e chiedere un farmaco contro l’“artrite”, posso recarmi nel settore dell’ospedale dedicato alla cura dell’“artrite”, posso pretendere di ottenere delle sovvenzioni statali previste per i lavoratori affetti da “artrite” e così via... Ciò che consente tutto questo è una stretta correlazione tra deferenza semantica e deferenza epistemica. La deferenza epistemica è condizione di sincerità e razionalità dell’atto linguistico assertivo compiuto facendo un uso semanticamente deferenziale di uno o più termini.

Rispetto alla portata di questa regola vanno fatte alcune precisazioni.

Prima precisazione. L’obbligo di doppia deferenza opera solo in un senso. La deferenza semantica presuppone la deferenza epistemica, ma non è vero il contrario. Anche se credo che Giulio Cesare sia stato accoltellato il 15 marzo del 44 a.C. solo perché l’ho letto in un libro di storia, questo non significa che io non sappia esattamente *che cosa significa* che Giulio Cesare è stato accoltellato il 15 marzo del 44 a.C.. Un giudice potrebbe convincersi del fatto che l’imputato Tizio abbia impugnato la pistola solo sulla base di una perizia di un esperto di impronte digitali. Il fatto che tale giudice affermi “Tizio ha impugnato la pistola” solo in virtù di un argomento *ex auctoritate* non significa che egli sia privo di capacità referenziale nell’uso di alcuna delle parole che compaiono in tale enunciato (“Tizio”, “impugnato”, “pistola”).

Seconda precisazione. L’atto linguistico caratterizzato da doppia deferenza ha condizioni di sincerità diverse rispetto a quelle del corrispondente atto linguistico dell’esperto, apparentemente di identico contenuto. Il medico che dice: “Hai l’artrite!” pronuncia questa frase in modo sincero purché creda che ci sia un x tale che tu hai x e x è, in base alle sue conoscenze mediche, artrite. Il parlante semanticamente deferente, invece, pronuncia questa identica frase in modo sincero purché creda che ci sia un x tale che tu hai x e x sia un’istanza di ciò che è chiamato “artrite” dai medici¹¹. In termini fregeani, si può dire che “artrite” nell’idioletto del medico e “artrite” nell’idioletto del parlante deferente, pur avendo un medesimo *riferimento*, hanno un diverso *sensu* o *modo di presentazione del riferimento*. Poiché la parola nell’uso esperto e nell’uso laico hanno comunque lo stesso riferimento, il parlante deferente riesce in molti casi a utilizzarla in modo efficace per comunicare e interagire con esperti.

Terza precisazione. La deferenza semantica è quasi sempre *parziale*. Può essere che io sappia che la parola “artrite” è associata ad un gran numero di criteri dia-

¹¹ Burge 1979: 77-79, da cui riprendo l’esempio della diagnosi medica, sostiene che il paziente che usa la parola “artrite” in modo deferenziale ha la credenza di avere *l’artrite*. In realtà, come osservano Donnellan 1993: 167 e Recanati 2000a: 457, sarebbe più accurato dire che sa di avere *una condizione chiamata “artrite”*: stato mentale con proprietà ben diverse dal punto di vista cognitivo rispetto a quello del medico o del paziente linguisticamente competente nell’uso del termine a cui viene diagnosticata l’artrite.

gnostici e che di questi criteri io ne conosca solo qualcuno. Quando uso la parola “artrite” esprimo la pretesa di impegnarmi anche rispetto ai criteri che non conosco e dunque per poterlo fare razionalmente a rigore dovrei essere anche epistemicamente deferente nei confronti di un soggetto che abbia piena capacità referenziale nell’uso del termine (per verificare se anche i criteri a me ignoti sono soddisfatti nell’ambito della proposizione rispetto alla quale mi sto impegnando). Tuttavia, più sono i criteri diagnostici che conosco più sarò portato a utilizzare la parola in modo autonomo senza timore di sbagliare. Ciò naturalmente implica che la relazione di dipendenza tra i due tipi di deferenza, semantica ed epistemica, deve essere descritta in termini gradualità. Maggiore è il grado di deferenza semantica nell’uso di un termine, maggiore è l’esigenza di essere epistemicamente deferenti per formulare giudizi che facciano uso di quel termine.

Quarta precisazione. La deferenza implicata dalla deferenza semantica è di natura in senso stretto epistemica solo se il termine deferenziale è impiegato in un atto linguistico assertivo (che impegna il parlante alla verità di una proposizione) ma può essere anche di tipo valoriale o prudenziale se il termine è usato in atto linguistico di tipo diverso. Poniamo che io formuli il giudizio che “che tutti gli (schizofrenici)_E siano rinchiusi!”. Poiché l’atto linguistico in questo caso non è un assertivo bensì un direttivo la sua condizione di sincerità non sarà una credenza ma una volontà¹²: la volontà radicata nella convinzione di carattere etico che sia giusto rinchiusi gli (schizofrenici)_E o magari nella convinzione egoistica che i miei interessi sarebbero lesi se gli (schizofrenici)_E fossero a piede libero. In entrambi i casi, se fossi semanticamente deferente nell’uso del termine “schizofrenico”, potrei essere sincero e razionale nel farlo solo fondando la mia convinzione sull’autorità di un diverso soggetto. Autonomamente non potrò mai essere portatore lo stato mentale che costituisce condizione di sincerità dell’atto.

3. Il divieto di traduzione

Una seconda regola di razionalità nell’uso di termini deferenziali può essere chiamata *divieto di traduzione*.

Divieto di Traduzione. Se S è semanticamente deferente verso E nell’uso del termine w , e u_1 è un enunciato contenente w e u_2 è un altro enunciato non contenente w , S non è mai giustificato nel credere che u_1 e u_2 abbiano le stesse condizioni di verità.

¹² Nel lessico normalmente adottato nella teoria degli atti linguistici, si può dire che lo stato mentale che costituisce condizione di sincerità dell’atto avrà una *direzione di adattamento* mondo-mente e non mente-mondo.

Il termine deferenziale non è sinonimo per il parlante deferente di alcun termine non deferenziale. Ciò implica che il parlante deferente non è in grado di tradurre un enunciato espresso con termini deferenziali in un enunciato che non faccia uso di tali termini, e viceversa¹³. Ciò significa anche che alcuni enunciati che per un parlante esperto sono riconoscibili come veri *a priori* (come per esempio l'enunciato "Se Tizio ha l'artrite, allora Tizio ha un problema alle articolazioni"), da parte di parlanti non esperti sono riconoscibili come veri solo *a posteriori*, e sono soggetti perciò all'obbligo di doppia deferenza¹⁴.

Il parlante deferente non è in grado di tradurre il linguaggio deferenziale nel linguaggio non deferenziale perché la credenza che costituisce condizione di sincerità di un atto linguistico semanticamente deferenziale è diversa dalla corrispondente credenza del parlante esperto. Per esempio, il parlante comune che sa di avere l'(artrite)_E e il parlante esperto che sa di avere l'artrite *sanno cose diverse*¹⁵.

Ciò non vuol dire – vale la pena ripeterlo – che la conoscenza custodita dall'enunciato semanticamente deferenziale sia del tutto vuota e inutile. Anzitutto, se un medico mi diagnostica un male di cui non conosco la natura, il fatto di conoscerne almeno il nome mi permetterà di comunicare il fatto di avere questo male ad un secondo medico. Inoltre, dalla credenza di avere l'(artrite)_E potrò desumere di dovermi recare nel reparto dell'ospedale adibito alla cura dell'(artrite)_E o magari di essere un potenziale beneficiario di sgravi fiscali concessi ai lavoratori malati di (artrite)_E eccetera¹⁶.

¹³ Ruth Millikan fa una distinzione che ci può venire utile per chiarire il fondamento di questo principio. Distingue tra due tipi di intensioni che un soggetto può associare, nel suo idioletto, all'uso di un termine: *intensioni a base linguistica* ("language-bound intensions") e *intensioni piene* ("full-bodied intensions"). Le prime sono modi di presentazione del riferimento che dipendono da un criterio metalinguistico; le seconde sono tutte le intensioni che *non* sono a base linguistica (Millikan 2001: 151). Il parlante deferente associa il termine *unicamente* a un'intensione a base linguistica e perciò non è in grado di riconoscere con certezza la coreferenzialità di esso rispetto alcun termine che egli stesso associ a un'intensione a base piena.

¹⁴ Supponiamo che io sia semanticamente deferente nei confronti di mia nonna Fosca nell'uso del termine "piadina". Mia nonna Fosca associa la parola al risultato di uno specifico procedimento di preparazione, una serie di ingredienti, un metodo di cottura eccetera. Io associo la parola a un'infinita pietanza romagnola che mia nonna chiama "piadina". Nell'idioletto di mia nonna, il fatto che se Marina ha mangiato della piadina allora Maria ha mangiato dello strutto è una verità analitica, desumibile dal suo concetto di "piadina". Nel mio idioletto, no. Se acquisisco la conoscenza che Marina ha mangiato piadina, non per questo acquisirò la conoscenza che Marina ha mangiato dello strutto. Tutto ciò, benché piadina nell'idioletto di mia nonna e nel mio indichino esattamente la medesima pietanza (in virtù della mia deferenza nei suoi confronti).

¹⁵ Nel lessico di David Chalmers, si può dire che le due credenze corrispondano a una diversa *intensione epistemica* (Chalmers 2003: 53, 62).

¹⁶ La medicina è un perfetto campo di osservazione del fenomeno per cui a un fatto bruto può essere correlato un insieme di conseguenze istituzionali riconoscibili dalla maggior parte delle persone anche solo grazie alla deferenza verso esperti. Engelhardt sostiene che esistono quattro "linguaggi della medicalizzazione", intendendo con ciò quattro funzioni che il linguaggio medico assume: descrittiva,

Gli enunciati compiuti con deferenza semantica sono dunque dotati di senso e da essi si possono desumere delle utili informazioni. Tuttavia, essi hanno un uso inferenziale più limitato rispetto agli enunciati comuni.

Mentre la mancanza di autonoma capacità referenziale del parlante semanticamente deferente dipende dall'obbligo di doppia deferenza, la sua limitata capacità inferenziale dipende dal divieto di traduzione¹⁷. Il divieto di traduzione non impedisce al parlante deferente di compiere tutte le inferenze possibili da o verso enunciati semanticamente deferenziali, perché non tutte le inferenze presuppongono questo tipo di traduzioni. Dall'enunciato

Nel Reparto R sono ricoverati solo pazienti che hanno l'(artrite)_E.

il parlante deferente potrà desumere che

Se Tizio non ha l'(artrite)_E allora non è ricoverato nel reparto R.

In base all'obbligo di doppia deferenza, la credenza nella verità del primo enunciato potrà essere fondata unicamente sull'opinione di un esperto. La credenza nel secondo enunciato invece deriverà *a priori* dalla credenza nel primo, in quanto non postula la traduzione del termine deferenziale "artrite".

4. La deferenza semantica nel ragionamento giuridico

Vediamo adesso come il fenomeno finora descritto possa influire sul ragionamento deduttivo di un parlante comune, e in particolare sul ragionamento di un giudice chiamato ad applicare una disposizione di legge ad un caso concreto. Supponiamo che Tizio sia imputato in un processo per disastro ambientale. Secondo la tesi accusatoria, le emissioni dell'industria chimica di cui Tizio è amministratore

valutativa, esplicativa e sociale. Quest'ultima consiste principalmente nell'etichettare condizioni corporee come malattie in modo tale da consentire anche ai non esperti di inferire una serie di conseguenze sociali correlate alle nozioni di "malato" e "malattia": «To characterize a patient as sick is not only to say that the patient has a problem that ought to be solved and that the problem can be explained in medical terms. It is also to cast that individual in social roles where certain societal responses are expected» (Engelhardt 1996: 217). Secondo questa ricostruzione i parlanti non esperti pur essendo semanticamente deferenti nella determinazione del riferimento del concetto di (malattia)_E, conservano una sia pur limitata capacità inferenziale, circoscritta alle conseguenze sociali dell'essere (malato)_E. Come vedremo, l'attribuzione di questo ruolo costitutivo al linguaggio tecnico può essere problematico nel contesto del processo, dove la correlazione tra il fatto bruto e le conseguenze istituzionali che gli vengono imputate dovrebbe essere controllabile criticamente dal giudice sulla base di criteri giuridici.

¹⁷ Il primo libro che ha messo a tema la distinzione tra questi due aspetti della competenza lessicale è l'opera principale di Diego Marconi, intitolata appunto *La competenza lessicale* (Marconi 1999: 69-92).

avrebbero causato un danno alla flora e alla fauna di un vicino parco naturale. Il giudice è chiamato a verificare se tali emissioni abbiano determinato l'“alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa”, integrando così la condotta descritta dall'articolo 452quater comma 2 numero 2 del codice penale. In un caso come questo, è molto probabile che il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, nomini un perito. Il giudice potrebbe porre al perito vari quesiti, fondati sulle allegazioni dell'accusa: È vero che le emissioni dell'industria di Tizio uccidono alcuni animali e alcune piante del parco? Quali animali? Quali piante? Secondo quale meccanismo? Eccetera. Il mero fatto che il giudice si rivolga ad un esperto (per rispondere a questa o ad altre simili domande) implica naturalmente una disposizione del giudice ad essere epistemicamente deferente verso di lui: quando nella sentenza affermerà “Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un ecosistema” lo farà almeno in parte fondando il proprio impegno alla verità dell'enunciato sull'identico impegno dell'esperto. In questo, nulla di male: è parte del ruolo istituzionale dell'esperto nel processo che sia trattato come autorità epistemica in questioni di fatto. Che cosa accade però se alla deferenza epistemica, implicita nella richiesta di informazioni all'esperto, si associa anche deferenza semantica nell'uso di alcune parole chiave presenti nello stesso quesito, come per esempio la parola “ecosistema”? Ebbene, in tal caso, il giudice non attribuirà all'esperto unicamente l'autorità di dire se in concreto un ecosistema sia stato alterato, ma anche, assumendo che un ecosistema sia un genere naturale la cui *natura profonda* può essere intesa solo da un professionista specializzato, l'autorità di stabilire che cosa *conti* come “ecosistema”. Il quesito assumerà il seguente significato:

Tizio ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E?

Si configura così una situazione piuttosto bizzarra per cui il giudice assume come autorevole non solo la risposta alla domanda che ha formulato all'esperto, ma in un certo senso anche l'interpretazione della domanda che l'esperto ha presupposto per rispondere. La risposta dell'esperto confluirà nella motivazione della sentenza con il seguente significato:

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Nonostante l'apparente bizzarria del quesito, il fatto che il giudice ne ricavi questa proposizione non rappresenta di per sé alcun problema: non c'è alcuna forma di violazione delle regole del discorso semanticamente deferenziale che abbiamo individuato nei paragrafi precedenti. Il giudice può impegnarsi alla verità di questo enunciato, perché il suo impegno si fonda su un argomento *ex auctoritate*. Può essere sincero e razionale nel parlare di un concetto, quello di (ecosistema)_E, rispetto al quale non ha capacità referenziale, perché è non solo semanticamente, ma anche epistemicamente deferente verso il perito. È dunque rispettato l'obbligo di doppia deferenza.

L'enunciato “Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E”, però, è solo la premessa minore del sillogismo che il giudice deve compiere per giustificare in sentenza la condanna o l'assoluzione di Tizio. Il ragionamento nella sua interezza è il seguente:

Se Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un ecosistema, (non) ha commesso disastro ambientale.

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Tizio (non) ha commesso disastro ambientale.

dove nella premessa maggiore figura la norma¹⁸, ossia un'interpretazione della legge penale fornita dal giudice, che immaginiamo il giudice compia in modo autonomo, *senza l'aiuto dell'esperto*, mentre nella premessa minore figura la descrizione del fatto concreto¹⁹ basata sull'autorità dell'esperto.

Ebbene, qui invece sembra porsi un problema. Sembra, infatti, che in base alla seconda delle due regole di razionalità del discorso semanticamente deferenziale che abbiamo individuato, il divieto di traduzione, il giudice non possa accertare il rapporto di sinonimia tra ecosistema come inteso nella premessa maggiore ed (ecosistema)_E come inteso nella premessa minore. Come fa, infatti, il giudice a sapere che il concetto di ecosistema che figura nella *propria* interpretazione della disposizione coincide con quello che l'esperto chiama “ecosistema”? *A priori*, il giudice non può saperlo. Perciò, il sillogismo giudiziale così inteso è viziato da un'ambiguità lessicale. Ci troviamo di fronte ad una fallacia di equivocazione.

Tuttavia questo è vero solo sul presupposto che il giudice nell'interpretare la di-

¹⁸ Più precisamente: la proposizione espressa da un enunciato che descrive una norma.

¹⁹ Più precisamente: la proposizione espressa dall'enunciato che descrive il fatto rilevante. Dal momento che intendo parlare unicamente dei contenuti proposizionali rispetto ai quali il giudice si deve impegnare per risolvere il caso ho omesso di parlare della cosiddetta *qualificazione giuridica del fatto*. La qualificazione giuridica del fatto non è una terza *proposizione*, diversa dalla premessa in iure e in facto, a cui il giudice deve impegnarsi per concludere un ragionamento giuridico, ma un *processo* finalizzato ad individuare l'antecedente della premessa in iure e la premessa in fatto. L'antecedente del giudizio condizionale che costituisce la premessa maggiore e il giudizio categorico che costituisce la premessa minore, perché il ragionamento funzioni, devono avere un *identico contenuto proposizionale*. Una volta che il giudice ha individuato la proposizione che *se vera* innescherebbe nel caso concreto una conseguenza giuridica, non resta che accertare se effettivamente è vera o no. Naturalmente di fatto l'individuazione di questa proposizione, che ha la duplice proprietà di essere *rilevante* dal punto di vista giuridico e *vera* rispetto al fatto rappresentato, richiede un lungo processo di *trial and error* che coincide essenzialmente con ciò che va sotto il nome di *circolo ermeneutico*. La rappresentazione di questo lungo processo di *trial and error* nello schema che propongo non sarebbe agevole, né – credo – particolarmente utile. Per una descrizione del circolo ermeneutico come processo di *trial and error* cfr. Tuzet 2016: 22. Tuzet osserva che a rigore il punto di arrivo di ogni sequenza di questo procedimento circolare è sempre diverso da quello di partenza: è sempre diversa la proposizione che si ipotizza vera e rilevante: più che di circolo – dice Tuzet – bisognerebbe parlare di *spirale* ermeneutica.

sposizione di legge di serva della parola “ecosistema” in modo non deferenziale. Ma supponiamo che il giudice sia semanticamente deferente anche nella formulazione della premessa maggiore del sillogismo.

Se Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E, (non) ha commesso disastro ambientale.

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Tizio (non) ha commesso disastro ambientale.

In questo caso, il sillogismo, sotto il profilo della validità formale, è ineccepibile. Il problema qui diventa un altro. Se il giudice ragiona in questo modo allora attribuisce all'esperto – magari senza che quest'ultimo neppure se ne renda conto – il compito di stabilire quale sia la nozione di “ecosistema” la cui alterazione costituisce illecito penale. L'individuazione del vero o supposto genere naturale da parte dell'esperto finisce, cioè, per determinare riferimento delle parole del giudice, e nel caso di specie anche l'estensione del bene protetto dalla fattispecie incriminatrice, il bilanciamento tra beni di rango costituzionale quali la libertà d'impresa e la tutela dell'ambiente, eccetera.

Come si è detto, infatti, in base all'obbligo di doppia deferenza, solo una forma di deferenza epistemica può giustificare l'atto linguistico che impegna il parlante rispetto ad un contenuto proposizionale nel quale compaiano concetti semanticamente deferenziali. Ebbene, nella premessa minore, la deferenza epistemica verso l'esperto, presumibilmente un biologo, è giustificata dalla sua particolare competenza in relazione ai fatti descritti dall'atto linguistico, che sono fatti relativi alla flora e alla fauna di un parco naturale. Lo stesso però non si può dire della premessa maggiore. Mentre la premessa minore è costituita da un atto linguistico con cui il giudice rappresenta un fatto empirico alla cui verità l'esperto si è impegnato e nel cui accertamento quest'ultimo ha una specifica competenza, la premessa maggiore è costituita da atto linguistico con cui il giudice ascrive un significato a una disposizione di legge. Perché mai però un giudice dovrebbe essere epistemicamente deferente verso l'esperto, nel caso di specie per esempio un biologo, in materia di interpretazione giuridica? Il giudice non ha alcun buon motivo per ritenere che il perito abbia le risorse intellettuali per assicurare che il legislatore intendesse²⁰ per “ecosistema” ciò che egli stesso, nella sua descrizione del fatto concreto, ha chiamato “ecosistema”.

²⁰ Parlo di intenzione del legislatore solo per semplicità. Non voglio, con questo, prendere posizione per affermare che i testi giuridici debbano essere necessariamente interpretati in base alle intenzioni dei loro autori. Quale che sia il canone ermeneutico giuridicamente corretto, non c'è *a priori* nessuna buona ragione per ritenere che l'esperto lo conosca o intenda presupporlo nel momento in cui dà una descrizione dei fatti.

Anche se ammettessimo che l'atto linguistico con cui il giudice ricava una norma da una disposizione fosse un atto linguistico assertivo, ossia un atto linguistico con cui il giudice si impegna a dichiarare una qualche forma di verità (relativa al significato di quella disposizione o alle intenzioni di chi l'ha redatta, e non un atto linguistico con cui il giudice si limita a ordinare qualcosa), naturalmente si tratterebbe di una verità che ha poco a che vedere con quelle della biologia, e rispetto alla quale non ha alcun senso essere epistemicamente deferenti verso un biologo²¹. Non è affatto detto che la competenza lessicale dello scienziato sia sufficiente per determinare la portata dell'espressione nel contesto di quella specifica disposizione giuridica.

Per dire questo, non occorre presupporre alcuna specifica teoria normativa dell'interpretazione. Basta rilevare che le parole mutano significato in base al contesto del loro uso²². Buona parte della capacità di comprensione di una parola in un testo giuridico deriva dalla conoscenza del suo contesto: disposizioni correlate o sovraordinate, disposizioni in materia di interpretazione, storia del diritto, dottrina, giurisprudenza e così via. Come scrive Bice Mortara Garavelli 2001: 11, «[è] l'atto (o, se si preferisce, il gioco) linguistico del "ridefinire" il principale responsabile della condizione tipica del linguaggio giuridico: il riuso specialistico di termini del linguaggio ordinario». Per capire il significato della parola "ecosistema" nel conte-

²¹ Se ricostruissimo l'atto linguistico con cui il giudice enuncia la premessa maggiore come un direttivo (immaginiamo si tratti di un giudice radicalmente giusrealista), il problema sarebbe forse ancora più grave. Il giudice in questo caso riterrebbe che il testo di legge non lo vincoli nella soluzione del caso ed esprimerebbe con le sue parole la pretesa di esercitare un ruolo politico, o comunque pienamente decisivo e discrezionale. Nel contempo accetterebbe di affidare il risultato del proprio giudizio, anziché a considerazioni di carattere etico o prudenziale, unicamente alla circostanza che, in base a criteri a lui sconosciuti, l'esperto sia stato disposto a descrivere il contegno di Tizio come "alterazione di un ecosistema". In questo modo, di fatto il giudice affiderebbe al caso il risultato del proprio giudizio, frustrando anche il senso di compiere un accertamento di fatto. Se ogni interpretazione di "ecosistema" può andar bene ai fini giuridici, perché mai verificare che proprio ciò che è chiamato "ecosistema" da un esperto è stato alterato? Perché non assumere un concetto che renda l'accertamento della violazione o meno della norma più semplice? Non conoscendo i criteri di determinazione del riferimento utilizzati dall'esperto, il giudice perderebbe un controllo effettivo sul risultato e il fondamento della sua decisione. Si comporterebbe come il famoso giudice Brigliadoca di Rabelais che decide i casi tirando dei dadi.

²² In proposito si può prendere in prestito un famoso esempio di Wittgenstein 1964: § 70. Supponiamo che io sia un baby sitter e il papà dei bambini a cui devo badare mi dica "mentre sono via, mostra ai bambini un gioco" e supponiamo che io insegni ai bambini a giocare d'azzardo. È perfettamente possibile che il papà, al suo ritorno, mi dica "non intendevo quel tipo di gioco!" e questo benché sia innegabile che il gioco d'azzardo, astrattamente, sia un gioco. "Gioco" è una parola che può significare molte cose, dal cricket al gioco di ruolo erotico, dal *Monopoly* alla roulette russa. Per ricostruire il significato alle parole del genitore che un babysitter intende ricostruire, nell'ambito del gioco linguistico in questione, non sarà però sufficiente sapere che cosa significa "gioco" in italiano. Occorrerà valutare il contesto e l'intento alla base dell'uso di quelle parole. L'interpretazione dell'enunciato perciò è un'impresa epistemica che non richiede unicamente una astratta competenza lessicale nell'uso delle parole in esso utilizzate.

sto dell'articolo 452 quater del codice penale perciò potrebbe essere necessario fare considerazioni basate su dati che l'esperto ignora: per esempio, il fatto che, prima dell'introduzione di quell'articolo, il disastro ambientale fosse già punito come disastro innominato, e fosse stato oggetto di una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale...

Peraltro, in un caso del genere, l'esperto nel dire che vi è o non vi è stata alterazione di un "ecosistema" si impegna unicamente a fornire, nel proprio linguaggio, una descrizione dei fatti. Non si impegna alla validità della premessa maggiore che sarebbe necessaria per considerare quella descrizione dei fatti giuridicamente rilevante: non fa parte delle sue intenzioni dire che ciò che per la legge è "ecosistema" coincide con l'accezione di ecosistema da lui adoperata per la descrizione del fatto. Fondare la qualificazione giuridica su un appello all'autorità dell'esperto, cioè, sarebbe sbagliato soprattutto perché l'esperto normalmente non intende giocare alcun ruolo nell'interpretazione della legge.

Naturalmente può anche darsi che sia sostenibile sul piano giuridico ascrivere al legislatore la volontà di riferirsi al concetto biologico di "ecosistema" nella sua accezione tecnica, conosciuta dal biologo e ignorata dal giudice. In questo caso, potrebbe essere sensato per il giudice farsi aiutare dal biologo per comprendere l'esatta portata applicativa della disposizione. Per accertare la legittimità di questa interpretazione *tecnica* della parola "ecosistema", tuttavia, il giudice dovrebbe *acquisire* il concetto tecnico di ecosistema e valutarne le conseguenze sistematiche, quantomeno nella misura in cui la sua applicazione al caso di specie sia controversa in sede processuale²³. Il giudice, cioè, non potrebbe limitarsi a chiedere al biologo

²³ In alcuni ordinamenti è prevista un'espressa disposizione che impone ai giudici di interpretare i termini tecnici di scienze o discipline specialistiche impiegati dal legislatore con il significato che ad essi è attribuito in quelle scienze o discipline (cfr. per esempio, l'articolo 19 del codice civile dell'Uruguay). Tuttavia, il fatto che il legislatore stesso sia semanticamente deferente nell'uso di un termine, al momento della stesura di una disposizione, non vuol dire che una medesima deferenza da parte del giudice sia giustificata. Lo si capisce facendo un esempio di fantasia. Supponiamo che la Zecca sia obbligata per legge a comprare e vendere quantità illimitate di oro a prezzo fisso. Molti cittadini hanno fatto affidamento su questa norma per decidere come gestire i propri risparmi. Un bel giorno si diffonde la notizia che il metodo di identificazione dell'oro adottato da chimici è stato rivoluzionato totalmente. I chimici si sono accorti che ciò che in base al vecchio test (test 1) veniva identificato "oro" in realtà non è necessariamente oro. In base ad un nuovo, più sofisticato test (test 2), si scopre che nel 20% dei casi il vecchio test classificava come oro sostanze superficialmente simili all'oro, che chimicamente - assicurano gli esperti - non sono oro. Gli scienziati cominciano a chiamare queste diverse sostanze para-oro. La Zecca quindi comincia a rifiutare di cambiare in denaro il para-oro. Un gruppo di risparmiatori intenta una *class-action* contro la Zecca, lamentando il fatto che il loro para-oro non sia stato convertito in denaro. Sostengono che non c'è alcun motivo per ancorare la nozione di oro al test 2, inesistente al momento in cui la norma era stata creata, mentre sarebbe corretto in base al principio di legalità considerare che il legislatore abbia fatto riferimento a una nozione ampia di oro che include il para-oro e quindi considerare il test 1 l'unico rilevante dal punto di vista giuridico. Il giudice in questo caso non potrebbe limitarsi a deferire la questione a un chimico, ma dovrebbe con l'aiuto di un chimico

se ciò che Tizio ha alterato è un ecosistema oppure no, ma dovrebbe formulare un quesito circa la portata lessicale del termine “ecosistema” nel linguaggio della biologia. Ciò però non potrebbe in alcun modo esaurire il lavoro interpretativo richiesto al giudice. Per esempio, il giudice potrebbe doversi domandare: questa nozione tecnica di “ecosistema” individua un bene giuridico meritevole di tutela sotto il profilo costituzionale? O invece una ricostruzione della norma in questi termini finisce per criminalizzare anche comportamenti in concreto inoffensivi ponendosi così in contrasto con il principio di necessaria lesività desumibile dagli artt. 3, 13, 25 cpv. e 27 Cost.? Per poter rispondere a queste e altre simili domande il giudice dovrebbe cessare di usare il termine “ecosistema” in modo deferenziale e acquisire il corrispondente concetto tecnico.

Va sottolineato, comunque, che nella pratica è molto raro che si assegni esplicitamente questo ruolo ermeneutico ai periti, formulando espressamente quesiti relativi al significato di termini impiegati dal legislatore. Non è raro invece che il giudice si limiti a porre all’esperto domande che sembrano riguardare solo la questione di fatto e che solo in modo indiretto finiscono per incidere sulla soluzione della questione di diritto. In processi per reati ambientali, per esempio, non è inusuale che un giudice possa chiedere ad un perito se – poniamo – dallo stabilimento della società degli imputati «si diffondano gas, vapori, sostanze aeriformi e sostanze solide (polveri ecc.) contenenti *sostanze pericolose per la salute*»²⁴. È evidente che la nozione di “sostanza pericolosa per la salute” è suscettibile di varie interpretazioni che avranno una chiara incidenza sulla portata applicativa del reato ambientale in questione. Un giudice virtuoso perciò non dovrebbe formulare un quesito di questo tipo senza assicurarsi che le nozioni di “pericolo” o “salute” presupposte dal perito siano adeguate al contesto normativo dell’accertamento. È irrazionale trattare l’individuazione dei criteri che definiscono il riferimento di “pericolo per la salute” come questione di fatto di carattere tecnico, assolutamente indipendente dal problema dell’interpretazione del diritto applicabile.

L’esempio finora discusso sembra suggerire che il fenomeno in questione possa verificarsi solo quando il quesito posto dal giudice si serve di certe parole chiave presenti nella disposizione, che il giudice non vuole o non sa interpretare in modo autonomo. Tuttavia, non necessariamente è così.

Il giudice potrebbe ritenere di mantenere il controllo interpretativo sulla disposizione e tradurla, sulla base di una serie di considerazioni proprie, fondate per esempio sulla *ratio legis*, in una formulazione più precisa, dove però ricorre un ter-

(e probabilmente anche di un economista!) valutare le conseguenze giuridiche di applicare un test o l’altro. Poco importa che i parlamentari che hanno redatto la disposizione applicabile abbiano usato la parola “oro” in modo deferente verso la chimica. Questo non significa che questa stessa deferenza sia giustificata da parte del giudice.

²⁴ Il quesito è tratto da una delle perizie compiute nell’ambito della vicenda ILVA: G.i.p. di Taranto n. 5488/10 - 5821/10.

mine usato in modo semanticamente deferenziale²⁵. In casi come questi, il giudice viola il divieto di traduzione. Per esempio, il giudice in un processo per lesioni potrebbe interpretare l'espressione legislativa «malattia del corpo o della mente», in accordo con la Corte di Cassazione come «una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica» (Cass. Sez. IV pen. 47265/2012) assumendo però “funzionalità” nel senso di (funzionalità)_E sul presupposto che se non il termine di “malattia” almeno il termine “funzionalità” corrisponda ad un genere naturale che l'esperto deve avere l'autorità di descrivere. A questo punto domanderà all'esperto se, per esempio, il farmaco somministrato dall'imputato abbia determinato delle una riduzione apprezzabile di (funzionalità)_E nella mente o nel corpo della persona offesa, e si accontenterà della sua risposta quale che sia la definizione della parola che l'esperto abbia presupposto per rispondere.

Esistono diversi fattori che possono spingere il giudice ad usare il suo linguaggio in modo semanticamente deferenziale verso gli esperti.

In primo luogo, un larvato essenzialismo metafisico da parte del giudice: l'idea che in natura si diano enti (malattie, ecosistemi, funzioni...) con proprietà oggettive che possono essere accertate e descritte dalla scienza in uno e un solo modo. (Anche se fosse vero, ciò non dovrebbe necessariamente avere conseguenze sull'interpretazione del diritto, perché non è affatto detto che sia opportuno postulare la conoscenza da parte del legislatore dell'ontologia rivelabile dalla scienza, o comunque una salienza etico-giuridica di tale ontologia).

In secondo luogo, la difficoltà per ogni esperto di trasmettere le proprie conoscenze senza servirsi di un linguaggio tecnico. Come è stato osservato, il linguaggio di ogni disciplina presuppone delle scelte ontologiche che ritagliano il mondo in un certo modo e il valore di verità delle proposizioni espresse in quel linguaggio dipende da queste scelte ontologiche (Ludwig 2016: 1255). Perciò, per un perito è assai arduo tradurre la descrizione scientifica di un fatto in linguaggio comune *salva veritate*. (Solo se questo accade, però, il giudice sarà in grado di valutare in modo autonomo e consapevole la rilevanza giuridica di tale descrizione).

In terzo luogo, la volontà del giudice di sgravarsi di lavoro e responsabilità decisoria. Il giudice può essere portato a presentare il problema dell'individuazione dei criteri che fissano il riferimento di parole chiave del suo stesso discorso come una questione di fatto, di competenza esclusiva del perito, al fine di far apparire più circoscritto il proprio onere motivazionale *in iure*. Ad esempio, è possibile che il giudice chieda al perito psichiatrico se l'imputato, nel momento in cui accoltellava la moglie, avesse “il (controllo)_E delle proprie azioni” oppure a se la condotta de-

²⁵ È il fenomeno che Damiano Canale, nella sua teoria delle norme opache, ha definito opacità sopravvenuta della norma: «la norma viene opacizzata poiché il giudice sceglie di attribuire ad essa un contenuto che egli non è in grado di padroneggiare sotto il profilo inferenziale» (Canale 2014: 113).

littuosa sia dipesa da una “condizione (patologica)_E del suo cervello” utilizzando le espressioni tra virgolette in modo implicitamente deferenziale nei confronti dell’interlocutore. Il giudice argomenterà così la sussistenza o meno di “controllo delle proprie azioni” da parte dell’imputato o la dipendenza o meno della sua condotta da una “condizione patologica” unicamente sulla base di un argomento *ex auctoritate*. Questo argomento da un lato gli consentirà di presentare la propria affermazione come supportata dalla scienza e dall’altro lo esimerà dall’ingrato compito di spiegare che cosa sia “il controllo delle proprie azioni” penalmente rilevante e in definitiva quindi di chiarirsi e chiarire ai consociati in che cosa esattamente consista la colpevolezza penale, questione pericolosamente connessa con temi filosoficamente spinosi come quello del libero arbitrio²⁶. Di fatto, l’errore di ragionamento in questione si tradurrà nella sentenza in un *deficit* motivazionale in punto di diritto.

Questo fenomeno rappresenta una minaccia per il principio di legalità. Se per esempio le condizioni di applicazione della capacità di intendere e volere sono fatte dipendere da una nozione deferenziale di “patologia mentale”, trattata in sede giuridica come una sorta di *black-box*, ciò significa che gli effettivi criteri alla base della sanzione penale, risulteranno sottratti al dibattito giuridico e politico: non figureranno nelle motivazioni delle sentenze, non saranno oggetto di un controllo di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione, alla Corte Costituzionale o alla Corte europea dei diritti dell’uomo, e muteranno secondo dinamiche disomogenee²⁷ e incontrollabili dal Parlamento.

Maggiori saranno i margini di deferenza nell’applicazione di una determinata disposizione maggiore sarà il rischio che rilevanti questioni di diritto siano erronea-

²⁶ Anche Michel Foucault 2012: 17 ss. ha sostenuto che lo psichiatra è spesso convocato nel processo per discriminare la volontà colpevole («l’illégalisme du désir») dalla volontà malata («la déficience du sujet») senza che il giudice gli fornisca alcun effettivo criterio giuridico per distinguere l’una dall’altra. L’imputato viene ridescritto nelle perizie secondo categorie psichiatriche che – dice Foucault – collocano l’infrazione in una regione di indiscernibilità giuridica. La perizia assume il ruolo di presentare la punizione come scientificamente giustificata senza che in realtà i criteri di attribuzione di responsabilità siano mai veramente giustificati da qualcuno nel contesto del processo. La sorte dell’imputato è dunque affidata un potere punitivo adespota che opera con criteri propri, non controllati in realtà né dallo psichiatra né dal giudice: «un type de pouvoir qui finalement débouche sur la scène théâtrale du tribunal, en prenant appui, bien sûr, sur l’institution judiciaire et sur l’institution médicale, mais qui, en lui-même, a son autonomie et ses règles» (Foucault 2012: 27).

²⁷ La capacità di intendere e volere è un buon esempio di questo fenomeno perché, come ha notato Giovanni Fiandaca (Fiandaca 2005: 20), il pluralismo scientifico nella definizione delle malattie mentali fa sì che uno stesso comportamento possa essere punito oppure no a seconda del tipo di esperto che è stato convocato. Peraltro, la concezione di malattia di un neurologo, di uno psichiatra, uno psicanalista lacaniano, o uno psicologo sistemico, behaviorista o gestaltico è diversa in quanto sono diversi gli interessi esplicativi alla base delle varie teorie di riferimento. La selezione di una accezione o un’altra di malattia in sede psicologica e psichiatrica non dipende tanto da una varietà di opinioni su chi debba essere punito o su chi debba essere considerato responsabile delle proprie azioni, ma di regola dal problema di chi debba o possa essere curato.

mente presentate come questioni di fatto e che la loro soluzione sia sottratta ad un controllo effettivo da parte delle istituzioni politiche e giurisdizionali²⁸.

5. Un esempio concreto

Dopo questa schematica e astratta spiegazione del problema, può essere utile darne un esempio pratico tratto da un processo reale: *Davis v. Davis v. King*, caso americano degli anni ottanta, che ha suscitato un certo interesse nella letteratura bioetica e biogiuridica statunitense²⁹. Questi i fatti: il signore e la signora Davis, marito e moglie, ricorrono a fecondazione *in vitro* per avere dei figli, ma decidono di divorziare prima che gli embrioni siano impiantati; la signora Davis chiede al giudice la custodia degli embrioni, il signor Davis si oppone. Secondo il signor Davis, se un bambino non è ancora nato, non si può chiederne la custodia. L'impianto degli embrioni costituirebbe violazione del diritto del signor Davis di non riprodursi. Dinanzi alla *Circuit Court* di Blount County Tennessee, presieduta dal giudice Young, vengono consultati diversi esperti per determinare quale fosse il grado di sviluppo degli ovuli fecondati, crioconservati e fino a quel momento custoditi da un terzo (il dottor Ray King del *Fertility Center of East Tennessee*). Nella sentenza, il giudice spiega in questo modo il ruolo attribuito agli esperti nel dirimere la controversia tra i coniugi Davis.

Mr. and Mrs. Davis participated in the IVF program, both before and after the employment of the cryopreservation technique, for one purpose: to produce a human being to be known as their child. [...] [I]t must be determined from the proof whether Mr. and Mrs. Davis accomplished their intent. That determination is to be made by the

²⁸ Timothy Endicott (1998: 293) sottolinea che alcune domande cui l'applicazione di una disposizione giuridica impone di rispondere non esprimono, astrattamente considerate, né questioni di diritto né questioni di fatto. La domanda "Brutus ha insultato Cliff agli effetti del Public Order Act durante la partita di tennis?" ad esempio rappresenta quella che Endicott chiama una "question of application", che può dover essere *trattata* come questione di diritto o di fatto a seconda che il diritto stesso richieda di trattarla in un modo o nell'altro. Si può anche più semplicemente dire che una domanda come questa presenta una questione di fatto o diritto a seconda di come la si interpreta. Sarà una questione di fatto se chi la pone assume come non problematica la nozione di "insulto" agli effetti del Public Order Act e ignora invece che cosa è successo durante la partita di tennis. Sarà una questione di diritto se chi la pone sa esattamente ciò che Brutus ha detto o fatto a Cliff durante la partita di tennis e vuole sapere invece se quel comportamento deve essere considerato un "insulto" ai sensi del Public Order Act. La domanda "Ha Tizio alterato un equilibrio di un ecosistema?" porrebbe una mera questione di fatto al perito chiamato a risolverla se giudice e perito fossero già d'accordo su unica nozione di "equilibrio di un ecosistema" e il giudice volesse servirsi di questa nozione condivisa per apprendere attraverso le parole del perito quale siano stati gli effetti del comportamento di Tizio. Se il giudice è semanticamente deferente, però, questo accordo non ci può essere.

²⁹ Cfr. in particolare Overall 1995, Robinson 1995, Simon 1991 e Menikoff 2002: 414 ss.

answer to the most poignant question of the case: When does human life begin? To answer this question, several additional questions must first be asked and answered, based on the record in this case: Are the embryos human? Does a difference exist between a preembryo and an embryo? *Are the embryos beings? Are the embryos property that may become human beings?* (Corsivi aggiunti).

Il giudice, dunque, spiega che sia compito degli esperti è determinare se gli ovuli fecondati crioconservati costituiscono un separato essere umano vivente. La sentenza dà meticolosamente conto della discussione tra gli esperti sulla distinzione tra embrioni e come pre-embriani. Il dottor King (custode degli ovuli) e i dottori Shivers e Robertson identificano tre fasi di sviluppo dell'ovulo fecondato: zigote, pre-embrione, embrione. Gli ovuli fecondati della signora Davis si troverebbero in questo secondo stadio. A loro modo di vedere, il pre-embrione non può essere considerato un essere umano «because he or she has no (observable) organs or nervous system, no body parts». Il dottor Lejeune è in disaccordo. Quella tra pre-embrione ed embrione sarebbe una falsa distinzione: «upon fertilization, the entire constitution of the man is clearly, unequivocally spelled-out, including arms, legs, nervous systems and the like; that upon inspection via DNA manipulation, one can see the life codes for each of these otherwise unobservable elements of the unique individual». Il giudice finisce per dar ragione al dottor Lejeune, notando che la parola “pre-embrione” non compare in alcuno dei dizionari e delle enciclopedie che la Corte ha avuto modo di consultare, ma solo nelle *American Fertility Society Guidelines*. Non si tratta insomma di una nozione scientifica, ma una mera definizione stipulativa nell'ambito di un testo normativo privo di autorità nel caso di specie.

The Court finds and concludes that the guidelines of the AFS do not serve as authority for this Court in making a determination of whether the seven human embryos in question are human beings, and concludes the term “preembryo” has arisen in this suit primarily because the AFS Committee chose that term to avoid the confusion for the purposes of its own guidelines. The Court has made a thorough search of encyclopedias and dictionaries of which the Court may take judicial notice and the Court can nowhere find the word “preembryo” defined nor can the Court find even a reference to that term. Careful scrutiny of the testimony and an exhibit at the trial gives the Court even greater assurance that the term “preembryo” serves as a false distinguishing term in this case.

Il giudice si basa dunque sull'opinione dell'esperto Lejeune («an eminently qualified Medical Doctor, Doctor in Science, Professor of Fundamental Genetics and recognized throughout the world in his specialty, Human Genetics») per concludere che gli ovuli fecondati sono effettivamente embrioni e in quanto tali esseri umani viventi. Il giudice sottolinea che secondo il parere conforme di tutti gli esperti il mancato impianto entro due anni degli embrioni congelati ne determinerebbe la

morte, ragione in più per ritenere che si tratti *già* di esseri umani viventi («in order to die one must first live»); dunque è opportuno, in base alla dottrina del “best interest of the child”, che gli embrioni siano affidati alla signora Davis, affinché possa procedere all’impianto nell’utero. Infatti, osserva il giudice, l’interesse degli embrioni («children *in vitro*») non può che essere quello di avere almeno la speranza di rimanere in vita piuttosto che morire. Mai nella sentenza viene però apertamente affrontato il problema veramente rilevante: qual è la nozione di essere umano rilevante ai fini dell’applicazione della dottrina del “best interest of the child”? E perché? In che senso, per esempio, degli ovuli fecondati privi di cellule nervose possono essere considerati portatori di “interessi”?

Christine Overall, in un suo commento alla sentenza, osserva che il giudice incorre in una sorta di fallacia *ad verecundiam*: commette l’errore di attribuire alla testimonianza del dottor Lejeune autorevolezza in un campo, quello normativo, ben diverso rispetto a quello in cui è esperto («Judge Young draws extensively upon the testimony of Jerome Lejeune, described as a world-recognized expert in human genetics. No claim is made that Lejeune possesses any special ethical expertise», Overall: 179). Per altro verso, secondo Overall, l’errore del giudice può essere interpretato anche come una forma di equivocazione: un indebito salto logico tra la nozione biologica di essere umano vivente e la nozione normativa di persona, intesa come centro di imputazione di diritti («Young’s use of the term ‘human’ involves an unaware equivocation: He assumes that to say that a living entity is human, a species classification, is equivalent to saying that it is a person, a moral classification», Overall: 180).

6. Conclusioni

Il giudice deve capire il significato dei quesiti che pone all’esperto. In caso contrario, si pone nella condizione di non poter valutare in modo autonomo la rilevanza giuridica dei fatti accertati. E non può essere l’esperto a dire al giudice qual è il diritto applicabile ad un caso di specie. È normale, cioè, che un giudice si affidi ad esperti per la determinazione del valore di verità dei certe proposizioni, proposizioni che il diritto assume come giuridicamente rilevanti: per esempio, per sapere se Tizio ha compiuto o non ha compiuto una determinata azione illecita ϕ . Ma il giudice non può ragionevolmente affidarsi all’esperto per determinare quali siano le proposizioni che, se vere, assumerebbero rilevanza giuridica: per esempio, per stabilire se l’azione che incriminerebbe Tizio, qualora l’avesse compiuta, sia ϕ o ψ . Se il giudice è semanticamente deferente, perde il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto accertato.

Non è illegittima la deferenza epistemica verso chi accerta la fattispecie concreta: è normale che un giudice possa epistemicamente deferente in punto di fatto

verso degli esperti. Il problema sorge quando alla deferenza epistemica si associa quella semantica. Il giudice in tali casi non disporrà delle risorse linguistiche per sussumere razionalmente il fatto nella norma. Se il giudice dà una descrizione deferenziale del fatto concreto nel sillogismo giudiziale è perché sta commettendo una di due fallacie:

Fallacia di equivocazione. È la fallacia formale in base alla quale in un ragionamento deduttivo un medesimo termine utilizzato nella premessa maggiore e nella premessa minore assume un significato diverso. Il sillogismo appare così corretto solo grazie ad un'ambiguità lessicale.

Fallacia ad verecundiam. È la fallacia informale che consiste nell'invocare una credenza dell'esperto per presentare come fondata una conclusione estranea all'area di competenza dell'esperto (Walton 1997: 234 ss.).

La deferenza semantica nella premessa minore può determinare equivocazione in quanto, *in base al divieto di traduzione*, un termine utilizzato in modo semanticamente deferenziale non è, nell'idioletto di un parlante non esperto, sinonimo di alcun termine utilizzato in modo non semanticamente deferenziale.

Se p allora q

(p)_E

dunque: q.

Il giudice non sarà dunque in grado di mettere in relazione il termine deferenziale che ricorre nella descrizione della fattispecie concreta con una *propria* interpretazione del diritto applicabile. Se il giudice non vuole incorrere in equivocazione, deve rinunciare a interpretare il diritto e adottare una premessa maggiore in cui il termine è associato ad un concetto semanticamente deferenziale.

Se (p)_E allora q

(p)_E

dunque: q.

Tuttavia, *in base all'obbligo di doppia deferenza*, il parlante può impegnarsi rispetto all'enunciato in cui ricorre il termine semanticamente deferenziale solo in base ad un argomento *ex auctoritate*. Il giudice perciò potrebbe determinare il valore di verità della premessa maggiore solo affidandosi all'autorità epistemica dell'esperto. Ma l'esperto chiamato coadiuvare il giudice nell'accertamento del fatto non è di regola un esperto di diritto, o comunque non intende operare nel processo in quanto tale. Se il giudice fa gravare su di lui il compito di determinare l'identità della fattispecie rilevante, incorre in una fallacia *ad verecundiam*.

Bibliografia

- Allen, R. J. e Miller, J. S. (1993). *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, «Northwestern University Law Review», 87, 4, 1131-1147.
- Burge, T. (1979). *Individualism and the Mental*, «Midwest Studies in Philosophy», 4, 73-121.
- Canale, D. (2015). *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, «Rivista di filosofia del diritto», 4, 3 (numero speciale), 93-123.
- Chalmers, D. (2003). *The Nature of Narrow Content*, «Philosophical Issues», 13, 1, 46-66.
- Chomsky, N. (1995). *Language and Nature*, «Mind. New Series», 104, 1-61.
- Donnellan, K. (1993). *There Is a Word for that Kind of Thing: An Investigation of Two Thought Experiments*, «Philosophical Perspectives», 7, 155-171.
- Eco, U. (1975). *Trattato di semiotica generale*, Milano, Bompiani.
- Endicott, T. (1998). *Questions of Law*, «Law Quarterly Review», 114, 292-321.
- Engelhardt, H. T. (1996). *The Foundations of Bioethics. Second Edition*, New York, Oxford University Press.
- Fodor, J. (1994). *The Elm and the Expert: Mentalese and Its Semantics*, Cambridge (USA), MIT Press.
- Foucault, M. (2012). *Les anormaux. Cours Année 1974-1975*, Paris, Gallimard.
- Fiandaca, G. (2005). *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, «Diritto & questioni pubbliche», 5/2005, 7-23.
- Gascón Abellán, M. (2013). *Prueba científica. Una mapa de retos*, in Vázquez, C. (cura di), *Estándares de prueba y prueba científica*, Barcellona, Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2016). *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, «Doxa», 39, 347-365.
- Goldberg, S. (2009). *Experts, Semantic and Epistemic*, «Noûs», 43, 4, 581-598.
- Ludwig, D. (2016). *Ontological Choices and the Value-Free Ideal*, «Erkenntnis», 81, 6, 1253-1272.
- Marconi, D. (1999). *La competenza lessicale*, Bari, Laterza.
- Menikoff, J. (2002). *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington, Georgetown University Press.
- Millikan, R. G. (2001). *Language, Thought and Other Biological Categories*, Cambridge (USA), MIT Press.

- Mortara Garavelli, B. (2001), *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi.
- Origgi, G. (2005). *What Does it Mean to Trust In Epistemic Authority?*, URL: <<http://doi.org/10.7916/D80007FR>> (ultimo accesso: Maggio 2019).
- Overall, C. (1995). *Frozen Embryos and "Fathers' Rights": Parenthood and Decision-Making in the Cryopreservation of Embryos*, in Callahan, J.C. (ed.), *Reproduction, Ethics, and the Law. Feminist Perspectives*, Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press, 178-195.
- Putnam, H. (1975), *The Meaning of 'Meaning'*, in Id., *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 215-271.
- Putnam, H. (2013). *The Development of Externalist Semantics*, «Theoria», 79, 3, 192-203.
- Recanati, F. (1997). *Can We Believe What We Do Not Understand?*, «Mind and Language», 12, 1, 84-100.
- Recanati, F. (2000). *Deferential Concepts. A Response to Woodfield*, «Mind and Language», 15, 4, 452-464.
- Recanati, F. (2000). *Oratio Obliqua, Oratio Recta. An Essay on Metarrepresentation*, Cambridge (USA), MIT Press.
- Robison, W.L. (1995). *Frozen Embryos and Frozen Concepts* in Humber, J.L. e Altmender, R.F. (eds.), *Bioethics and the Fetus. Medical, Moral and Legal Issues*, New York, Springer, 59-88.
- Sacchi, E. (2013). *Linguaggio e pensiero. Una introduzione alla teoria del contenuto*, Napoli, Liguori.
- Searle, J.R. e Vanderveken, D. (1988). *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Simon, M.S. (1991). *'Honey, I Froze the Kids': Davis v. Davis and the Legal Status of Early Embryos* «Loyola University Chicago Law Journal», 23, 1, 131-154.
- Sperber, D. (1985). *On Anthropological Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*, Barcellona, Marcial Pons.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli
- Walton, D. (1997). *Appeal to Expert Opinion. Arguments from Authority*, University Park, Penn State Press.
- Witgenstein, L. (1967). *Ricerche filosofiche*, tr. it. di M. Trinchero, Torino, Einaudi.

La balanza inexistente

*Pierluigi Chiassoni**

Resumen

El escrito se propone proporcionar un análisis de algunas hojas en la presente “edad de la ponderación”. La primera parte dibuja un aparato terminológico y conceptual para acercarse al fenómeno ponderación manteniendo la oportuna distancia reflexiva. La segunda parte utiliza el aparato para desarrollar una reconstrucción crítica de tres episodios: la “doctrina Aleinikoff”, quizás el primer constitucionalista a oponerse al ponderacionismo; la propuesta especificacionista de J.J. Moreso; el debate entre Manolo Atienza, defensor estrenuo de un ponderacionismo de corte alexyano, por un lado, y Juan Antonio García Amado, sostenedor de un radical interpretacionismo anti-ponderativo, por el otro.

Palabras clave: Ponderación. Principio axiológico. Ponderacionismo. Especificacionismo. Interpretacionismo no-ponderativo.

Abstract

The paper purports to provide a detached analysis of a few pages in the history of the present “age of balancing”. The first part, devoted to the conceptual problem, provides the outline of a terminological and conceptual apparatus concerning the balancing phenomenon. The second part puts that apparatus to work in view of carrying out a critical presentation of three episodes: the “Aleinikoff doctrine”, perhaps one of the first examples of vigorous reaction against balancing theories; the balancing-as-specification theory advocated by J. J. Moreso; the debate between Manuel Atienza, a staunch balancing theorist, on the one hand, and Juan Antonio García Amado, supporting a no-balancing, interpretivist approach, on the other hand.

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, pierluigi.chiassoni@unige.it. Versión revisada de la ponencia presentada para el seminario “Problemas de interpretación de normas sobre derechos humanos”, Corte Suprema de la Nación, Ciudad de México, 9 de septiembre de 2016.

Keywords: Balancing. Axiological principle. Balancing theories. Specification theories. Non-balancing interpretivism.

«We are balancing and compromising and adjusting
every moment that we judge»

B. N. Cardozo¹

1. Algunos problemas para una teoría de la ponderación judicial

Sola, o en relación con el principio de proporcionalidad, la ponderación es hoy en día un componente sobresaliente en las prácticas decisionales, sea de los jueces constitucionales que operan en los estados de derecho contemporáneos, sea de los jueces de tribunales supranacionales (como, por ejemplo, la Corte europea de derechos humanos, la Corte interamericana de derechos humanos, la Corte de la Unión europea). Constituye además un tema que juristas y filósofos del derecho consideran menester tratar, al punto que se ha formado, particularmente al interior del movimiento (neo)constitucionalista, una literatura ya virtualmente inagotable, y, cabe notar, todavía en una fase de plena e incesante producción.

Manuel Atienza identifica tres problemas que, en su opinión, serían ineludibles para cualquier teoría valiosa de la ponderación. Estos son: el problema de la “estructura” (¿Cómo ponderar?), el problema de las “ocasiones” (¿Cuándo ponderar?), y, no último, el problema de la “racionalidad” (si ponderar sea “algo de razón” – *aliquid rationis*, como habría dicho nuestro viejo amigo Tomás)².

Trata-se de problemas – o, mejor dicho, de conjuntos de problemas³ – que sin duda poseen una importancia capital. Sin embargo, antes de acercarme a ellos asumiendo un punto de vista meta-teórico y meta-metodológico (de meta-metodología descriptiva y analítica), me parece no ocioso afrontar, aunque de una manera provisional, otro problema: el problema (que llamo) conceptual. Este problema requiere reflexionar sobre el actual aparato de términos y conceptos relativo al fenómeno de la ponderación, en aras de articular, posiblemente, un aparato mejor: es decir, más claro y más fino.

El escrito contiene dos partes. La primera parte, de carácter introductorio, será dedicada al problema conceptual (§ 2). En ella intentaré ofrecer algunas clarifica-

¹ Cardozo 1928: 75, citado en Aleinikoff 1987: 959, nota 93.

² Atienza 2012a; Atienza 2014; sobre la teoría de la ponderación de Atienza volveré en el apartado 5.

³ “El” problema de las ocasiones es, en particular, un conjunto de problemas heterogéneos. Abarca sea problemas genuinamente teóricos (“¿Cuándo es inevitable ponderar – si acaso lo es?”), sea problemas prácticos o normativos (¿Cuándo se puede / se debe ponderar?). Estos últimos conciernen a la legitimidad o justificación de la ponderación.

ciones preliminares, útiles para construir un trasfondo a la luz del cual leer – según espero, más detenidamente – las teorías de que me ocuparé en la segunda parte. En la segunda parte, me propongo analizar tres episodios en la historia de la reflexión contemporánea sobre la ponderación: la “doctrina” Aleinikoff (§ 3), la propuesta “especificacionista” de José Juan Moreso (§ 4), y, en fin, el debate entre Atienza y Juan Antonio García Amado acerca de la alternativa ponderación *versus* interpretacionismo (§ 5). Como veremos, estos episodios proporcionan, en su conjunto, una muestra bastante comprensiva y articulada de algunos de los problemas, ya sea teóricos, ya sea prácticos, que la ponderación conlleva.

2. El problema conceptual

En los discursos de jueces, juristas y filósofos del derecho, la “ponderación” (*Abwägung*, *balancing*, *bilanciamento*, *ponderação*, *ponderation*, *ponderazione*, *weighing*, etc.) posee, para decir así, muchas identidades. Según el contexto, ella es calificada de “concepto”, “principio”, “método”, “instrumento metodológico”, “(método de) razonamiento”, “método de interpretación y aplicación del derecho”, “criterio”, “criterio esencial para la aplicación” de las disposiciones constitucionales (como, por ejemplo, las enmiendas de la constitución de los Estados Unidos), “técnica”, etc.

A la luz de estas caracterizaciones de sentido común, cuatro nociones merecen ser destacadas, quizás, como las más relevantes en aras de una reconstrucción conceptual esclarecedora. Estas son: *ponderación-técnica* (P-técnica), *ponderación-principio* (P-principio), *ponderación-actividad* (P-actividad), y, en fin, *ponderación-producto* (P-producto).

2.1. Ponderación-técnica

La palabra “ponderación” puede ser entendida, antes que todo, como denominación de una *técnica* o *método jurídico*. En tal caso, ella es el nombre de una manera no casual de resolver problemas jurídicos, que consiste en utilizar un *principio de ponderación* para realizar una *actividad ponderativa* (*ponderación-actividad*) que lleve a un *resultado ponderativo* (*ponderación-resultado*).

Así definida, la noción de ponderación-técnica es conceptualmente parasitaria. Su contenido depende del contenido de otras nociones; depende, en particular, de la noción que en el aparato juega un papel central, es decir, la noción de principio de ponderación.

2.2. Ponderación-principio

La palabra “ponderación” puede ser entendida también, como dije, como denominación de un principio: el principio de ponderación. Cabe advertir, sin embargo, que en la literatura se encuentran (por lo menos) dos principios de ponderación diferentes: el principio de ponderación por superación y el principio de ponderación por reconciliación⁴.

En la formulación quizás más amplia y genérica, el principio de ponderación por superación (*PPS*) suena más o menos así:

(*PPS*) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos.

El principio de ponderación *PPS* indica cómo se debe proceder, como se debe decidir, cuando, en hipótesis, para una misma cuestión de derecho, hay dos o más soluciones alternativas posibles: es decir, que pueden razonablemente ser adoptadas. La condición para aplicar el principio de ponderación *PPS* es, por ende, una situación de pluralismo argumentativo, en la cual las razones jurídicas utilizables sub-determinan la solución. Llamaré este principio *principio genérico de ponderación por superación (PGPS)*.

El principio genérico de ponderación por superación – cabe notar – está estrictamente relacionado con otro principio que, aparentemente, juega un papel muy importante en el razonamiento jurídico, aunque a menudo no sea mencionado, permaneciendo en el trasfondo de las argumentaciones. Me refiero al *principio axiológico*. El principio axiológico, en una posible formulación, establece que:

(*PA*) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que vale más debe ser preferida a las soluciones que valen menos.

Ahora bien: el principio genérico de ponderación por superación (*PGPS*) puede ser entendido en dos maneras diferentes en lo que concierne a sus relaciones con el principio axiológico. O bien, lisa y llanamente, como nada más sino una (*re*)formu-

⁴ Aleinikoff 1987: 943-1005 distingue por ejemplo entre el *overwhelming balancing* y el *striking-a-balance balancing*. Sobre la distinción volveré en el § 3. En una formulación genérica, el principio de ponderación por reconciliación (*PPR*) suena más o menos así: si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, se debe preferir la solución que proporcione la mejor reconciliación entre las soluciones alternativas suponiibles. A continuación me ocuparé solamente del principio de ponderación por superación. Sin embargo, todo lo que diré de la ponderación desde la perspectiva del principio de ponderación por superación vale, *mutatis mutandis*, también desde la perspectiva del principio de ponderación por reconciliación.

lación metafórica del principio axiológico; o bien como una *especificación metafórica* del principio axiológico.

En el primer caso, el principio genérico de ponderación por superación puede ser reformulado, pues, en una forma quizás más precisa, de la siguiente manera:

(PPS/PA) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa/que vale más debe ser preferida a las soluciones que pesan/que valen menos.

Para las entidades materiales, “peso” y “valor” son nociones conceptualmente diferentes. El “peso” – en gramos – de una pepita de oro es algo diferente del “valor” (científico, cultural, artístico, monetario, etc.) de aquella pepita, aunque los dos pueden ser, y son a menudo, estrictamente conectados. En cambio, para las entidades inmateriales (ideas, ideales, principios, derechos, soluciones a cuestiones jurídicas, etc.) las palabras “peso” y “valor” pueden ser utilizadas de manera intercambiable, para referirse a la misma cosa. En el discurso de los juristas, esto ocurre a menudo, hablándose indistintamente de lo que “vale o pesa más”. En efecto, en relación a las entidades inmateriales, la palabra “peso” no puede ocurrir sino en usos metafóricos. La metáfora es evidente: cualquier cosa se entienda, pongamos, por “soluciones alternativas” a un problema jurídico, estas son entidades que poseen un “peso” sólo metafóricamente, sólo por vía de una asimilación imaginaria a los objetos materiales, sólo para sugerir, quizás como estratagema retórico, que una decisión acerca de ellas va a ser tomada sobre la base de consideraciones “objetivas” y datos “objetivos”⁵.

En el segundo caso, en cambio, el principio genérico de ponderación por superación merece conservar su formulación estándar:

(PPS) Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos.

En esta interpretación, el principio genérico de ponderación (PGPS) representa pues, como dije, una *especificación metafórica* del principio axiológico. En este sentido: en aras de aplicar el principio axiológico a los casos concretos, el principio de ponderación específica el criterio del “mayor valor” en términos de “mayor peso”, es decir, instituyendo una correlación entre el valor y el peso de las soluciones jurídicas alternativas, de forma que la solución que pesa más, vale más, y la que pesa menos, vale menos.

⁵ Considero el principio de ponderación como (re)formulación metafórica del principio axiológico, y por lo tanto semánticamente equivalente a ello, en Chiassoni 2018: 20-22.

En ambos casos, cabe notar, siendo la (re)formulación o bien la especificación del principio axiológico metafóricas, el principio de ponderación no puede ser utilizado sino previa disipación de la metáfora (*infra*, § 2.5).

El principio genérico de ponderación por superación está, a su vez, detrás de algunas variantes más específicas (menos genéricas) que también se encuentran en los discursos de los jueces y juristas.

Es menester mencionar, sin pretensión de completitud, tres principios (más) específicos de ponderación por superación: el principio de ponderación por superación en cuanto principio (o “criterio”) para la resolución de las antinomias (*PPSA*), el principio de ponderación por superación en cuanto principio interpretativo, o para la resolución de dudas interpretativos (*PPSI*), y, en fin, el principio de ponderación por superación en cuanto principio para la integración de las lagunas (*PPSL*).

El principio de ponderación por superación, en cuanto principio o criterio para la resolución de las antinomias (*PPSA*), prescribe que:

(*PPSA*) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

El principio de ponderación por superación, en cuanto principio interpretativo (*PPSI*), prescribe que:

(*PPSI*) Si hay una disposición para la cual se pueden suponer (proponer, argumentar) interpretaciones alternativas, la interpretación que pesa más debe ser preferida a las interpretaciones que pesan menos.

En fin, el principio de ponderación por superación, en cuanto principio para la integración de las lagunas normativas (*PPSL*), prescribe que:

(*PPSL*) Si hay una laguna normativa para la cual se pueden suponer (proponer, argumentar) formas de integración alternativas, la forma de integración que pesa más debe ser preferida a las formas de integración que pesan menos.

A la luz de las breves aclaraciones que preceden, y, en particular, a la luz de los tres principios específicos de ponderación por superación ahora considerados, se comprende porqué la “ponderación” sea calificada de “criterio esencial para la aplicación” de las disposiciones constitucionales, o bien de “instrumento metodológico”, o bien forme la base de un “método de razonamiento” y, más precisamente de un “método de interpretación y aplicación del derecho”. Se comprende también porqué la “ponderación” en cuanto principio específico concerniente a las antinomias sea calificado de “criterio”, y más precisamente, de criterio para la resolución de conflictos o colisiones entre principios, derechos o intereses de rango constitu-

cional⁶. Se comprende, en fin, porqué la “ponderación”, en cuanto principio interpretativo o de integración, sea calificada de “método de razonamiento” y de “método de interpretación y aplicación del derecho”, en la medida en que interviene ya sea en la identificación, selección, y justificación de la interpretación jurídicamente correcta de una disposición, ya sea en la identificación de la integración jurídicamente correcta de una laguna.

2.3. Ponderación-actividad

Los usos que juristas y filósofos del derecho hacen del término “ponderación”, en cuanto denominación de una actividad (operación, procedimiento, manera de proceder), sugieren que es menester destacar dos sentidos de “ponderación-actividad”: la ponderación-actividad en sentido impropio y la ponderación-actividad en sentido propio.

La *P-actividad en sentido impropio* consiste en la actividad (operación, procedimiento) de carácter intelectual que se pone en marcha en aras de resolver una antinomia entre principios (derechos, intereses) constitucionales, *cual que sea* la herramienta empleada⁷. De forma que una actividad de “ponderación” en este sentido impropio puede ser llevada a cabo también sin emplear algún principio de ponderación.

En cambio, la *P-actividad en sentido propio* consiste en la actividad (operación, procedimiento) de carácter intelectual que involucra la utilización de un principio de ponderación, ya sea por superación, ya sea por reconciliación.

La P-actividad en sentido propio es, más precisamente, una actividad de razonamiento, mediante la cual el operador jurídico “calcula” (establece) el peso respectivo de alternativas previamente identificadas. Por supuesto, tratándose de un cálculo metafórico con pesos imaginarios, hay muchas maneras diferentes de calcular el peso de las soluciones alternativas para una misma cuestión jurídica, según las diferentes propuestas y posturas ético-normativas de los juristas y filósofos del derecho. Sobre este punto, que concierne a la disolución de la metáfora de la “ponderación”, diré algo más al final del presente apartado (*infra*, § 2.5).

⁶ Para una presentación ya clásica de los criterios tradicionales de resolución de las antinomias (jerárquico, cronológico, y de especialidad), véase Bobbio 1964: 79-99. Bobbio considera como, en el caso «extremo» de conflicto entre dichos criterios, no haya otra alternativa sino aplicar el criterio residual de justicia: «entre las dos normas incompatibles, debe prevalecer la más justa» (99). El criterio residual de justicia puede ser entendido, se note, como una especificación del principio de ponderación por superación *PPSA*, o bien como una especificación del principio axiológico, donde el peso o valor de las normas incompatibles se mide en términos de justicia: la norma más justa es la norma que pesa, y que vale, más.

⁷ Aleinikoff 1987: 945.

2.4. Ponderación-producto

Pasando, en fin, a la “ponderación” en cuanto ponderación-producto (*P-producto*), y tomando en consideración sólo los productos de actividades de ponderación en sentido propio (*supra*, § 2.3), parece útil destacar dos formas, que corresponden a otros tantos sentidos de “ponderación-producto”: la *P-producto* en sentido estricto y la *P-producto* en sentido amplio.

La *P-producto en sentido estricto* consiste en una oración que expresa un juicio ponderativo o juicio de ponderación. Podemos hablar de *oración ponderativa*.

La *P-producto en sentido amplio*, en cambio, consiste en un discurso articulado en una pluralidad de oraciones, que contiene típicamente cuatro ingredientes:

- (1) un *principio de ponderación*;
- (2) una *oración ponderativa*;
- (3) una *argumentación ponderativa*, o sea, un conjunto de oraciones formuladas para justificar (“externamente”) la oración ponderativa, es decir, para presentar un cierto juicio de ponderación como (el sólo) jurídicamente correcto; y, en fin,
- (4) una *conclusión ponderativa*, que deriva lógicamente de la combinación del principio de ponderación y de la oración ponderativa.

La *P-producto en sentido amplio* consiste, por lo tanto, en un razonamiento ponderativo-producto. Su estructura lógica estándar se compone de dos premisas y una conclusión.

En relación al principio genérico de ponderación por superación, la estructura lógica del razonamiento ponderativo es la siguiente:

1. Si hay un problema jurídico para el cual se pueden suponer (proponer, argumentar) soluciones alternativas, la solución que pesa más debe ser preferida a las soluciones que pesan menos (*PGPS - principio genérico de ponderación por superación*).
2. En relación al problema jurídico CJ_j , la solución R_i pesa más que las soluciones alternativas $R_j \dots R_n$ (*oración ponderativa*).
3. En relación al problema jurídico CJ_j , la solución R_i debe ser preferida a las soluciones alternativas $R_j \dots R_n$ (*conclusión ponderativa*)⁸.

En relación al principio de ponderación por superación en cuanto principio para la resolución de las antinomias (*PPSA*), cabe destacar tres variantes, que corresponden a tres formas diferentes de concebir la manera de determinar el peso de las normas (principio, derecho, interés) en conflicto.

⁸ En la simbología de la lógica de los predicados, siendo “CJ” el símbolo de un “problema jurídico con más soluciones alternativas”, “PM” el símbolo de la relación “pesar más”, “O” el símbolo de la calificación deontica “Obligatorio” / “Se debe”, y “PR” el símbolo de la relación “ser preferido a”, el razonamiento puede traducirse en un *modus ponens* de la siguiente forma: 1. $(x) (y) (z) (CJx \ \& \ PMyz \rightarrow OPRyzx)$; 2. CJa ; 3. $PMbc$; 4. $CJa \ \& \ PMbc$; 5. $OPRbca$.

La primera variante es *particularista*. El peso de las dos normas debe ser medido en relación al caso individual que se trata de decidir *en sí considerado*: es decir, considerado teniendo en cuenta su peculiar e irrepetible unicidad, de forma que se tiende a excluir que la oración ponderativa y la conectada conclusión ponderativa puedan asumir valor de precedente.

El principio de ponderación asume la formulación siguiente:

(PPSAP) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más *en relación al caso individual que se trata de decidir* debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio particularista se acompaña una *oración ponderativa particularista*, la cual suena, por ejemplo, así:

(OPP) La norma N1 pesa más que la norma N2 en relación al caso individual CI_1 ⁹.

La segunda variante es *universalista*. El peso de las dos normas tiene que ser medido en relación a la *clase de casos* a la cual el caso individual que se trata de decidir pertenece. El principio de ponderación asume la formulación siguiente:

(PPSAU) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que pesa más *en relación a la clase de casos a la cual el caso individual que se trata de decidir pertenece* debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio universalista se acompaña una *oración ponderativa universalista*. Por ejemplo:

(OPU) La norma N1 pesa más que la norma N2 en relación a la clase de casos CG_1 ¹⁰.

En las variantes particularista y universalista, el principio de ponderación establece relaciones de prioridad relativa entre normas (principios, derechos, intereses) incompatibles. En la tercera variante, en cambio, la prioridad se vuelve *absoluta*. El *principio de ponderación absolutista* suena así:

⁹ En la simbología de la lógica de los predicados: puesto que el caso individual es d , la oración ponderativa sostiene que $PMbc$, sobre el presupuesto, que se sitúa en su justificación externa, de que si d entonces $PMbc$ ($d \rightarrow PMbc$).

¹⁰ En la simbología de la lógica de los predicados: puesto que el caso individual es d , y que d pertenece a la clase de casos D (Dd), la oración ponderativa sostiene que $PMbc$, sobre el presupuesto, que se sitúa en su justificación externa, de que si algo es D (Dx) entonces Pbc : (x) ($Dx \rightarrow PMbc$).

(PPSAA) Si hay una incompatibilidad (conflicto, colisión) entre dos normas (principios, derechos, intereses), la norma (principio, derecho, interés) que *en absoluto* pesa más debe ser preferida a la norma (principio, derecho, interés) que *en absoluto* pesa menos.

En el razonamiento ponderativo, al principio de ponderación absolutista se acompaña una *oración ponderativa absolutista*, que establece una relación de prioridad en hipótesis no revisable, constante, y estable entre dos normas (principios, derechos, intereses) incompatibles. Por ejemplo:

(OPA) En todo caso de incompatibilidad (conflicto, colisión), la norma N1 pesa *en absoluto* más que la norma N2¹¹.

Consideraciones análogas pueden hacerse sea en relación a las oraciones de interpretación ponderada, sea en relación a las oraciones de integración ponderada.

Podemos en efecto destacar oraciones de interpretación ponderada de tipo particularista, de tipo universalista, o, en fin, de tipo absolutista:

- (1) La interpretación producto IP1 pesa más que la interpretación producto IP2 en relación al caso individual CI_i
- (2) La interpretación producto IP1 pesa más que la interpretación producto IP2 en relación a la clase de casos CG_i .
- (3) En todo caso, la interpretación producto IP1 pesa en absoluto más que la interpretación producto IP2.

Las oraciones del primer tipo reflexionan un enfoque de “metodología de los resultados”: es decir, el interprete actúa sobre el supuesto de que sea lícito (y quizás necesario) proceder “caso por caso”, sin alguna generalización y vínculo de coherencia. Las oraciones del segundo tipo reflexionan un enfoque que puede depender de la adopción de una “metodología del método”, la cual, sin embargo, justifica resultados interpretativos diferentes para diferentes clases de casos. En fin, las oraciones del tercer tipo reflexionan una “metodología del método” que, en hipótesis, justifica resultados estables para cualquier caso o clase de casos¹².

De forma similar, podemos destacar oraciones ponderativas de integración de tipo particularista, de tipo universalista, o bien de tipo absolutista:

- (1) La integración producto AP1 pesa más que la integración producto AP2 en relación al caso individual CI_i

¹¹ En la simbología de la lógica de los predicados: $T \rightarrow PMbc$, donde T representa cualquier situación en la cual cabe establecer una relación de mayor peso entre las normas (principios, derechos, intereses) en conflicto representados por *a* y *b*.

¹² Destaca entre “metodología de los métodos” y “metodología de los resultados”, Lombardi Vallauri 2012: 79-83.

- (2) La integración producto AP1 pesa más que la integración producto AP2 en relación a la clase de casos CG_i
- (3) En todo caso, la integración producto AP1 pesa en absoluto más que la integración producto AP2.

2.5. Disipaciones de la metáfora

Los principios de ponderación, como hemos visto, representan otras tantas instancias, o bien de (re)formulación metafórica, o bien de especificación metafórica, del principio axiológico: el principio vacío que, según el hipótesis que subyace a la presente reconstrucción, captura la idea normativa que forma la base sustantiva última, aunque casi siempre tácita, de toda justificación jurídica (*supra*, § 2.2).

Las normas, los principios, los derechos, los intereses, y, en general, las soluciones a cuestiones jurídicas no tienen peso, sino en virtud de un acto de imaginación: es decir, sino en fuerza de un “hacer como si”. No hay, pues, la balanza que pueda pesar lo que no tiene peso.

Esta constatación es trivial, y, como todas cosas triviales, se encuentra a menudo en la literatura especializada. Tiene, no obstante, su mordiente. Si la ponderación es metáfora, si las normas (principios, derechos, intereses) no tienen, como no tienen, peso, las teorías normativas de la ponderación, si quieren ser discursos no ociosos, tienen que proporcionar maneras aceptables de disolver la metáfora: es decir, es menester que ellas ofrezcan formas aceptables de traducir la figura del “peso” en términos no metafóricos.

¿Cómo se ha traducido la metáfora del “peso” en las teorías normativas de la ponderación de los juristas y filósofos del derecho contemporáneos?

A una consideración superficial, podemos destacar no menos de seis concepciones diferentes de la ponderación, que corresponden a otras tantas maneras distintas de disipar la metáfora. Estas son: la concepción intuicionista, la concepción pragmatista, la concepción economicista, la concepción sociológica, la concepción especificacionista, y, en fin (de este inventario incompleto), la concepción racionalista argumentativa.

La *concepción intuicionista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *valor práctico* (ético, moral) *intrínseco*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_i, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_i, la solución (resolución de antinomia, interpre-

tación-producto, integración-producto) A *tiene un valor moral intrínseco superior* al de la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

o bien

En relación al problema jurídico CJ_j, el *valor moral intrínseco* de la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A es *superior al valor moral intrínseco* de la solución (principio, interpretación, integración de laguna) B¹³.

La *concepción pragmatista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *adecuación instrumental hacia una vida mejor*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_j, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_j, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce (es muy probablemente susceptible de producir) un conjunto de consecuencias más favorable a una vida mejor que* la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción economicista* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *costes y beneficios*, de *eficiencia*, o bien de *maximización de la riqueza*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_j, la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

¹³ Trata-se, por supuesto, de una concepción muy controvertida. Que fue objeto por ejemplo, ya hace años, de la crítica de Roscoe Pound: «Philosophical jurists have devoted much attention to deducing of some method of getting at the *intrinsic importance* of various interests so that *an absolute formula* may be reached in accordance with which it may be assured that the *intrinsically weightier interests* shall prevail. If this were possible it would greatly simplify the task of legislators, judges, administrative officials and jurists and would conduce to greater stability, uniformity and certainty in the administration of justice. [...] But [...] philosophers and jurists to seek such a method, we have come to think today that the quest is futile. Probably the jurist can do no more than recognize the problem and perceive that it is put to him as a practical one of securing the whole scheme of social interests so far as he may; of maintaining a balance or a harmony or adjustment among them compatible with recognition of all of them» (citado por Aleinikoff 1987: 973-974, cursivos añadidos).

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce (es muy probablemente susceptible de producir) más beneficios y menores costes, en términos de recursos individuales y sociales*, que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *es más eficiente, en términos de recursos individuales y sociales*, que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *produce más riqueza* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción sociológica* de la ponderación concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *valoraciones sociales efectivas*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *pesa más* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *tiene un valor social superior (es decir, es valorada por la sociedad más)* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La *concepción especificacionista* concibe – y disipa – la metáfora del “peso” en términos de *conformidad a los casos paradigmáticos y al trasfondo de intuiciones normativas compartidas*, aunque inarticuladas, que dichos casos reflexionan. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *pesa más* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A, en virtud de las propiedades $P_1 \dots P_n$, es más conforme con *los casos paradigmáticos y el trasfondo de intuiciones normativas compartidas* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La concepción especificacionista de la ponderación se puede considerar, por lo tanto, como una forma específica de concepción sociológica, que hace referencia, y respeta, a las valoraciones sociales detrás de los casos paradigmáticos.

En fin, la *concepción racionalista argumentativa* de la ponderación concibe – y disipa – el “peso” en términos de *justificación racional*. Propone, pues, traducir las oraciones ponderativas, como por ejemplo:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A pesa más que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B

en oraciones de la siguiente forma:

En relación al problema jurídico CJ_j , la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) A *es sostenida por una justificación racional (es decir, es apoyada por un conjunto de argumentos racionales) más fuerte* que la solución (resolución de antinomia, interpretación-producto, integración-producto) B.

La justificación racional, como se sabe y como veremos, es concebida como una combinación de argumentos eclécticos, que, en el juicio de proporcionalidad, trae a colación exigencias (pragmatistas) de eficacia instrumental (bajo el rótulo del “test de adecuación”), exigencias (economicistas) de eficiencia (bajo el rótulo del “test de necesidad”), y exigencias deontológicas de racionalidad sustancial (bajo el rótulo del “test de proporcionalidad en sentido estricto”).

De las concepciones especificacionista (en la forma propuesta por Moreso) y racionalista argumentativa (en las variantes elaboradas por Robert Alexy y Manuel Atienza) de la ponderación me ocuparé, un poco más detenidamente, tratando del segundo y del tercer episodios que mencioné al comienzo. Pero, antes que todo, merece la pena considerar brevemente la posición fuertemente crítica de Aleinikoff: su “doctrina” vehementemente anti-ponderacionista. Otra posición crítica, la de García Amado, la consideraré mientras que daré cuenta de la posición ponderacionista de Atienza.

3. La doctrina Aleinikoff

En un ensayo ya clásico de finales de los años ochenta, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Alexander Aleinikoff propone un análisis de la ponderación, caracterizándola como el «método de interpretación constitucional», en la cultura jurídica americana de la segunda mitad del siglo XX, que consiste en justificar las interpretaciones, y las decisiones que siguen, mediante operaciones de «identificación, valoración y comparación de intereses contrarios»¹⁴. De forma que una “motivación ponderativa” (*balancing opinion*), según este sentido central de “ponderación”, es una motivación:

«que analiza una cuestión constitucional identificando los intereses implicados en el caso y llega a una decisión o construye una norma de derecho constitucional al asignar – explícita o implícitamente – valores a los intereses identificados»¹⁵.

Aleinikoff parte de la constatación de que la ponderación es devenida una forma de argumentar las decisiones constitucionales a tal punto natural, que los juristas ya no se dan cuenta ni de los «serios problemas» que hay en su estructura («mecánica»), ni de como ella «ha transformado la jurisdicción y el derecho constitucional»¹⁶. Se propone por lo tanto de despertar la consciencia metodológica de los juristas americanos, poniendo en tela de juicio a la ponderación: sea desde el punto de vista de su estructura, o en cuanto herramienta del método jurídico (“crítica interna”), sea desde el punto de vista de su legitimidad constitucional (“crítica externa”), configurando la posibilidad de un «mundo sin ponderación», donde se utilizan formas alternativas de interpretación y razonamiento constitucional.

A continuación, analizaré cuatro aspectos de la teoría de la ponderación de Aleinikoff, poniendo particular atención a la manera en que él resuelve el problema conceptual, a la crítica interna y externa de la ponderación constitucional, y, en fin, a la propuesta de alternativas. Formularé, mientras tanto, algunas consideraciones meta-metodológicas.

3.1. El problema conceptual

En lo que concierne a la ponderación, el problema conceptual, como hemos apenas visto (*supra*, § 2), consiste en dotarse de un aparato de términos, y de conceptos claros y distintos correspondientes, que sea adecuado para capturar los rasgos estadísticamente más significativos del “fenómeno de la ponderación” en una o más

¹⁴ Aleinikoff 1987: 943.

¹⁵ Aleinikoff 1987: 943.

¹⁶ Aleinikoff 1987: 943-944.

experiencias jurídicas. En la resolución del problema conceptual – siempre provisional – es menester partir del aparato de términos y conceptos ya existente, y luego considerar si, y en que medida, dicho aparato sea adecuado frente al fenómeno que pretende capturar; procediendo, si necesario, a revisiones, nuevas articulaciones, y esclarecimientos de lo mismo.

Ahora bien, en su análisis del problema conceptual, Aleinikoff procede precisamente en esta manera. Los resultados su reflexión pueden recapitularse así.

1. *“Ponderación” en sentido propio y “ponderación” en sentido impropio.* Hay dos maneras principales de utilizar “ponderación”. A veces, se la utiliza para referirse al método de resolución de conflictos entre intereses que consiste en pesar (en asignar valores a) los intereses, asumiendo que «cada interés busca su propio reconocimiento y obliga a que se haga una comparación de los intereses implicados»¹⁷. Otra veces, se la utiliza para denotar «cualquier método de resolución de conflictos entre valores». Hace falta, por ende, destacar un sentido propio de “ponderación” (el primero) y un sentido impropio (el segundo)¹⁸.

2. *Ponderación v. Subsunción.* La ponderación (en sentido propio) debe ser cuidadosamente destacada de los métodos que resuelven los conflictos de intereses mediante un enfoque «conceptual» o categorial, aunque se puedan tomar en consideración «todas las circunstancias» del caso, o se apliquen criterios de calificación articulados en una pluralidad de condiciones (como ocurre con los llamados “criterios de valoración articulados” o «multi-pronged tests»). En estos últimos casos, en efecto, un cierto interés recibe protección jurídica no ya porque, en las circunstancias del caso, pese más que los intereses contrarios; sino porque la conducta llevada a cabo en aras de realizarlo puede ser subsumida en un cierto concepto jurídico previamente definido (“confesión voluntaria”, “expropiación por pública utilidad”, “ejercicio del poder de policía”, etc.).

3. *Ponderación por preponderancia v. ponderación por equilibrio.* Hay en realidad dos formas bastante diferentes de ponderación (en sentido propio). Algunas ponderaciones resultan, pues, en establecer la *superación* o *prevalencia incondicionada* (la terminología es mía) de un interés sobre otro contrario («outweighing balancing»). Esto ocurre por ejemplo, según afirma Aleinikoff, en la sentencia *New York v. Ferber*, donde el interés a la protección de los menores prevalece sin más sobre el interés a la libertad de expresión de los editores de publicaciones pedo-pornográficas. Otras ponderaciones, sin embargo, resultan en establecer la *superación* o *prevalencia condicionada* de un interés sobre otro contrario: o sea, si se quiere, tienen por resultado un régimen en el cual un cierto interés prevalece, *si* se dan ciertas circunstancias, y el otro prevalece *si* se dan otras («striking a balance” balancing»). Esto

¹⁷ Aleinikoff 1987: 944.

¹⁸ Aleinikoff 1987: 943.

ocurre, por ejemplo, en la sentencia *Tennessee v. Garner*. En ella, la Corte Suprema de los EE.UU. subordina la posibilidad de emplear armas da fuego para prevenir la huida de personas sospechosas a algunas condiciones, así garantizando, al mismo tiempo, el interés de estos últimos a la protección de su vida e incolumidad física. Lo que, según Aleinikoff, justifica hablar de “ponderación” en ambos tipos de operaciones es que ellas comparten, sea «la concepción del derecho constitucional como un campo de batalla de intereses en competencia», sea la pretensión de ser capaces de «identificar y atribuir un valor a dichos intereses»¹⁹.

4. *Objetos de ponderación.* Según una manera común de pensar, la ponderación puede atañer a conflictos entre intereses individuales e intereses públicos (gubernamentales, sociales), a conflictos entre intereses individuales diferentes (piense-se a una ponderación donde el derecho a la intimidad de la vida privada de alguien choca con la libertad de expresión de otro) o en cabo a diferentes titulares privados (piense-se a la ponderación en materia de derecho a la vida de sujetos diferentes), o también a conflictos entre intereses públicos diferentes (como, por ejemplo, en los casos que caen bajo la llamada “cláusula de comercio” de la constitución federal americana). Aleinikoff, sin embargo, como veremos tratando de la crítica interna a la ponderación, piensa que estas distinciones conceptuales, aunque corrientes, sean censurables en la medida en que sugieren que, para decir así, la frontera entre intereses individuales e intereses públicos sea tajante, mientras que un mismo estados de cosas puede ser considerado a menudo sea de interés individual, sea de interés público, según el punto de vista que se adopte.

5. *Ponderación ad hoc y ponderación definitiva.* En la teoría constitucional, en fin, se suele destacar la ponderación “*ad hoc*” de la llamada ponderación “definitoria”.

La ponderación *ad hoc* agota su alcance en la decisión del caso individual (en las palabras un poco obscuras de Aleinikoff, trata-se de «balancing that itself is the constitutional principle»). En la ponderación *ad hoc*, pues, el juez se limita a aplicar el método (y principio) de la ponderación, sin pretensión alguna de crear una nueva regla para una cierta clase de casos, ni, quizás, de crear un precedente a favor del uso de la ponderación en relación a un cierto tipo de casos. Esto ocurre típicamente en los casos en materia de debido proceso procedural (“procedural due process”), como por ejemplo, precisa Aleinikoff, en la sentencia *Mathews v. Eldridge*²⁰.

Aleinikoff, además, sugiere destacar dos formas de ponderación definitiva, que podríamos llamar *ponderación definitiva generalista* y *ponderación definitiva particularista*.

¹⁹ Aleinikoff 1987: 946

²⁰ Aleinikoff 1987: 948.

La ponderación generalista lleva a establecer un «principio constitucional de aplicación general»²¹. Esto ocurre, por ejemplo, en la ya citada sentencia *New York v. Ferber*.

La ponderación particularista, en cambio, lleva a establecer un principio constitucional que *prescribe* de ponderar *ad hoc* en todos los casos de un cierto tipo. Esto ocurre, por ejemplo, en la sentencia *Lassiter v. Department of Social Services*²².

Dejando de lado que la distinción entre ponderación *ad hoc* y ponderación definitoria particularista no queda del todo clara (en la ponderación *ad hoc* los jueces emplean el principio de ponderación, como principio general para resolver los conflictos de intereses en ciertos tipos de casos), cabe notar que, según Aleinikoff la distinción entre ponderación *ad hoc* y ponderación definitoria (generalista) es – y diría: justamente – sospechosa. Como veremos ahora tratando de la llamada “crítica interna” a la ponderación.

3.2. La crítica interna

La «crítica interna» de la ponderación consiste en un poner el luz algunos aspectos problemáticos de la ponderación, desde un punto de vista exquisitamente metodológico. Consiste pues en un conjunto de críticas técnicas, y, más precisamente, estructurales: que atañen a la bondad técnica de la ponderación, apuntando a «difíciles problemas analíticos y operacionales»²³.

Ahora bien, Aleinikoff identifica cinco defectos estructurales de la ponderación, los cuales, en su conjunto, sugieren tratarse de una metodología mucho menos racional y científica, de lo que sus partidarios parecen asumir, y sugerir a los demás. Estos defectos – en una terminología no estrictamente aleinikoffiana – consisten: (1) en la carencia de objetividad, (2) en la incompletud, (3) en la sub-representación, (4) en la derrotabilidad, y (5) en la relatividad categorial.

(1) *Carencia de objetividad*. La carencia de objetividad atañe a los criterios que los jueces emplean, y pueden emplear, para pesar los intereses en conflicto. Según Aleinikoff, cabe notar, no es que no haya criterios para pesar de una manera comparativa intereses en conflicto. Porque sí los hay; y nosotros, en nuestras ponderaciones cotidianas, los utilizamos a menudo. El problema, pues, no es la “inconmensurabilidad” de los objetos de ponderación. El verdadero problema es el carácter fatalmente subjetivo, y discrecional, de los criterios de ponderación. Los jueces, y algunos juristas (los que, en mí terminología, sostienen concepciones sociológicas de la ponderación: *supra*, § 2.5.), pretenden encontrar criterios de ponderación objetivos en la realidad social: en las valoraciones compartidas al interior de la sociedad.

²¹ Aleinikoff 1987: 948.

²² Aleinikoff 1987: 948, nota 31.

²³ Aleinikoff 1987: 972-983.

Pero, según Aleinikoff, raramente la sociedad proporciona escalas de valor precisas. De forma que, generalmente, el apelo a las valoraciones sociales es una movida retórica que esconde largas dosis de discrecionalidad judicial.

(2) *Incompletud*. La incompletud atañe a los intereses tomados – y que se pueden tomar – en consideración al ponderar. Según Aleinikoff, los tribunales – y, en particular, la Corte Suprema federal – nunca tienen en consideración todos los intereses afectados por sus decisiones; ni podrían hacerlo: «Tomar en serio la ponderación parecería demandar el tipo de investigación del mundo que las cortes no pueden o no quieren emprender»²⁴.

(3) *Sub-representación*. La ponderación definitoria, como hemos visto, pretende establecer reglas generales: es decir, reglas que valen para la clase de casos en la cual se puede subsumir el caso individual que se trata de decidir. Sin embargo, estas reglas, sostiene Aleinikoff (aunque no en los términos que voy a emplear), sufren típicamente de sub-representación particularista: es decir, la (pretendida) regla general creada por la Corte no es otra cosa sino la generalización lisa y llana de las propiedades peculiares que la Corte ha identificado en el caso concreto. Por ejemplo, en la sentencia *Youngberg v. Romeo*, «Romeo representó a todos los pacientes [de instituciones de salud mental] y Peshurst State Hospital a todas las instituciones»; aunque, en la realidad de pacientes e instituciones, hay también otras propiedades que, queriendo llevar a cabo una ponderación seria, podrían y deberían ser tomadas como relevantes en aras de establecer una regla general²⁵.

(4) *Derrotabilidad*. La ponderación definitoria tiene, como sabemos, la pretensión de llevar a la creación de una regla para una clase de casos. Ya hemos vistos que estas reglas gozan de una generalidad dudosa, pues son construidas estrictamente sobre las propiedades (seleccionadas por los jueces fatalmente según sus preferencias ético-normativas) de los casos concretos (sub-representación). El defecto de sub-representación sin embargo conlleva otro: el fatal particularismo de las reglas generales así creadas frente a nuevos casos. Es decir, dichas reglas generales dejan siempre abierta la posibilidad de nuevas ponderaciones en nuevos casos; son, pues, (aunque Aleinikoff no utilice esta expresión) reglas *ceteris paribus*, derrotables; a menos que los jueces, abandonando la metodología ponderativa, no decidan tratar-las de definitivas²⁶.

(5) *Relatividad categorial*. Un último defecto técnico consiste, según Aleinikoff, en la engañosa “dicotomía” (contraposición) entre intereses gubernamentales e intereses individuales. Los jueces tratan los intereses que ponderan como si fuesen,

²⁴ Aleinikoff 1987: 978.

²⁵ Aleinikoff 1987: 978.

²⁶ Aleinikoff 1987: 980-981.

algunos, intrínsecamente gubernamentales, y otros intrínsecamente individuales. Pero la historia es otra. Los mismos intereses pueden ser concebidos, según conveniencia, ahora como individuales, ahora como gubernamentales, sobre la base de opciones discrecionales, si no arbitrarias, de los jueces mismos²⁷.

Los defectos apenas mencionados llevan Aleinikoff a algunas conclusiones sombrías, donde la ponderación aparece al mismo tiempo en la luz poco envidiable del fracaso y de la fraude. Según Aleinikoff, el proceso de ponderación, así como llevado a cabo por los jueces constitucionales, es «rudimentario», totalmente asistemático («ningún sistema de identificación, evaluación y comparación de intereses ha sido desarrollado»), limitado típicamente sólo a algunos tipos de conflictos (los entre intereses individuales y estatales), donde los pesos son asignados de manera arbitraria («son aseverados, no argumentados»), de forma que, paradójicamente, un método pensado para «limitar la subjetividad en la interpretación constitucional» se ha vuelto en herramienta que favorece toda manipulación²⁸. Como pone en luz la motivación mayoritaria en el ya citado caso *Lassiter*, la ponderación se ha vuelto en un mero juego de palabras: “ponderar” ya quiere decir utilizar un cierto conjunto de palabras apropiadas, aunque si no hay algún efectivo esfuerzo para ponderar los intereses contrarios, ni alguna convicción, ni creencia, en la corrección (*justness*) de la decisión que se toma: «La ponderación se ha vuelto jurisprudencia mecánica. Ha perdido su habilidad para persuadir»²⁹.

3.3. La crítica externa

La crítica externa consiste en sostener que hay buenas razones para abandonar, o limitar fuertemente, el recurso a la ponderación: no sólo de orden metodológico, como sugiere la crítica interna, sino también de orden cultural e institucional. Estas razones consisten, en particular, en sostener: en primer lugar, que la ponderación, a pesar de las pretensiones de sus partidarios, está lejos de ser justificada en un estado constitucional de derecho; en segundo lugar, que la ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional y de la misma constitución en cuanto conjuntos de normas jurídicas supremas.

La ponderación es instrumentalmente injustificada. A favor de la ponderación, y, más precisamente, en aras de presentarla como herramienta necesaria al buen funcionamiento de un estado constitucional, sus partidarios aducen que ella permite realizar un “doble control” sobre la resolución de los conflictos de intereses, complementando la tarea del legislador, favorece la representación de grupos so-

²⁷ Aleinikoff 1987: 981-982.

²⁸ Aleinikoff 1987: 982-983.

²⁹ Aleinikoff 1987: 983.

ciales no adecuadamente representados por el legislador, favorece la protección de derechos e intereses olvidados por la “política”, y, antes que todo, promueve la búsqueda de una interpretación constitucional que «armonice las normas y valores constitucionales con los intereses gubernamentales importantes» expresados por las leyes³⁰.

Según Aleinikoff, sin embargo, de todos estos argumentos sólo el último – el argumento de la armonización – parece *prima facie* adecuado. Se trata, empero, de una apariencia. El argumento supone, pues, que hay una manera constitucionalmente objetiva de valorar los actos e intereses legislativos; pero una tal posibilidad no existe; de forma que la pretensión que la ponderación sea al servicio, al mismo tiempo, de la constitución y de la legislación parece ser nada más que un truco retórico³¹.

La ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional y de la misma constitución en cuanto conjuntos de normas jurídicas supremas. La ponderación lleva a la destrucción del derecho constitucional, en cuanto objeto de un estudio doctrinal metódico y autorizado, y de la misma constitución, en cuanto conjunto de normas positivas soberanas. Esto ocurre, sostiene Aleinikoff, porque la ponderación favorece una manera de concebir al derecho constitucional que presenta los siguientes rasgos fundamentales:

1. la mejor manera de identificar el contenido y el alcance de los principios constitucionales es la que resulta de la ponderación de los intereses que chocan en los casos que se trate de decidir, sean ellos constitucionales o bien sub-constitucionales
2. los derechos individuales son, básicamente, intereses que suelen entrar en colisión y deben ser ponderados en relación a los casos;
3. la tarea de los juristas constitucionalistas es no ya la de interpretar la constitución, sino de desarrollar un «discurso general sobre la razonabilidad de la acción del gobierno»;
4. los métodos tradicionales de la interpretación constitucional – texto, precedentes judiciales, historia constitucional, intención del legislador, consecuencias, creencias morales – deben ser complementados por un método dotado de valor preponderante y definitivo: el método ponderativo, el cual identifica la interpretación correcta en la que pesa más en relación a los intereses en conflicto («el peso de los intereses en conflicto»: *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*)³².

Ahora bien, según Aleinikoff, estas maneras de pensar tienen algunos efectos desastrosos.

³⁰ Aleinikoff 1987: 984-985.

³¹ Aleinikoff 1987: 984-986.

³² Aleinikoff 1987: 987.

En primer lugar, en cuanto lleva a descuidar los textos, la historia, el precedente y hasta, quizás, la misma «tradicción ética», la ponderación se revela ser una posición de radical «no-interpretacionismo», que favorece la proliferación de una actitud de «“nihilismo doctrinalmente destructivo”» (en las palabras del juez Brennan³³) y propicia una «revuelta contra la teoría»³⁴, o bien su «devastación», pues hace «desaparecer el análisis constitucional»³⁵.

En segundo lugar, en cuanto dirige la atención de los jueces, cuando hay conflictos que involucran intereses no-constitucionales (es decir, que no son derechos individuales, sino intereses estatales), a concentrarse en los intereses estatales, favorece el desarrollo de un derecho que no es propiamente constitucional, sino «cerca de la constitución»³⁶.

En tercer lugar, y en fin, en cuanto lleva a considerar las disposiciones constitucionales como materiales que funcionan de «invitación para una discusión de buena política social», la ponderación «socava la función de control y validación del derecho constitucional», y destruye la supremacía de la constitución³⁷.

3.4. Para un mundo sin ponderación

La parte final de la doctrina Aleinikoff está dedicada a sostener que se puede, y se debe, vivir en un mundo constitucional sin ponderación.

La argumentación de Aleinikoff se articula en tres pasos. En el primer paso, Aleinikoff sostiene que la ponderación, contrariamente a lo que afirman sus partidarios, no es inevitable. En el segundo paso, sostiene que hay formas razonables de argumentación que no son ponderación (no-ponderar es razonable). En el tercer, y último, paso, sostiene que ya estamos en un mundo jurídico parcial, aunque marginalmente sin ponderación, de forma que se trata ahora de tomar la vía de una nueva época en el derecho constitucional americano. Una época en la cual la metáfora ya vieja y peligrosa de la ponderación sea remplazada por metáforas «nuevas y emancipadoras»³⁸.

La “doctrina Aleinikoff” representa, quizás, uno de los primeros ejemplos de crítica radical de la ponderación en cuanto “método de interpretación constitucional”. Según el análisis de Aleinikoff, un análisis que tiene homólogos prestigiados en el mundo “de derecho civil”³⁹, la ponderación es, básicamente, una fraude desde

³³ Aleinikoff 1987: 989.

³⁴ Aleinikoff 1987: 989.

³⁵ Aleinikoff 1987: 989-990, donde el autor cita el ejemplo de la sentencia *Tennessee v. Garner*.

³⁶ Aleinikoff 1987: 989: «constitutional law goes on next to the constitution».

³⁷ Aleinikoff 1987: 991.

³⁸ Aleinikoff 1987: 1005.

³⁹ Me refiero, en particular, a las posturas anti-ponderacionistas de Luigi Ferrajoli (véase por ejemplo los ensayos recogidos en Ferrajoli, Ruiz Manero 2014) y de Juan Antonio García Amado, sobre la cual diré algo infra, § 4.

el punto de vista metodológico: una máquina teatral-retórica, que oculta el arbitrio decisonal de los jueces bajo una apariencia engañosa de objetividad, racionalidad, y cientificidad. Trata-se, además, de una fraude peligrosa, pues amenaza el orden constitucional (la supremacía de la constitución) y la cultura jurídica, llevando a la destrucción de la ciencia del derecho constitucional.

Pasando del mundo anglosajón a la cultura “de derecho civil”, como veremos ahora, la ponderación permanece el objeto de críticas agudas. Sin embargo, la voz de los críticos tiene que competir con los argumentos de partidarios voluntariosos, empeñados a reivindicar sea la racionalidad, sea la legitimidad y la utilidad práctica de la ponderación en los estados constitucionales contemporáneos.

4. La teoría especificacionista

En diversos ensayos publicados a partir del año 2002, ahora reunidos en *La constitución. Modelo para armar*, José Juan Moreso se propone construir una teoría generalista y subsuntiva de la ponderación, que él mismo llama de “especificacionista”⁴⁰.

La teoría representa uno de los intentos más originales de concebir la ponderación como actividad de resolución de los conflictos entre principios constitucionales racionalmente controlable, cuyo productos son normas generales, relativamente estables y aplicables a los casos individuales mediante subsunción. Además, lo que acrece su interés teórico y práctico, la teoría de Moreso es desarrollada en vista de dos blancos. Por un lado, se contrapone a las teorías que rechazan cualquier forma de ponderación, considerándola necesariamente incompatible con la racionalidad en la aplicación del derecho⁴¹. Por el otro, se contrapone – con más detenimiento – a dos concepciones influyentes que, según Moreso, presentarían la ponderación como una operación irracional, caracterizada por una forma innecesariamente “radical” de “particularismo jurídico”. Trata-se, como veremos, de la concepción “de la jerarquía axiológica móvil” de Riccardo Guastini⁴² y de la concepción “proporcionalista” de Robert Alexy⁴³.

Cabe dudar – como veremos – de que la teoría de Moreso sea plenamente exitosa en su propósito de derrotar el particularismo y celebrar el triunfo de un racional-

⁴⁰ Moreso 2009a donde se encuentran: Moreso 2002a: 201-221; Moreso 2002b: 241-248; Moreso 2004: 293-307; Moreso 2007: 223-248; Moreso 2009b: 51-66. Ver también, Moreso 2012: 31-46. La denominación de “especificacionista” es un invento del mismo Moreso, a partir de una sugerencia de Dancy, el cual denomina de “expansionistas” a las teorías que, para solucionar los conflictos entre principios morales, eligen la vía de la “reducción” del “alcance” de los principios, y descartan la vía de la “reducción” de su “fuerza” (Moreso 2009b: 55-56).

⁴¹ Moreso 2004: 295-298, 302.

⁴² Moreso 2002a: 202-206, 220.

⁴³ Moreso 2009: 223-235.

lismo robusto en la ponderación⁴⁴. Sin embargo, ella representa una reflexión que merece atención. Antes de analizarla, y de poner en luz porqué puede sostenerse que no haya logrado plenamente su objetivo, es menester formular tres advertencias.

(1) Cabe destacar *dos fases* en el desarrollo de la teoría especificacionista. La primera fase, menos recién, se caracteriza por (lo que podemos llamar) un *modelo simple* de ponderación, articulado en tres etapas⁴⁵. La segunda fase, más recién, representa un afinamiento de la primera y se caracteriza, en cambio, por (lo que podemos llamar) un *modelo complejo* de ponderación, articulado en cinco etapas⁴⁶.

(2) La teoría especificacionista es *una teoría de la ponderación en sentido impropio*, no ya en sentido propio. Como señala Aleinikoff, y hemos visto tratando de la P-actividad (*supra*, § 2.3), a veces los juristas y teóricos del derecho utilizan “ponderación” en un sentido genérico e impropio, para referirse a «cualquier método de resolución de conflictos» normativos⁴⁷. En tales casos, puede pasar que un método de “ponderación” (en el sentido genérico e impropio de la expresión) no contemple la aplicación de algún principio de ponderación: no sea, en otros términos, un método de “ponderación” también en sentido propio. Ahora bien, en su teoría Moreso recomienda utilizar no ya un cualquier principio de ponderación, sino, como veremos, una particular técnica que, a la luz de la caja de las herramientas tradicionales de los juristas, consiste, en la fase del modelo simple (*infra*, § 3.1), en llevar a cabo una *re-interpretación restrictiva*, en la fase del modelo complejo (*infra*, § 3.2), en llevar a cabo una *concretización restrictiva*, de los principios en conflicto. La teoría especificacionista de Moreso es pues, en este sentido, una teoría de la ponderación *sin* ponderación.

(3) La teoría especificacionista es una *teoría normativa* de la ponderación (en el sentido genérico e impropio de “ponderación”). Se trata, en efecto, de un discurso que ni describe lo que los jueces en efecto hacen cuando “ponderan” principios constitucionales en conflicto, ni se limita a una operación de reconstrucción conceptual en relación al fenómeno “ponderación”, sino que elabora un “modelo” (pretendidamente) generalista (no-particularista) y racionalista de ponderación, y recomienda su adopción por parte de los jueces en alternativa al “modelo propor-

⁴⁴ Celano 2002; Celano 2005: 274-275; Clérico 2011; Cabra Apalategui 2014. El mismo Moreso parece admitir un éxito sólo parcial para su teoría: «Alguien puede considerar, con razón, que esta defensa del universalismo concede demasiado al particularismo, dado que sólo tenemos principios morales si los concebimos como incorporando conceptos evaluativos y en el razonamiento práctico el juego de estos principios está delimitado por el contexto del universo del discurso seleccionado y de los principios morales que consideramos aplicables. Sin embargo, aún con estos límites, la imagen del razonamiento práctico que obtenemos permite la subsunción de casos individuales en pautas generales y deja un razonable espacio para la articulación y la consistencia de las decisiones» (Moreso 2009b: 65; véase también Moreso 2007: 246-248).

⁴⁵ Moreso 2002a.

⁴⁶ Moreso 2004; Moreso 2007; Moreso 2009a.

⁴⁷ Aleinikoff 1987: 943.

cionalista” de Alexy. Además, en cuanto teoría normativa, la teoría de Moreso se diferencia también de la teoría de Guastini. En este caso, cabe notar, no ya porque Guastini proponga a su vez otro modelo normativo que Moreso rechaza (aunque, por supuesto, alguien podría utilizar la teoría de Guastini como base para un modelo normativo), sino porque la teoría de Guastini pertenece al rumbo de las teorías descriptivas y analíticas de la ponderación: no se propone prescribir cómo se debe ponderar, sino explicar en qué consiste típicamente, aquí y ahora, la operación de ponderación de principios llevada a cabo a menudo por los jueces constitucionales en los estados de derecho contemporáneos.

Mi análisis de la teoría especificacionista de la ponderación de Moreso procederá en cuatro pasos. En el primer paso, analizaré la teoría en la fase del modelo simple. En el segundo paso, la analizaré en la fase del modelo complejo. En el tercer paso, intentaré una defensa de la concepción alexyana de la ponderación, sosteniendo que ella se caracteriza por una posición de particularismo moderado, la cual se presenta, paradójicamente, como muy parecida al generalismo limitado abogado por Moreso. En el cuarto, y último, paso consideraré, si, y en que medida, la teoría de Moreso sea en efecto exenta de particularismo e irracionalismo, aprovechando de algunas críticas formuladas por Bruno Celano. Formularé pues algunas consideraciones conclusivas.

4.1. La ponderación (impropia) en la fase del modelo simple

El punto de partida para la elaboración del modelo simple de ponderación es representado por la teoría de la ponderación de Guastini. Según la correcta reconstrucción de Moreso, la teoría de Guastini se caracterizaría por las ideas siguientes:

1. En el razonamiento judicial, la ponderación interviene típicamente cual forma residual, o *by default*, de solucionar los conflictos entre principios constitucionales. En tales situaciones, en efecto, no es posible aplicar los tradicionales criterios de resolución de las antinomias (*lex superior*, *lex posterior*, y *lex specialis*), siendo los principios constitucionales, al mismo tiempo, de igual nivel jerárquico (formal), coevos, y tales que disciplinan clases de casos que se solapan sólo en parte, o sea que, en la conocida terminología de Alf Ross, dan lugar a antinomias parciales-parciales.

2. La ponderación consiste, típicamente, en establecer una *jerarquía axiológica* y *móvil* entre los principios en conflicto. La jerarquía es *axiológica* porque es construida por el mismo juez interprete (no es, pues, algo que pueda ser objeto de un cualquier “descubrimiento”), y sobre la base de juicios de valor necesariamente subjetivos (no hay valores “objetivos”, según la tesis del no-cognoscitivism ético que Guastini abarca), de manera que jueces diferentes pueden razonablemente establecer jerarquías diferentes entre los mismos principios en casos del mismo tipo. La jerarquía es, además, *móvil*: viene establecida *para un determinado caso concreto*, y

nada asegura que otro conflicto entre los dos mismos principios en relación a casos similares será resuelto de la misma forma en el futuro.

3. No obstante lo que parece ocurrir a menudo en la práctica judicial, las antinomias entre principios constitucionales no tienen necesariamente que ser resueltas mediante ponderación. En efecto, desde un punto de vista estrictamente metodológico, se las podría resolver también aplicando el criterio de la *lex specialis* (pero, sea dicho de paso, sería más exacto hablar del criterio de la *lex exceptionalis*): es decir, «reformulando en sede de interpretación uno de los dos principios, y precisamente introduciendo en él una clausula de excepción o de exclusión»⁴⁸.

La teoría de Guastini, en suma, pondría en luz que la ponderación, así como es típicamente llevada a cabo por los jueces en los estados constitucionales, consiste en una operación eminentemente (“radicalmente”) subjetiva, particularista (es decir, cuya relevancia es estructuralmente limitada al caso individual que se trata de decidir), y, por tanto, no racionalmente controlable.

Moreso se pregunta si no sea posible concebir la ponderación de una forma diferente: y, más precisamente, de una forma tal que pueda ser, en cambio, una operación objetiva, no-particularista (es decir, cuya relevancia no sea estructuralmente limitada al caso individual) y, por tanto, racionalmente controlable. La solución que propone a este problema de ingeniería doctrinal en la primera fase de su reflexión consiste, como dije, en dibujar un modelo simple de ponderación (en sentido impropio), alrededor de las ideas siguientes.

(1) En el derecho, así como en la moral, hay *casos paradigmáticos*. Hay, en otras palabras, casos para los cuales existen soluciones normativas comúnmente consideradas «obvias», y esto sobre la base de sólidas intuiciones normativas, aunque a menudo no articuladas. Por ejemplo:

«Publicar una noticia falsa, sin alguna prueba de su verdad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva de su honor (por ejemplo que un obispo, o un ministro del gobierno, o un profesor universitario es miembro de un grupo que se dedica a la explotación sexual de menores) es un caso donde la libertad de información debe ceder el paso frente al derecho al honor. Publicar la noticia verdadera que un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de dólares de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un caso donde la libertad de información es más importante del derecho al honor»⁴⁹.

(2) Los casos paradigmáticos funcionan de *límites objetivos* a los juicios de valor subjetivos de los interpretes. Ponen en tela de juicio a la tesis de la necesaria subjetividad radical de los juicios de valor, pues delimitan el área de las soluciones, y de las teorías, *admisibles*. En efecto, sostiene Moreso, las teorías de los derechos – por

⁴⁸ Guastini 1996: 144, citado por Moreso 2002a: 204, nota 8.

⁴⁹ Moreso 2002a: 206-207; Moreso 2009a: 61.

ejemplo, del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor – , que «no den cuenta de» las sólidas intuiciones normativas reflexionadas por los casos paradigmáticos, «no pueden considerarse admisibles»⁵⁰.

(3) En vía de estipulación teóricamente acertada, los conflictos entre principios (derechos) constitucionales pueden concebirse como conflictos entre «oraciones que establecen deberes o derechos no condicionales y *prima facie*». Los principios serían pues, más precisamente, normas «incondicionales derrotables» de la forma:

$$fT \rightarrow OB$$

es decir, normas cuyo antecedente contiene una condición tautológica (T), acompañada por un operador de revisión (*f*) que señala como la condición tautológica no sea condición suficiente de la consecuencia normativa (OB), sino sólo una condición contribuyente, junto con una o más condiciones de revisión⁵¹. De manera que, quizás, la forma lógica de los principios constitucionales, según esta concepción, podría también articularse así:

$$T \ \& \ \neg (E_1 \vee E_2 \vee \dots \vee E_n) \rightarrow OB$$

donde el antecedente contiene la condición tautológica más un conjunto de condiciones negativas disyuntivas⁵².

(4) Si los conflictos entre principios (derechos) constitucionales son conflictos entre normas derrotables, la «cuestión» que una teoría racionalista de la ponderación tiene que resolver, si quiere ser exitosa, es la siguiente: «cómo debemos hacer para explicitar» *todas* «las condiciones de aplicabilidad» de cada principio, en relación a otro con el cual está en conflicto, de manera tal «que el conflicto pueda ser evitado»⁵³. Esto es así porque:

«Si somos capaces de mostrar cómo esta operación deba ser llevada a cabo, la ponderación puede ser reducida a un tipo de subsunción, y el decisor que ha de aplicar principios podrá motivar racionalmente su decisión. Si, por el contrario, tal operación no puede ser llevada a cabo, la crítica particularista recuperará su fuerza y la motivación justificada no será posible»⁵⁴.

(5) En la filosofía jurídica contemporánea, la teoría de la ponderación de Alexy representa el intento más importante de concebir la ponderación como operación susceptible de control racional.

Alexy sostiene que para solucionar racionalmente un conflicto entre principios constitucionales es menester establecer el *peso* de cada principio en relación al caso

⁵⁰ Moreso 2002a: 207.

⁵¹ Moreso 2002a: 208-213.

⁵² He empleado esta forma en Chiassoni 2012: 310-312.

⁵³ Moreso 2002a: 213.

⁵⁴ Moreso 2002a: 213.

concreto en que el conflicto se ha producido. Este puede llevarnos a concluir, por ejemplo, que el derecho al honor pesa más de, y por lo tanto precede al, principio de libertad de expresión en las circunstancias C1 [(**DH P LE**) C1], pero pesa menos de, y por lo tanto no precede a, dicho principio en las circunstancias C2 [(**LE P DH**) C2]. A su vez, esta relación de «precedencia condicionada» nos permite «obtener una regla para resolver el caso» en fuerza de la «ley de colisión», según la cual:

«Si el principio **P1**, bajo las circunstancias C, precede al principio **P2** [(**P1 P P2**) C], y si de **P1** en las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C → R»⁵⁵.

Alexy piensa, además, que esta forma de concebir la ponderación realice una conciliación entre «la ponderación en el caso particular y la universalidad»⁵⁶. Esto sería así porque cada oración de precedencia ponderada puede ser concebida como una oración que atañe a *clases de circunstancias*, instanciadas por las circunstancias en el caso particular, de modo que la ponderación se revela ser una operación sujeta al control de la razón.

(6) Sin embargo, según sostiene Moreso, Alexy fracasa en su intento de establecer la racionalidad de la ponderación mediante la idea del peso y la ley de colisión. Por dos razones.

En primer lugar, la teoría de Alexy no proporciona alguna solución para el conflicto entre dos principios, **P1** y **P2**, cuando se den simultáneamente sea las circunstancias C1 (en las cuales, en hipótesis, **P1 P P2**), sea las circunstancias C2 (en las cuales, en hipótesis, **P2 P P1**). Para solucionar un tal conflicto, se requiere necesariamente considerar otras circunstancias, también presentes (por ejemplo, C3), cuya presencia otorga más peso, pongamos, a **P1** que a **P2**. Pero nada impide que si están presentes C1 y C2 y C4, **P2** tenga mayor peso que **P1**, y así en adelante «hasta el infinito», dado que, como argumentaría «un particularista», las «circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas»⁵⁷.

En segundo lugar, tampoco sirve concebir cada principio como una norma que vale, a menos que no colisione con otro principio que, «en las circunstancias del caso», pesa más, porque esta manera de proceder pone simplemente en luz que los principios son normas derrotables (*prima facie, ceteris paribus*), sin indicar alguna manera racional de proceder para establecer cuando el otro principio en colisión pese más⁵⁸.

⁵⁵ Moreso 2002a: 214.

⁵⁶ Moreso 2002a: 215.

⁵⁷ Moreso 2002a: 215.

⁵⁸ Moreso 2002a: 215.

(7) Hay en efecto una «única forma de huir del particularismo». Esta forma consiste en «concebir una reformulación *ideal* de los principios [en conflicto, ndr] que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes»⁵⁹. En la práctica, esto puede lograrse sólo gradualmente: por vía de acercamientos sucesivos hacia la meta final de la reformulación ideal. Puede pasar por ejemplo que, en los conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor, se empiece considerando relevantes las propiedades verdad y relevancia pública de la noticia. Y que, después, se presente un conflicto en el cual la noticia, verdadera y dotada de relevancia pública, fue comunicada de una forma (innecesariamente) injuriosa. En tal caso, también la propiedad forma (innecesariamente) injuriosa de la noticia puede ser añadida al conjunto de las propiedades relevantes – típicamente, mediante la técnica del *distinguishing* – y llevar a una conclusión normativa diferente⁶⁰.

En términos de Alchourrón y Bulygin, un poco revisados en aras de presentar la posición de Moreso en la forma más clara, el proceso de reformulación ideal de dos principios en conflicto parte de una tesis de relevancia de carácter provisional, construida a partir de los casos paradigmáticos del tiempo, y procede mediante enriquecimientos progresivos, a la luz de la experiencia y de intuiciones normativas sucesivas, hacia el punto final de la completa reformulación ideal.

En términos de Hare, que Moreso también utiliza, el proceso de reformulación ideal de principios constitucionales en conflicto tiene como punto de partida la *constitución* (que podríamos llamar) *intuitiva* y como punto de llegada la *constitución* (que podríamos llamar) *crítica*. Parte de un texto constitucional y de un conjunto de principios *prima facie*, que pueden colisionar y se «presentan en el trasfondo de un contexto inarticulado» (equivalente al “Master Book” de Alchourrón), e intenta llegar a un conjunto de «principios articulados en un esquema general que proporciona una respuesta unívoca para cada caso, porque cada caso individual representa una instancia de un caso genérico que pone el caso en relación con una solución normativa, haciendo posible la subsunción»⁶¹.

Estamos así en condición de formular el *modelo simple* de ponderación, en tres etapas, que caracteriza la primera fase de la reflexión de Moreso.

En la *primera etapa*, el interprete debe identificar los principios que forman la *constitución intuitiva*, en relación a un cierto universo de discurso (por ejemplo, en relación a la difusión de noticias sobre hechos personales por medios de comunicación), concibiéndolos como normas derrotables (normas *prima facie*).

En la *segunda etapa*, el interprete debe identificar los principios *inderrotables* que forman la *constitución crítica*. Esto requiere revisar los principios *prima facie* que componen la *constitución intuitiva*, y volverlos en principios *inderrotables*, uti-

⁵⁹ Moreso 2002a: 215.

⁶⁰ Moreso 2002a: 215-217.

⁶¹ Moreso 2002a: 218.

lizando los casos paradigmáticos como base objetiva de la operación. La revisión consiste, en particular, en especificar las condiciones de aplicación de cada principio *prima facie*, cumpliendo una operación de re-interpretación restrictiva de dichos principios, que tenga como resultado un conjunto de principios especificados en manera tal que disciplinen en forma exhaustiva y consistente todos los casos del universo de discurso considerado.

En la *tercera*, y última, *etapa*, el interprete debe aplicar los principios especificados e inderrotables de la constitución crítica a los casos individuales, mediante subsunción.

(8) La concepción especificacionista de la ponderación sería, en suma, una concepción genuinamente racionalista, que escapa al particularismo. Por las siguientes razones:

Primero, rechaza el subjetivismo radical, asumiendo que ninguna teoría de la ponderación sea admisible si no respeta el dato objetivo representado por los casos paradigmáticos;

Segundo, limita la “movilidad” de las revisiones de los principios *prima facie*, porque estas siempre deben tener en cuenta los casos paradigmáticos;

Tercero, admite que la misma constitución intuitiva haga posible diferentes idealizaciones, es decir, que hay diferentes formas de identificar la constitución crítica, pero sostiene que es «muy probable» que las diferentes idealizaciones se solapen en parte, es decir, determinen de una misma manera ciertos casos;

Cuarto, empuja la indeterminación al margen: allí donde las diferentes idealizaciones, las diferentes formas de identificar la constitución crítica, no se solapan, sino proporcionan soluciones diferentes y alternativas para los mismos casos;

Quinto, pone la ponderación al servicio de la subsunción, aunque el objetivo del juez constitucional que se limite a subsumir los casos en principios revisados e inderrotables sea un *objetivo ideal*:

«*idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de una manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos»⁶².

4.2. La ponderación (impropia) en la fase del modelo complejo

En la segunda fase de su desarrollo, la teoría especificacionista de Moreso se presenta como tercera vía en el marco de las concepciones de la racionalidad prác-

⁶² Moreso 2002a: 220.

tica: la vía de la concepción ponderativa-subsuntiva (generalista ponderativa), cual alternativa intermedia entre los extremos representados, respetivamente, por la concepción subsuntiva (universalista subsuntiva) y por la concepción particularista (particularista ponderativa)⁶³.

La *concepción universalista subsuntiva* hace depender la racionalidad en las cuestiones prácticas de la certeza. Un sistema normativo es racional si, y sólo si, garantiza la certeza. La certeza sólo puede realizarse si cualquier caso individual que se presente puede ser subsumido en una, y una sola, pauta universal; o bien, dicho de otra forma, si todos los casos individuales resultan regulados por un conjunto completo y consistente de pautas universales⁶⁴. Esto requiere, a su vez, que cada pauta sea formulada de manera tal que contenga la especificación de *todas* sus condiciones, positivas y negativas, de aplicación, y, además, que ella encaje perfectamente con las demás pautas del sistema. Esto, cabe notar, supone la posibilidad de resolver el problema del conde Windischgräff al cual alude Kant en *La paz perpetua*⁶⁵. Trata-se del problema, que ya hemos encontrado, de identificar la *formulación ideal, completa en sus especificaciones*, de las pautas en conflicto; o bien, como veremos (*infra*, § 3.4.), del problema de identificar la “tesis de relevancia última” del sistema normativo. Aplicada al derecho de un estado constitucional, la concepción universalista subsuntiva requiere:

«realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que [no haya comportamiento no regulado y] los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí»⁶⁶.

La *concepción particularista ponderativa*, en cambio, asume la imposibilidad de resolver el problema del conde Windischgräff y condiciona la racionalidad en las cuestiones prácticas a la corrección sustantiva: la decisión de una cuestión práctica es racional si, y sólo si, realiza la corrección en el caso concreto. Esto no excluye que las decisiones puedan ser justificadas, o sea, no hace imposible proporcionar razones a favor de ellas; pero estas razones no necesariamente valen en casos futuros *prima facie* del mismo tipo, porque pueden darse circunstancias diferentemente «moldeadas», que requieren una decisión correcta diferente:

«el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia»⁶⁷.

⁶³ Moreso 2004: 293-307.

⁶⁴ Moreso 2004: 295-296.

⁶⁵ Moreso 2004: 296.

⁶⁶ Moreso 2004: 298.

⁶⁷ Moreso 2004: 298.

Dichos en otros términos, la racionalidad particularista requiere considerar las normas que justifican las decisiones individuales como normas siempre derrotables en relación a las circunstancias de cada caso individual.

Según Moreso, en la teoría del derecho contemporánea, la teoría de la ponderación de Alexy sería un ejemplo paradigmático de «estrategia particularista», en la cual la ponderación es concebida como «dependiente del contexto»⁶⁸. Por las siguientes razones.

(1) La ponderación, según Alexy, debe operarse mediante la llamada formula del peso y aplicando la “ley del balance”, conforme a la cual: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁹.

En su forma más simple, la formula compara el peso de dos principios en conflicto (P_i, P_j), en relación a un caso concreto C , estimando el peso de la interferencia de P_j sobre P_i (el grado de no satisfacción o de lesión de P_i en el caso en que se adopte un cierto curso de acción, A , que favorece P_j) y el peso de la interferencia de P_i sobre P_j (el grado de no satisfacción o de lesión de P_j en el caso en que no se adopte el curso de acción A , que lo favorece):

$$W_{i,j} = I_i / I_j.$$

En una forma más compleja, la formula del peso compara el peso de dos principios en conflicto (P_i, P_j), en relación a un caso concreto C , no sólo en relación al grado de las interferencias recíprocas, sino también en relación al peso abstracto de cada principio (W_i, W_j):

$$W_{i,j} = W_i \cdot I_i / W_j \cdot I_j.$$

En una forma aún más compleja, en fin, hace falta considerar también el grado de seguridad epistémica (*reliability*) de los valores atribuidos a las variables W_i, W_j y I_i y I_j (S_i, S_j):

$$W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot S_i / W_j \cdot I_j \cdot S_j.$$

En vía de estipulación, Alexy establece que las variables W e I pueden valer 1 (2^0), 2 (2^1), o bien 4 (2^2). En relación a la variable I , estos valores corresponden a una interferencia leve, media o grave. En relación a la variable W , ellos corresponden a un peso abstracto leve, medio o máximo. En cambio, la variable S puede valer 1 (certeza), 1/2 (plausibilidad), o 1/4 (no evidente falsedad).

Una vez que se sea atribuido un valor numérico a las variables, si el cociente que se obtiene es mayor de 1, el principio pesado al numerador (P_i) pesa más del, y por ende prevalece sobre el, principio pesado al denominador (P_j). En cambio, si el cociente que se obtiene es menor de 1, el principio pesado al denominador (P_j) pesa

⁶⁸ Moreso 2004: 299-301.

⁶⁹ Moreso 2007: 227; Moreso 2009a: 310.

más del, y por ende prevalece sobre el, principio pesado al numerador (P_i). En fin, si el cociente que se obtiene es 1, los dos principios tienen el mismo peso, en relación al caso C, y por ende cualquier decisión, a favor de uno o de otro, está justificada. Si el empate se produce al nivel de la adopción de una medida legislativa, el legislador goza entonces de discreción «para afectar uno u otro derecho»⁷⁰.

(2) Desafortunadamente, la operación de ponderación, así como concebida por Alexy, se muestra gravemente viciada de particularismo: no es sujeta, ni sujetable, a control racional. Por tres razones, que se añaden a, y complementan, las críticas que Moreso formula en contra de la concepción de Alexy en la fase del modelo simple de su teoría (*supra*, § 3.1.).

En primer lugar, la determinación del peso abstracto de los principios, si se quiere evitar que sea totalmente arbitraria, requiere elaborar una teoría de los principios (y derechos) constitucionales que proporcione una escala de valor adecuadamente justificada. Sin embargo, Alexy no proporciona una tal teoría, y, lo que es más, cabe dudar que ella sea alcanzable. Esto sugiere que la variable del peso abstracto abre la puerta a la indeterminación y a la arbitrariedad: a una discreción incontrolable de los decisores.

En segundo lugar, en lo que concierne a la determinación del grado de las interferencias recíprocas, Alexy tampoco proporciona criterios que trasciendan el caso particular: la evaluación del grado de intensidad de una interferencia depende de propiedades específicas del caso, cuyo valor en casos sucesivos no puede predecirse.

En tercer lugar, y en fin, el mismo Alexy insiste «en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual»⁷¹. Se trata, pues, de una ponderación *ad hoc*, que abandona el «modelo generalista de toma de decisiones», basado en pautas generales (aunque derrotables), a favor de un modelo «particularista», para el cual «una sola propiedad diferente [...] puede comportar una solución diversa para el caso»⁷².

En consideración de los vicios sea de la concepción universalista subsuntiva, por un lado, sea de la concepción particularista de la racionalidad práctica (en particular, en su variante jurídica representada por la teoría de la ponderación de Alexy), por el otro, Moreso sostiene que la única alternativa practicable sea una concepción ponderativa-subsuntiva. Esta concepción entiende la ponderación de una manera no particularista – es decir, no dependiente del contexto identificado por cada caso individual de conflicto –, y más precisamente como la operación que:

«permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios – pautas con las condiciones de aplicación abiertas –, a

⁷⁰ Moreso 2007: 228; Moreso 2009a: 311.

⁷¹ Moreso 2007: 233; Moreso 2009a: 313.

⁷² Moreso 2007: 233-234; Moreso 2009a: 313-314.

reglas – pautas con las condiciones de aplicación clausuradas –, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema determinado»⁷³.

La actividad de ponderación, así entendida, debe ser desarrollada en cinco etapas. Tenemos aquí, finalmente, el *modelo complejo* de ponderación:

- (1) delimitación del ámbito comportamental del problema normativo;
- (2) identificación de las pautas *prima facie* aplicables;
- (3) identificación de los casos paradigmáticos;
- (4) identificación de las propiedades relevantes;
- (5) formulación de las reglas.

La *primera etapa* es dedicada a la *delimitación del ámbito comportamental del problema normativo*. Se trata, más precisamente, de seleccionar un determinado universo de conductas (en la terminología de Alchourrón y Bulygin: el universo del discurso) en relación al cual se pone un problema de regulación jurídica. Este universo de conductas representa un subconjunto, bastante reducido, del conjunto de todas las acciones humanas posibles. Puede ser, por ejemplo, el universo de «las acciones y omisiones de aquellos que están en posición de garante en relación con los tratamientos médicos necesarios para salvar la vida [...] de una persona» (evocado por los hechos en el caso del “niño Marco”)⁷⁴; o bien el universo de las «acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas» (evocado por los hechos en el caso *Titanic*)⁷⁵.

La *segunda etapa* concierne a la *identificación de las pautas prima facie aplicables*. La segunda etapa requiere conocer el derecho vigente en un determinado estado constitucional. Lleva, típicamente, a identificar algún subconjunto de principios (derechos) constitucionales, los cuales deben ser entendidos, programáticamente, como normas derrotables (normas con condiciones de aplicación abiertas)⁷⁶. Por ejemplo: en relación al primer problema normativo, relevan los derechos constitucionales a la vida y a la libertad religiosa, y las normas penales en tema de homicidio, incluidas las causas de justificación; en relación al segundo problema normativo, relevan en cambio los principios constitucionales de libertad de expresión y del derecho al honor.

⁷³ Moreso 2004: 302.

⁷⁴ Moreso 2004: 303. En el caso del niño Marco, los padres permitieron al hijo, menor de trece años y como ellos testigo de Jehová, de rechazar una transfusión de sangre, con consiguiente deceso del niño por hemorragia cerebral. El Tribunal constitucional español (STC 154/2002) consideró la conducta de los padres legítima, por ser ejercicio del derecho a la libertad religiosa en un contexto en el cual, frente a la decidida oposición del menor, todo intento de persuasión parecía condenado al fracaso.

⁷⁵ Moreso 2007: 238-239. En el caso *Titanic*, uno de los ejemplos predilectos de Alexy, la Corte constitucional alemana consideró llamar a un oficial de la reserva parapléjico “asesino nato” un caso de legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de un periódico satírico, mientras que consideró ilegítimo, por violación de su derecho al honor, apostrofar al mismo oficial de “tullido”.

⁷⁶ Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239-240.

La *tercera etapa* concierne a la *identificación* (“consideración”) de los casos *paradigmáticos* en relación al problema normativo previamente seleccionado. Los casos paradigmáticos, como hemos visto (*supra*, § 3.1.), son casos, reales o hipotéticos, para los cuales hay una solución que, en hipótesis, es «obvia», pues (se asume que) “todos”, en la cultura jurídica, la juzgan jurídicamente correcta. Constituyen el «trasfondo», «a menudo inarticulado», en el cual «el razonamiento práctico tiene lugar»⁷⁷. Proporcionan, en fin, el criterio objetivo para evaluar la admisibilidad de las reinterpretaciones y especificaciones (Moreso las llama «reconstrucciones») de las pautas *prima facie* relevantes identificadas en la segunda etapa, pues, como hemos visto, las reconstrucciones que no den cuenta «adecuadamente» de dichos casos deben considerarse inadmisibles⁷⁸. Por ejemplo, en relación al primer problema normativo, son casos paradigmáticos: el caso de los padres que, frente a la necesidad de tratamientos médicos vitales para un hijo menor, considerando dichos tratamientos en violación de sus preceptos religiosos, mantienen el niño en la casa, sin llamar algún médico, hasta la muerte, en el cual los padres tenían pacíficamente el deber de procurar al hijo menor el tratamiento médico necesario y por lo tanto son culpables de homicidio; el caso del mayor de edad que conscientemente rechaza una transfusión de sangre, a coste de la vida, en conformidad a sus creencias religiosas, en el cual el sujeto tiene pacíficamente el derecho de rechazar el tratamiento sanitario y sus padres, en hipótesis de la misma fe, no tienen algún deber de convencerlo de lo contrario⁷⁹.

La *cuarta etapa* concierne a la *identificación de las propiedades relevantes* del universo de discurso que forma el ámbito comportamental del problema normativo. Son relevantes las propiedades cuya presencia o ausencia determina una diferente solución para el problema normativo. La identificación de las propiedades relevantes se hace, antes que todo, a partir de los casos paradigmáticos. Esta operación lleva – en una terminología que Moreso no utiliza, pero que me parece esclarecedora – a la identificación del *conjunto originario* de propiedades relevantes. Este conjunto puede cambiar en presencia de casos a la luz de los cuales otras propiedades también deben ser consideradas relevantes, en un proceso tendencialmente inagotable. Cuando Moreso, en relación al primer problema normativo, afirma ser:

«claramente relevantes las siguientes propiedades: la mayoría de edad de la persona en peligro de muerte, su consentimiento serio, libre y consciente, las convicciones religiosas de la persona en peligro y de las personas en la situación de garantes, la adecuación de los comportamientos omitidos para la salvación de la vida en peligro»⁸⁰,

⁷⁷ Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239.

⁷⁸ Moreso 2004: 303; Moreso 2007: 239.

⁷⁹ Moreso 2004: 303-304; son casos paradigmáticos en relación al segundo problema, como hemos visto antes (§ 3.1.), el caso del obispo de Barcelona y el caso de ministro del gobierno. Los casos son mencionados también en Moreso 2007: 240.

⁸⁰ Moreso 2004: 304.

llega a identificarlas precisamente sobre la base de los casos paradigmáticos existentes y de los conjeturables a la luz de los casos reales y de las pautas que ejemplifican.

La quinta, y última, etapa concierne a la formulación de un conjunto de reglas exhaustivas, «que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso», identificados combinando las propiedades relevantes⁸¹. Por ejemplo, en relación al primer problema normativo, sería antes que todo posible identificar dos reglas:

R1: Si el enfermo es mayor de edad (M) y éste rechaza conscientemente y libremente un tratamiento sanitario vital (RC), es obligatorio omitir el tratamiento sanitario (O-T) [es decir: para el caso 1) $M \ \& \ RC$, vale la regla: $M \ \& \ RC \rightarrow O-T$]

R2: Si el enfermo es menor de edad ($\neg M$) y no es capaz de prestar su consentimiento libremente ($\neg RC$), es obligatorio que los en posición de garantía realicen todas las acciones a su alcance tendientes a proporcionar tratamiento médico adecuado (OFT) [es decir: para el caso 2) $\neg M \ \& \ \neg RC$, vale la regla: $\neg M \ \& \ \neg RC \rightarrow OFT$, donde “FT” está por “realizar todas las acciones a su alcance tendientes a proporcionar tratamiento médico adecuado”].

El universo de casos que podemos identificar a la luz de dichas propiedades relevantes, sin embargo, incluye dos otros casos más:

- 3) $M \ \& \ \neg RC$
- 4) $\neg M \ \& \ RC$.

Estos también tienen que ser conectados a soluciones normativas unívocas. Por ejemplo, estableciendo dos reglas más:

- R3: $M \ \& \ \neg RC \rightarrow OFT$
- R4: $\neg M \ \& \ RC \rightarrow O-T \ \& \ \neg OFT$

donde la regla R4, sea dicho de paso, corresponde a la regla dictada por el Tribunal constitucional español en el caso del niño Marcos⁸².

Al margen de la exposición de su modelo especificacionista de ponderación en cinco etapas, Moreso sostiene haber logrado el objetivo de sujetar la ponderación al control de la razón, huyendo de los vicios sea del universalismo subsuntivo, sea del particularismo ponderativo. Y esto gracias a:

«un modo de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la

⁸¹ Moreso 2004: 304; Moreso 2007: 241-242.

⁸² He proporcionado una reconstrucción algo más esquemática de la quinta etapa de la ponderación según el modelo propuesto por Moreso. Los lectores filológicos pueden ver Moreso 2004: 304; Moreso 2007: 241-242, en lo que atañe al segundo problema normativo, ejemplificado por el caso *Titanic*.

propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de [un cierto] ámbito normativo resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción [ya] llevada a cabo o [bien] debe mostrar una propiedad relevante, *no apreciada previamente*, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho»⁸³.

He citado este paso porque, con un candor adamantino, sugiere que la conclusión de Moreso (haber logrado el objetivo de una concepción racionalista de la ponderación, exenta de los vicios propios del universalismo y del particularismo – que podemos resumir, respetivamente, en un optimismo y pesimismo de la razón injustificados) depende aparentemente de una doble exageración. Por un lado, Moreso exagera el particularismo de la concepción alexyana de la ponderación, presentándola, para decir así, como más particularista de lo que en efecto es. Por otro lado, Moreso exagera el no-particularismo de su propia concepción especificacionista de la ponderación, presentándola como menos particularista de lo que en efecto es.

Me ocuparé brevemente de la primera exageración a continuación, intentando una defensa de la racionalidad (moderada, realista) del modelo alexyano de ponderación (§ 4.3.). Trataré después de la segunda exageración: en primer lugar, sobre la base de un argumento “desde abajo”, a partir del análisis de un caso judicial (§ 4.4.); en segundo lugar, analizando el debate entre Celano y Moreso (§ 4.5.).

4.3. Una defensa del modelo alexyano de ponderación

Moreso, como hemos visto, sostiene que la ponderación, así como la concibe Alexy, es una operación viciada de particularismo, y, por lo tanto, no sujeta a control racional. Mientras que su concepción, la concepción especificacionista, sería en cambio: (1) «generalista», (2) dependiente del contexto delimitado «por el universo del discurso escogido y por los principios considerados», y no ya por «las circunstancias» de los casos concretos aisladamente considerados, (3) donde hay espacio para la indeterminación (sea por efecto de la vaguedad de los términos de clase presentes en las pautas, sea por efecto de la sub-determinación de los principios *prima facie*, que permite reconstrucciones admisibles alternativas entre sí: véase § 3.1. en fin), y en fin, (4) que considera «una reconstrucción completa y consistente del universo definido por los derechos fundamentales» como un «ideal regulativo» inalcanzable por los seres humanos⁸⁴.

⁸³ Moreso 2004: 305, cursivos míos; Moreso 2007: 242-243.

⁸⁴ Moreso 2007: 246-248; Moreso 2004: 305, donde, como se ha visto, se habla de una «limitada generalidad».

Ahora bien: la crítica de Moreso no parece acertada. Dejando de lado la caracterización de la posición especificacionista ahora considerada, de la cual me ocuparé a continuación, cabe notar que Moreso parece identificar sin más la concepción alexyana de la ponderación con la formula del peso y la ley del balance. Pero, haciendo así, él considera sólo un lado, aunque por supuesto el más específico, de la ponderación alexyana. Cabe notar, en efecto, que la formula del peso, la ley del balance y las estipulaciones acerca de las variables y de su peso numérico juegan el mismo papel, en relación a la ponderación, de las reglas y formas de la justificación interna en relación a la aplicación judicial del derecho mediante subsunción. El *modus ponens* – en la forma más simple o más general –, junto a las cinco reglas de la justificación interna, proporciona un modelo de estructura lógica del razonamiento subsuntivo. Análogamente, la formula del peso, junto a la ley de ponderación y a las estipulaciones sobre variables y pesos numéricos, proporciona un modelo de estructura lógica del razonamiento ponderativo. Esto quiere decir que la formula del peso, en relación a un cualquier caso concreto de conflicto entre principios constitucionales resuelto por un órgano jurisdiccional, sólo proporciona una representación sinóptica (una “herramienta de presentación”) de las asunciones de las cuales depende la resolución del conflicto. Pero estas asunciones – por ejemplo, que el peso abstracto del principio P1 es 4, que el grado de interferencia en el principio P1 es 2, etc. – deben a su vez ser justificadas: es decir, es menester que el juez proporcione argumentos adecuados para presentar cada asunción como jurídicamente correcta. ¿Cómo se puede llevar a cabo una tal tarea?

Moreso sostiene que Alexy no proporciona ni una teoría de los pesos abstractos de los principios constitucionales, ni criterios para establecer de una forma objetiva el grado de las interferencias recíprocas. Esto es verdad. Se trata, empero, de una verdad parcial. Alexy, en efecto, proporciona una teoría de la argumentación jurídica, en cuanto “caso especial” de justificación práctica racional, y sugiere que la justificación de cualquier operación de ponderación, si quiere ser racional, debe ser conforme sea a las reglas y argumentos de la justificación jurídica, sea, en forma residual, a las reglas y formas del discurso práctico racional. Esta consideración nos lleva a una conclusión: la operación de ponderación, según la concepción de Alexy, no tiene, ni puede tener, el grado extremo de particularismo que Moreso le atribuye. Las reglas de la argumentación racional requieren, entre otras cosas: que los jueces nunca procedan de manera arbitraria; que sus asunciones siempre tengan una dimensión universal, que les hace relevantes, en línea de principio, para clases de casos; que los casos nuevos sean calificados a la luz de los casos ya decididos, según analogías y diferencias justificables como relevantes; que los precedentes judiciales sean tenidos en cuenta. Todo esto lleva, programáticamente (*by design*), a que la ponderación en relación a cada caso concreto adquiera una dimensión general, que lo trasciende. El juicio individual de prevalencia del principio P1 sobre el principio P2 en relación al caso individual C asume valor de precedente, y por lo tanto de

instancia de un juicio general de prevalencia de P1 sobre P2 en todos los casos que sean, jurídicamente, como C. Y valor de precedente asumen también los juicios parciales de los cuales el juicio ponderativo depende: en particular, los juicios acerca del peso abstracto de los principios en conflicto y los juicios acerca del grado de las interferencias reciprocas. Por supuesto, nada asegura que estos juicios generales no se revelen inadecuados frente a un caso concreto que posee propiedades “nuevas” (nunca consideradas relevantes por el pasado), las cuales pueden razonablemente ser consideradas relevantes y llevar a conclusiones diferentes. Pero: ¿no pasa acaso *exactamente lo mismo* en la concepción generalista de Moreso? ¿No admite Moreso, pacíficamente, que un nuevo caso individual pueda presentar una propiedad relevante, *no apreciada previamente*, que permite resolverlo de un modo diverso?⁸⁵

En suma, cualquier diferenciación tajante entre la teoría de la Alexy y la teoría de Moreso, bajo el perfil del grado de particularismo, parece ilusoria. Es el fruto, como dije antes, de una exageración.

4.4. La concepción especificacionista en la tela del caso *Ser.com*

Moreso, como dije, parece haber exagerado no sólo el particularismo de la concepción alexyana de la ponderación, sino también, y especularmente, el no-particularismo de su propia concepción especificacionista.

En soporte de esta segunda crítica, antes de considerar el debate Celano - Moreso, voy a utilizar un argumento “desde abajo”: es decir, a partir del análisis de sentencias judiciales. A tal fin, la sentencia en el caso español *Ser.com* parece muy sugerente⁸⁶. Por dos razones. Por un lado, como veremos, muestra cuán fácil pueda ser derrotar a los “casos paradigmáticos”, así poniendo en tela de juicio su capacidad de funcionar de criterios efectivos de control racional sobre la ponderación. Por el otro, sugiere, a la luz de un simple experimento mental, la equivalencia funcional entre el modelo de ponderación especificacionista y el modelo de ponderación proporcionalista.

En la sentencia *Ser.com*, de finales de diciembre de 2009, dos periodistas son condenados por el delito de “revelación de secretos”, por haber publicado en la página web de la emisora radiofónica *Ser* una lista de militantes de un partido político español, el Partido Popular, que se habían afiliado irregularmente, en el contexto de luchas internas al mismo partido.

La condena sigue de un razonamiento en el cual el juez, después de haber subsumido la conducta de los periodistas en una norma penal sancionatoria (derivada del art. 197 ap. 2 y 7 del Código penal español), excluye que ellos puedan valerse de la

⁸⁵ Moreso 2004: 305.

⁸⁶ El caso es analizado en Atienza 2012a: 10-12, 20. Su análisis y sus comentarios forman la base de las presentes consideraciones.

eximente del ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y esto por «tres razones»: primero, «internet no es un “medio de comunicación social, sino universal”»; segundo, «revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona, al tratarse de un dato de “absoluta privacidad”»; tercero, «la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla»⁸⁷.

La sentencia fue duramente criticada. Se ha sostenido: en primer lugar, que «el juez no había tenido en cuenta la prevalencia constitucional del derecho a informar» sobre el derecho de protección de la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general»; en segundo lugar, que el juez había «pasado por alto también la veracidad de la noticia y la profesionalidad con la que había sido elaborada»; en tercer, y último, lugar, que «calificar a internet de medio de comunicación no social, sino universal, era un puro despropósito»⁸⁸.

Ahora bien, si leemos la motivación de la sentencia en el caso *Ser.com* con las gafas de la teoría especificacionista de Moreso, esta se muestra altamente instructiva. Nos proporciona, pues, un ejemplo tajante del fracaso de la (presumida) capacidad de los casos paradigmáticos de funcionar de herramientas eficaces de control racional sobre las decisiones judiciales.

Las críticas llevadas en contra de la decisión se fundan, precisamente, sobre el carácter paradigmático del caso, aunque no utilicen tal terminología. Nos dicen, pues, que estamos en una situación de conflicto entre dos derechos constitucionales, el derecho a informar y el derecho de privacidad, donde la noticia revelada era, al mismo tiempo, verdadera (V) y dotada de una indudable relevancia pública (RP); de modo que la solución correcta no podía ser sino la solución obvia que adscribe prevalencia al derecho a informar sobre el derecho de privacidad.

También la decisión del juez, sin embargo, puede explicarse en términos de la teoría especificacionista. ¿Qué hizo, en efecto, el juez? El juez, lejos de “pasar por alto” la verdad y la relevancia pública de la noticia, como sostienen los críticos de la sentencia mencionados arriba, ha considerado dichas propiedades como *no suficientes* para justificar la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho de privacidad; ha considerado que, en el caso individual, el conjunto de las propiedades relevantes tenía que ser modificado (revisado, ulteriormente especificado), *considerando relevantes nuevas propiedades* hasta aquel momento no consideradas tales, y precisamente: el carácter universal, y no simplemente social, del medio de comunicación (U), la elevada intensidad de la lesión del derecho de privacidad (EL), y, en fin, lo que podríamos llamar el exceso de información (EI), consistente en proporcionar una información sin duda dotada de relevancia pública, pero demasiado detallada en relación al fin de información perseguido. De forma que, en el fallo

⁸⁷ Atienza 2012a: 11.

⁸⁸ Atienza 2012a: 11-12.

Ser.com, el principio de libertad de información resulta especificado de la manera siguiente:

$$V \ \& \ RP \ \& \ \neg U \ \& \ \neg EL \ \& \ \neg EI \ \rightarrow \ PD$$

que se lee: si una noticia es verdadera (V), dotada de relevancia pública (RP), no comunicada a través de un medio de comunicación universal ($\neg U$), no tal de comportar una elevada lesión de la privacidad ($\neg EL$), y no tal de realizar un exceso de información ($\neg EI$), es permitida su difusión.

El caso, como dije, es sugerente también por otra razón. Atienza, en comentarlo, observa que no resulta difícil reconstruir argumentaciones originalmente formuladas en términos, para decir así, no-alexyanos, reformulándolas en términos alexyanos:

«por ejemplo, en el caso de los periodistas de la cadena Ser, cabría decir que el juez entendió que la afectación a la intimidad había sido intensa, mientras que la satisfacción del derecho a informar, simplemente media (pues podía haberse logrado sin lesionar – o sin lesionar tanto – a la intimidad)»⁸⁹.

El comentario de Atienza sugiere (lo que podría llamarse) la *equivalencia funcional* entre ponderación especificacionista (que, como se recordará, es “ponderación” en sentido impropio) y ponderación proporcionalista (que en cambio es “ponderación” en sentido propio). La equivalencia consiste en el hecho de que una argumentación llevada a cabo según el modelo especificacionista puede ser traducida, puede ser convertida, en una argumentación conforme al modelo proporcionalista, sin comprometer la posibilidad de lograr los mismos resultados prácticos. La conversión desde una forma hacia otra forma funciona aparentemente así: las propiedades relevantes del modelo especificacionista, en la medida en que atañen a conductas que interfieren con un cierto derecho fundamental, sirven para establecer formas de interferencia intensa y acrecer el peso en concreto del derecho interferido. En el caso *Ser.com*, por ejemplo, las propiedades medio universal (U), elevada lesión de la privacidad (EL), y exceso de información (EI), todas conspiran para hacer considerar la interferencia en el derecho de privacidad, correspondiente al permiso de publicar la noticia así como fue publicada, como una interferencia grave (de valor 4); además, y en cambio, la propiedad EI sirve también para hacer considerar la interferencia en el derecho a informar, correspondiente a la prohibición de publicar la noticia así como fue publicada, como una interferencia media (de valor 2).

La equivalencia funcional entre modelo especificacionista y modelo proporcionalista sugiere la siguiente conclusión. La diferencia entre los dos modelos es, quizás, más notacional que sustantiva. En ambos casos, lo que interesa es justificar la relevancia atribuida a ciertas propiedades. Sea que se trate de propiedades que

⁸⁹ Atienza 2012a: 20.

especifican el antecedente de una regla de conducta general “concretizadora” de un principio, como pasa en el modelo especificacionista. Sea que se trate de las propiedades que: (a) componen el antecedente de la “regla de prioridad” que resulta de un juicio de ponderación, pues influyeron sobre la determinación del valor numérico de las variables “I” de la formula del peso (por ejemplo: “si **A & B**, entonces **P1 P P2**”); y además, en fuerza de la ley de colisión, (b) componen también el antecedente de la regla “subordinada” o “derivada” del principio que pesa más (en nuestro ejemplo: **P1**) y por ende prevalece en el conflicto (por ejemplo: “si **A & B**, entonces **OF**”). La equivalencia funcional se revela, en suma, otra razón más para considerar como no tajante, o más bien, no tan tajante como Moreso la presenta, la diferencia entre el modelo especificacionista y el modelo proporcionalista de ponderación⁹⁰.

4.5. El moderado particularismo del modelo especificacionista

Según Moreso, como hemos visto, el particularismo es una propiedad indeseable de la ponderación: sea que se trate de una propiedad que las teorías simplemente descubren cuando describen ciertas prácticas actuales de ponderación; sea que se trate de una propiedad artificial, que las teorías mismas adoptan, aunque de manera inconsciente. Esto es así porque el particularismo, ya sea espontáneo, ya sea *by design*, vuelve la ponderación en una operación irracional.

Cabe notar, sin embargo, que Moreso, tratando del particularismo, emplea a veces el calificativo “radical”; se refiere, en algunos pasos, al «particularismo más radical»⁹¹. Esto sugiere que su teoría presuponga, aparentemente, una distinción entre dos formas de particularismo: el particularismo (más) radical, por un lado, y el particularismo (que, en oposición al primero, podríamos llamar) moderado, por el otro.

Moreso no define de una forma tajante en que consista el particularismo (más) radical. Sin embargo, en vía de reconstrucción caritativa, dicha posición se caracteriza aparentemente por dos tesis básicas: la tesis del *rechazo de la racionalidad subsuntiva* y, además, la tesis de la *imprevisibilidad radical*⁹². Estas tesis emergen de un razonamiento más o menos del siguiente tenor:

1. cada caso individual es caracterizado por innumerables propiedades (que pueden considerarse) relevantes;
2. en consecuencia de este hecho, cada caso individual que se trate de decidir puede ser entendido por el decisor como un nuevo desafío a su razón práctica, en

⁹⁰ Sobre la cercanía entre el modelo de Moreso y el modelo de Alexy, véase también Clérico 2012: 135-144.

⁹¹ Moreso 2002a: 207: «L'idea che non tutte le ricostruzioni dei principi in conflitto, non tutte le gerarchie possibili, sono ammissibili, non ci dice ancora nulla su come dobbiamo procedere per articolare tali gerarchie. È ancora compatibile con la posizione particolarista più radicale».

⁹² Moreso 2002a: 205-206.

el cual las razones (pautas, criterios, principios, reglas) empleadas por el pasado no proporcionan necesariamente una solución sustantivamente correcta (no “guían” hasta una solución correcta), pues la corrección (medida en términos de sólidas intuiciones de justicia) puede necesitar que el alcance de las razones empleadas por el pasado sea revisado en aras de tener en cuenta, o bien de propiedades hasta ahora no consideradas relevantes que no obstante son (y deben ser) relevantes, o bien de la peculiar manera en que propiedades (ya consideradas) relevantes se combinan en el caso individual;

3. la posibilidad de revisión continua de las razones hace que las decisiones no sean racionalmente controlables: esto ocurre porque no es posible prever si, y cuáles, razones, ya empleadas para justificar las decisiones pasadas, serán empleadas también en los nuevos casos, aunque estos sean similares a los casos pasados (es decir, compartan con ellos por lo menos algunas propiedades);

4. la posibilidad, siempre presente, de revisar las razones pasadas tiene, por ende, dos consecuencias indeseables. Primero, lleva al rechazo de la racionalidad subsuntiva a favor de la racionalidad narrativa; segundo, hace que las decisiones de los casos futuros sean radicalmente imprevisibles⁹³:

«Una posición particularista supone el rechazo, en la esfera de la razón práctica, de la racionalidad *subsuntiva*, y su sustitución con una diferente racionalidad llamada *narrativa*, la cual es atenta a como los rasgos *sobresalientes* de determinadas circunstancias adquieren una *textura* determinada que hace que, en estas circunstancias concretas, sea correcto realizar determinado comportamiento; nada, sin embargo, se puede obtener para otros casos de la generalización o universalización de las propiedades presentes en aquellas circunstancias»⁹⁴.

Moreso utiliza Jonathan Dancy como autoridad en materia de particularismo. Cabe notar sin embargo que, según Dancy, el particularismo es una posición no ya totalmente irracionalista, sino que aboga por un racionalismo realista (con los pies sobre tierra) en el campo de la moral. En aras del presente análisis, parece razonable caracterizar el particularismo racionalista y realista, lo que llamaré particularismo moderado, mediante cuatro tesis: (1) la tesis de la *doble racionalidad de la ponderación*, (2) la tesis del *rechazo racional de los principios duros*, (3) la tesis de la *racionalidad de los principios blandos*, y, en fin, (4) la tesis de la *moderada imprevisibilidad de las decisiones futuras*.

Doble racionalidad de la ponderación. En lo que concierne a la ponderación, no hace falta rechazar, o substituir, la racionalidad subsuntiva *sin más*; es suficiente considerar que ella no puede agotar el espacio de la razón en este rincón del discurs-

⁹³ Esta idea se encuentra en la cita de Jonathan Dancy que Moreso (2002: 205) utiliza: «The leading thought behind particularism is the insight the behaviour of a reason (or of a consideration that serves as a reason) in a new case cannot be predicted from its behaviour elsewhere».

⁹⁴ Moreso 2002a: 205.

so ético normativo. La ponderación no excluye la subsunción, pero tampoco puede ser reducida a ella, pues requiere, al lado de la racionalidad subsuntiva, la racionalidad discursiva o argumentativa.

Rechazo racional de los principios duros. Hace falta admitir la doble racionalidad en la ponderación, porque las normas morales universales no funcionan en efecto – y sería además malo que funcionasen – de principios duros (“hard-edged”, inderrotables), sino que funcionan – y es bien que funcionen – de principios blandos (“open-ended”, *ceteris paribus*, derrotables), dotados de “clausulas estafa” (“fudge-clauses”)⁹⁵.

Racionalidad de los principios blandos. Los principios blandos son pautas que, en el juego de la argumentación práctica racional, limitan – y, en este sentido, “controlan racionalmente” – la actividad decisional futura. Esto ocurre en virtud de dos principios básicos del discurso práctico racional: el principio de la carga de argumentación y el principio de coherencia. Los dos reflexionan a su vez los principios de razón suficiente (*nihil sine ratione*) y de no contradicción, que constituyen los pilares de la racionalidad. Según el principio de la carga de argumentación, o bien los decisores se conforman a los principios empleados por el pasado, y en tal caso deben proporcionar argumentos para su decisión conformista, o bien los decisores se destacan de ellos, revisándolos, y en tal caso deben proporcionar argumentos para su decisión no conformista. Según el principio de coherencia, en sus decisiones, en las cuales aplican principios blandos, los decisores deben ser coherentes: no pueden adoptar decisiones contradictorias en los mismos tipos de casos; la coherencia impone atribuir siempre a la argumentación en el caso individual una dimensión universal que lo trasciende.

Moderada imprevisibilidad. Las decisiones aplicativas de principios blandos no pueden ser objeto de previsiones siempre y perfectamente acertadas; sin embargo, tampoco hacen cualquier previsión totalmente imposible.

El particularismo moderado representa, en suma, una posición que intenta conciliar dos exigencias. Por un lado, la exigencia de preservar la racionalidad argumentativa en las cuestiones prácticas (morales y jurídicas); por le otro, la exigencia de la justicia para los casos concretos, que requiere considerar las normas (morales y jurídicas), en línea de principio, como “open-ended”, *ceteris paribus*, derrotables. Claro está que la racionalidad de las decisiones prácticas no consiste, aquí, en ser deducidas de premisas establecidas una vez por siempre; no requiere que las premisas normativas generales sean fijadas sin posibilidad de revisión; sino consiste, más bien, en argumentar, a partir de los casos ya decididos, básicamente según consi-

⁹⁵ Dancy 1993: 82-86, 112-114. Considérense estos dos ejemplos de principios blandos: “Other things being equal, it is better not to lie”; “If an action sufficiently resembles this wrong action, it will be wrong too” (Dancy 1993: 82).

deraciones comparativas, que hacen apelo a similitudes y diferencias relevantes que justifican tomar en consideración otras propiedades y otros principios. Según el particularismo moderado, en conclusión, la alternativa al razonamiento subsuntivo no es (necesariamente) la ausencia de cualquier justificación racional, sino, como hemos visto, un razonamiento informado por los principios de la carga de argumentación y de la coherencia⁹⁶. Si bien a algunos (absolutistas decepcionados) esto puede parecer demasiado poco, trata-se, a bien ver, de lo máximo que se puede realísticamente esperar.

Con estas precisiones, volvemos a reflexionar sobre la teoría especificacionista (y generalista) de Moreso. Como dije, Moreso parece exagerar no sólo el grado de particularismo de la teoría de Alexy (*supra*, § 3.3.), sino también el grado de no-particularismo de su propia teoría. Esta idea está a la base, según me parece, de algunas críticas levantadas por Bruno Celano. Celano sostiene que el propósito de Moreso – proporcionar un modelo de ponderación no viciado de particularismo – fracasa⁹⁷. Por tres razones.

1. El mismo Moreso admite que la posibilidad de evitar el particularismo depende de la posibilidad de llegar a una *revisión ideal* de los principios en conflicto: es decir, de alcanzar una revisión tal que, en hipótesis, tenga en cuenta *todas* las propiedades relevantes y, por ende, atañe a *todos* los casos relevantes⁹⁸. Lo que, en la terminología de Celano, equivale a identificar la “tesis de relevancia última”, la cual hace posible la “revisión estable”, es decir, no ulteriormente revisable, de los principios en conflicto.

Sin embargo – sostiene Celano – Moreso no ha proporcionado algún argumento que muestre que la tesis de relevancia última sea en efecto alcanzable. Es más, el mismo Moreso admite que los principios (ya) revisados (en la terminología de Celano: los “deberes revisados”) sean a su vez abiertos a ulteriores revisiones: típicamente, en la forma del *distinguishing* judicial. Lo que, según Celano, equivale a abrir la puerta al particularismo, permitiendo modificar los principios frente a nuevos casos individuales y volviendo así las decisiones futuras en totalmente imprevisibles.

2. Moreso pretende limitar la subjetividad (y el particularismo) de la ponderación imponiendo a los decisores el respeto para los casos paradigmáticos. En efecto, como hemos visto (*supra*, §§ 3.1., 3.2.), según Moreso la identificación de las propiedades relevantes, las revisiones de los principios en conflicto o bien su concreción mediante reglas con condiciones de aplicación clausuradas siempre deben respetar los casos paradigmáticos.

⁹⁶ Dancy 1993: 82: «Rationality requires consistency in judgment and practice».

⁹⁷ Celano 2002: 223-239.

⁹⁸ Moreso 2002a: 215: «La única manera de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes».

Sin embargo – sostiene Celano – los casos paradigmáticos son, a su vez, casos *ceteris paribus*: es decir, casos en los cuales las condiciones de aplicación de una cierta consecuencia normativa no pueden considerarse, sin más, como condiciones suficientes de dicha consecuencia. Por lo tanto, los casos paradigmáticos no poseen la capacidad de vincular la reconstrucción de las pautas aplicables a un cierto universo de discurso, y por ende las decisiones futuras, que Moreso les adscribe.

3. En fin, Moreso intenta salvar la idea de revisión ideal presentándola como un ideal regulativo: como un objetivo al cual toda ponderación (puede y) debe acercarse lo más que sea posible.

Sin embargo – sostiene Celano – el intento fracasa, porque Moreso no proporciona algún criterio para establecer si una decisión ponderativa (se recuerde, en el sentido *impropio* de la estrategia especificacionista de Moreso) sea una genuina revisión, es decir, un paso más en adelante hacia la revisión estable de los principios en conflicto, o no sea, más bien, una decisión que depende de una modificación de «nuestras convicciones normativas sustanciales»⁹⁹.

Moreso proporciona una respuesta puntual a las críticas de Celano¹⁰⁰.

En primer lugar, Moreso contesta que la revisión ideal de principios en conflicto *es* en efecto alcanzable, aunque mediante un acercamiento gradual. Esto sería así porque no se trata de identificar la tesis de relevancia última del macro-sistema jurídico, es decir, relativamente a todos los principios fundamentales en conflicto de un determinado ordenamiento jurídico, sino que se trata de identificar la tesis de relevancia última en relación a micro-sistemas jurídicos, compuestos por un número limitado de principios. Por ejemplo, se trata de alcanzar la tesis de relevancia última (la revisión ideal) en relación al universo de discurso transmisión de informaciones personales por medios de comunicación, y en relación a los principios de libertad de expresión y del derecho al honor¹⁰¹.

En segundo lugar, Moreso contesta que los casos paradigmáticos, sean ellos reales (por ejemplo, la muerte del personaje ilustre Lady Diana en París) o hipotéticos (por ejemplo, la publicación por un periódico de la falsa noticia según la cual el arzobispo de Barcelona es involucrado en reciclaje de dinero del narcotráfico), siendo casos individuales, no son sujetos a la cláusula *ceteris paribus*, que sólo puede valer para los casos genéricos¹⁰².

En tercer lugar, y en fin, Moreso contesta que su teoría de la ponderación, con-

⁹⁹ Celano 2002: 238, donde se lee también que: «Quien está llevando a cabo una Moreso-ponderación no dispone de algún criterio que le permita de echar la posibilidad que la idea de una revisión estable sea solo una quimera, de la cual estamos, como que vayan las cosas [...], siempre a la misma distancia. Para un Moreso-ponderador, en suma, la (pretendida) idea-límite de una revisión estable, dotada de función regulativa, no hace alguna diferencia».

¹⁰⁰ Moreso 2002b: 241-248.

¹⁰¹ Moreso 2002b: 242-245.

¹⁰² Moreso 2002b: 245-247.

trariamente a lo que sostiene Celano, sí proporciona un criterio que permite considerar la búsqueda de la revisión ideal de principios en conflicto como un genuino ideal regulativo, y no ya como una simple «representación consolatoria». Se trata del criterio de admisibilidad, que condiciona la revisión de los principios en conflicto al respeto para los casos paradigmáticos, exigiendo que «nuestro esquema [de principios revisados, ndr] capture nuestras intuiciones [morales, ndr] más sólidas»¹⁰³.

Las críticas de Celano, cabe advertir, no destacan entre particularismo radical y particularismo moderado. Esta distinción, sin embargo, se revela importante en aras de una comprensión quizás más exacta del rumbo de la teoría de Moreso. Para enterarse de eso, es suficiente detenerse brevemente a considerar las réplicas de Moreso a los argumentos de Celano.

La entera estrategia defensiva de Moreso se basa, aparentemente, sobre la idea según la cual los casos paradigmáticos son casos individuales, y, por lo tanto, no pueden ser descritos añadiendo la clausula *ceteris paribus*, que sólo conviene a los casos genéricos. Esto, a su vez, permite presentar la revisión ideal de los principios en conflicto como un genuino ideal regulativo, definido por un criterio de admisibilidad que cierra la puerta al particularismo, y es en buena medida alcanzable.

Ahora bien, cabe notar que la auto-apología de Moreso adolece de una evidente *ignoratio elenchi*. Los “casos paradigmáticos” son instancias de ponderación de principios que, según Moreso, reflexionan nuestras intuiciones morales más sólidas. En el razonamiento moral, sin embargo, los casos paradigmáticos son relevantes no ya en sí mismos, sino en relación a la norma general de la cual representan una instancia de aplicación. Por ejemplo, el caso hipotético del arzobispo de Barcelona es paradigmático porque es un caso incontrovertido, correspondiente a “nuestras sólidas intuiciones morales”, de prevalencia del derecho al honor sobre la libertad de información, y ejemplifica la pauta según la cual, cuando una información sobre hechos concernientes a una personalidad pública es falsa, el derecho al honor debe prevalecer sobre la libertad de expresión, y, por lo tanto, el periódico que difunde la información comete un ilícito y debe ser condenado a resarcir los daños. Ahora bien, cuando nos preguntamos si los casos paradigmáticos sean, o no sean, sujetos a la clausula *ceteris paribus*, nos preguntamos, más exactamente, si las pautas (que se asume sean estadas) aplicadas en los casos paradigmáticos sean, o no, sujetas a la clausula *ceteris paribus*. Por supuesto, una tal pregunta no posee una respuesta objetivamente correcta *out there*. Se trata de tomar posición; y la toma de posición corresponde a una toma de posición de carácter ético normativo. Ahora bien, ¿cuál es la posición de Moreso?

Aparentemente, como hemos visto (antes, §§ 3.1.-3.2.), Moreso considera que también las pautas aplicadas en los casos paradigmáticos sean sujetas a la clausula *ceteris paribus*. Por ejemplo, sostiene que la ponderación de los principios de libertad de expresión y del derecho al honor operada en relación a los casos para-

¹⁰³ Moreso 2002b: 246.

digmáticos caracterizados por las propiedades de la verdad y relevancia pública de la noticia, pueda (y deba) ser revisada en aras de tener en cuenta también de otra propiedad relevante a la luz de nuestras intuiciones: la propiedad “forma injuriosa de la expresión de la noticia”. Esto nos lleva a una conclusión ruinoso para el diseño anti-particularista de Moreso: si los casos paradigmáticos también se corresponden a principios blandos, la pretensión de que ellos harían posible un control racional sobre la ponderación, más fuerte de lo admitido por el particularismo, se revela ilusoria. A una mirada poco menos que superficial, el modelo especificacionista de Moreso, lejos de representar una alternativa al particularismo, es un modelo particularista. Con una precisión importante: trata-se de un modelo particularista en el sentido del particularismo moderado (y racionalista), no ya en el sentido del particularismo radical (que, sea dicho de paso, parece una posición ficticia, una cabeza de turco sospechosa).

5. Esplendores y miserias de la ponderación

En la reflexión recién sobre la ponderación, otro episodio que merece atención por su elevado valor ejemplar es el debate entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado¹⁰⁴.

Por un lado, Atienza, el cual adopta una concepción principialista (y “anti-positivista”) del derecho de los estados constitucionales, defiende la ponderación proponiendo una variante alexyana “sin algoritmos”, y presentándola como técnica argumentativa racional, pues satisfaría los criterios de la racionalidad práctica.

Por el otro lado, García Amado, el cual adopta en cambio una concepción anti-principialista (“positivista”) del derecho de los estados constitucionales, lleva un ataque radical a la ponderación, sosteniendo, en la *pars destruens* de su argumentación, que se trate, considerado todo, de una peligrosa trampa retórica, y, en la *pars construens*, que deba ser rechazada a favor de un enfoque (que podría llamarse) de interpretacionismo no ponderativo.

Mi análisis se desarrollará en tres pasos. En el primer paso, daré cuenta de la teoría de la ponderación de Atienza. En el segundo paso, daré cuenta de la teoría eliminacionista de García Amado. En el tercer paso, y en fin, consideraré algunas réplicas y contrarréplicas y sacaré algunas conclusiones meta-metodológicas.

5.1. Esplendores de la ponderación

Ya he mencionado el marco teórico en qué se sitúa la teoría de la ponderación de Atienza: esto es, una teoría principialista del derecho de los estados constitucio-

¹⁰⁴ Atienza, García Amado 2012.

nales, según la cual, (1) «el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios», y (2) los principios son normas cuya aplicación a los casos requiere “ponderación” (en sentido propio)¹⁰⁵. De forma que, en dicho marco, una teoría de la ponderación representa un componente necesario, *sine quo non*, de la teoría del derecho.

Otro marco que es menester mencionar, aunque sea de paso, es el marco meta-teórico: de la metafilosofía del derecho de Atienza. Aquí, si no me equivoco, encontramos principios como el principio de *modestia teórica* («en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota»¹⁰⁶), el principio de la *investigación desde abajo* (la mejor teoría es la que se elabora “desde abajo”, es decir, a partir de la experiencia jurídica¹⁰⁷), el principio de *simplificación* («El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil»¹⁰⁸), el principio, que es un corolario del precedente, del *rechazo del afán sistematizador* (la mejor teoría evita los excesos en la articulación y ordenación de las tesis defendidas¹⁰⁹), el principio de *economía argumentativa* (la argumentación que se desarrolla, sea en el nivel de las teorías y filosofías del derecho, sea en el nivel de la práctica jurídica, debe consistir en lo esencial¹¹⁰), el principio de *reivindicación del sentido común* (que sugiere hacer apelo al sentido común como antídoto a los excesos argumentativos y a los afanes sistematizadores¹¹¹), el principio del *pragmatismo* (que sugiere siempre evaluar las ideas acerca del derecho desde su efectiva utilidad teórica, y, sobre todo, práctica, en vista de un derecho mejor¹¹²) y, en fin, el principio del *oportunismo*, el cual sugiere aprovechar de las ideas brillantes que circulan en la cultura jurídica de la manera más conveniente a elaborar teorías siempre mejores, en línea con los demás principios: es decir, teorías modestas, (más) simplificadoras, no viciadas por el afán sistematizador, no viciadas por excesos argumentativos, respetuosas del sentido común, y, sobre todo, útiles a la práctica del derecho, en una visión que concibe a los progresos teóricos y normativos en el campo del derecho y de la moral como resultantes, necesariamente, del obrar colectivo de los especialistas.

Aplicando estos principios meta-filosóficos, Atienza desarrolla su teoría apolo-gética de la ponderación en forma de respuesta a tres (conjuntos de) problemas: problemas estructurales, problemas de las ocasiones, y problemas de racionalidad.

¹⁰⁵ Atienza 2012a: 9, 32.

¹⁰⁶ Atienza 2012a: 23.

¹⁰⁷ Atienza 2012a: 10.

¹⁰⁸ Atienza 2012a: 23.

¹⁰⁹ Atienza 2012a: 22.

¹¹⁰ Atienza 2012a: 22-23.

¹¹¹ Atienza 2012a: 22-23.

¹¹² Atienza 2012a: 22.

5.1.1. *Problemas estructurales (¿Qué es ponderar?)*

Los *problemas* (que llamo) *estructurales* atañen a establecer qué es, y cómo es, la ponderación. Según Atienza, se trata en particular de poner a la luz en qué consista «realmente» la ponderación, cuáles sean sus «características esenciales», y de qué manera se diferencie, si es que se diferencia, de la subsunción¹¹³.

La solución para dichos problemas Atienza la encuentra en la idea de que la ponderación sea una «técnica argumentativa» para resolver conflictos entre principios, y que la «clave» para entenderla adecuadamente sea:

«verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero – la ponderación en sentido estricto – se pasa del nivel de los principios al nivel de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver»¹¹⁴.

Cabe notar que, aunque Atienza formule los problemas estructurales en términos descriptivos (es decir, como problemas que requieren proporcionar una descripción acertada de la ponderación cuál en efecto es), y aunque él tome como punto de partida de sus reflexiones las operaciones de “ponderación” así como llevadas a cabo a menudo por los jueces en sus sentencias, lo que Atienza nos proporciona es un modelo (en sus palabras: «un esquema») normativo de ponderación: es decir, un modelo del bien ponderar, en el sentido técnico de “bien ponderar”. Cabe notar además que, en la teoría de Atienza, a la utilización de la técnica de la ponderación se corresponde una de las tres formas específicas de razonamiento jurídico: el razonamiento ponderativo, que Atienza destaca, sea del razonamiento subsuntivo, que tiene lugar en la aplicación de reglas de conducta, sea del razonamiento teleológico, que tiene lugar en la aplicación de normas finales. En consecuencia, el esquema de la ponderación que Atienza nos propone es, más precisamente, un esquema o modelo normativo de razonamiento ponderativo. Con estas advertencias, vamos a exponerlo brevemente.

El primer paso del razonamiento ponderativo es, como hemos visto, el paso donde se realiza la ponderación en sentido estricto o propio. Ahora bien, este paso, en el esquema de Atienza, consiste a su vez en una secuencia de tres operaciones. La primera concierne a la identificación de un conflicto entre principios; la segunda concierne a la resolución del conflicto mediante ponderación alexyana; la tercera concierne, en fin, a la formulación de la regla general para el caso individual. Veámoslas con un poco más de detalle.

1. *Identificación de un conflicto entre principios.* La primera operación concierne a la identificación de una situación de conflicto entre principios en relación a un

¹¹³ Atienza 2012a: 10, 22.

¹¹⁴ Atienza 2012a: 26, 31.

cierto caso. El resultado de esta primera operación es «la *primera premisa* del razonamiento ponderativo»¹¹⁵. Complementando, con afán sistematizador, la exposición de Atienza, se podría quizás precisar que esta premisa consiste en una *oración identificadora de una antinomia*, de la siguiente forma estándar:

En relación al caso individual C_1 , existen dos principios aplicables, P1 y P2, cada uno de los cuales justifica una conclusión (solución) incompatible con la del otro.

Atienza expone su esquema utilizando como ejemplo un caso muy conocido en la jurisprudencia española recién. Trata-se del caso Gürtel, donde: un juez (Baltazar Garzón) autorizó la escucha de las conversaciones entre algunos imputados detenidos en una cárcel y sus abogados, aunque no se tratara de investigar supuestos de terrorismo; la mayoría de los jueces del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló «las escuchas por considerarlas ilícitas»¹¹⁶. Ahora bien, en relación al caso Gürtel, la primera operación lleva a formular una oración identificadora de una antinomia, según la cual al caso son aplicables dos principios – el principio de la protección del derecho a la defensa (PD) y el principio de persecución de los delitos (PP) –, el primer de los cuales «lleva a» invalidar la intervención, mientras que el segundo «lleva a» considerarla válida¹¹⁷.

2. *Resolución del conflicto entre principios mediante ponderación alexyana*. La segunda operación consiste en la resolución del conflicto previamente identificado. Esta operación depende de la ponderación de los principios en conflicto, en relación al caso particular y a las circunstancias que lo caracterizan. La ponderación, propone Atienza, debe ser llevada a cabo siguiendo a la concepción de Alexy, y, más precisamente, su modelo de los juicios de “proporcionalidad”: es decir, considerando la “idoneidad” y la “necesidad” de la medida en cuestión, así como el “peso abstracto” de los principios en conflicto, la intensidad de las interferencias (“afectaciones”) recíprocas, y la probabilidad, o “seguridad”, de que las interferencias se realicen efectivamente¹¹⁸. Pero todo esto, se note, *sin utilizar* la fórmula de peso. Según Atienza, pues:

«la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos [...] que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos»¹¹⁹.

¹¹⁵ Atienza 2012 a: 26-27.

¹¹⁶ Atienza 2012a: 12.

¹¹⁷ Atienza 2012a: 26-27.

¹¹⁸ Atienza 2012a: 13-15, 20-23.

¹¹⁹ Atienza 2012a: 21.

El resultado de la segunda operación es la «segunda premisa» del razonamiento ponderativo. Complementando, nuevamente con afán sistematizador, la exposición de Atienza, se podría quizás precisar que esta premisa consiste (en la terminología que he propuesto antes, supra § 2.4) en una *conclusión ponderativa*, para la cual Atienza propone una forma del siguiente tenor:

En relación al caso individual C_i , dadas las circunstancias $R_1 \dots R_n$, el principio P1 prevalece sobre el principio P2.

Cabe notar que esta conclusión, según Atienza, debe ser considerada, a su vez, como una instancia de una “regla [general] de prioridad”, de entenderse de regla derrotable («fragmentaria, incompleta, abierta»¹²⁰), según la cual:

Si se dan las circunstancias $R_1 \dots R_n$, el principio P1 prevalece sobre el principio P2 .

Por ejemplo, en el caso Gürtel, la regla de prioridad propuesta por el juez del voto particular establece que el principio de persecución de los delitos (PP) prevalece sobre el principio del derecho a la defensa (PD), aunque *prima facie*, en todos los casos en que (como en el caso Gürtel) se den las siguientes circunstancias: (a) exigencia de investigar un delito grave, (b) ausencia de otra medida de parecida eficacia, (c) minimización de la limitación del derecho de defensa, (d) razones objetivas para pensar que los abogados defensores podrían contribuir a ocultar pruebas o colaborar en la comisión de delitos, (e) razonable motivación de la orden judicial.

3. *Identificación de la regla para el caso individual.* La tercera operación de ponderación en sentido estricto consiste, en fin, en sacar «la conclusión» de las dos «premisas» establecidas en las operaciones anteriores: es decir, de la oración identificadora de un conflicto y de la conclusión ponderativa. La conclusión del razonamiento es, en particular, una «regla nueva»: «la *ratio decidendi* del caso», que «empareja las circunstancias» que comparecen en el juicio de prevalencia individual con la consecuencia jurídica determinada por «el principio prevalente»¹²¹. Trata-se, pues, de una oración de la siguiente forma estándar:

Si se dan las circunstancias $R_1 \dots R_n$, es obligatorio/permitido/prohibido *f*.

5.1.2. Problemas de las ocasiones (¿Cuándo ponderar?)

Pasamos al segundo conjunto de problemas: los *problemas de las ocasiones*. Estos problemas atañen al “cuándo” de la ponderación. Según Atienza, se trata en particular de considerar cuándo hay que ponderar, si, y cuándo, sea justificado hacerlo,

¹²⁰ Atienza 2012a: 35.

¹²¹ Atienza 2012a: 27.

y, en fin, si la ponderación pueda evitarse¹²². Muy esquemáticamente, Atienza propone las soluciones siguientes.

1. La ponderación es técnica argumentativa utilizable para resolver conflictos entre principios que surgen en tres tipos de situaciones: en relación a los casos de *lagunas normativas* «en el nivel de las reglas»; en relación a los casos de *lagunas axiológicas* (donde «existe una regla pero, por alguna razón, la regla resulta inadecuada»); y, en fin, en relación a los casos (que podríamos llamar) de *incertidumbre existencial*, donde no es cierto si exista una regla “aceptable” («es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso»)¹²³. De forma que, desde un punto de vista estrictamente metodológico, hay espacio para la ponderación cuando:

«para resolver un caso, no se puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que [...] permitiría un razonamiento clasificatorio o subsuntivo»¹²⁴.

2. El problema de cuándo sea justificado recurrir a la ponderación es, según Atienza, «muy difícil» de resolver; además, su resolución es «imposible [...] en abstracto»: es decir, sin discriminar cuidadosamente entre tipos de autoridades jurídicas y tipos de situaciones¹²⁵. No obstante, teniendo en cuenta que la ponderación, aunque no sea un procedimiento (necesariamente) «arbitrario», supone «dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción», Atienza llega a formular algunas “instrucciones” de carácter general:

En línea de principio, es justificado atribuir al legislador un poder de ponderación más extenso que el poder justificadamente atribuible a los jueces;

En línea de principio, los jueces inferiores (los tribunales de primera instancia y de apelación) deben tener un poder de ponderación más limitado que el poder de ponderación de los jueces superiores (tribunales constitucionales, tribunales supremos), cuyas decisiones tienen – aunque en manera diferente – fuerza de precedente¹²⁶;

Con las precisiones que preceden, y siempre en línea de principio, la ponderación judicial se puede considerar justificada, además que en los casos de autorización expresa por parte del legislador (por ejemplo, dictando reglas que la ordenan o permiten¹²⁷), también en relación: a los casos de lagunas normativas, donde es típicamente el legislador que la atribuye, aunque tácitamente; a los casos de incertidumbre existencial; a los casos de lagunas axiológicas en que se ponderan las reglas

¹²² Atienza 2012a: 10, 28.

¹²³ Atienza 2012a: 28-29.

¹²⁴ Atienza 2012a: 28.

¹²⁵ Atienza 2012a: 31.

¹²⁶ Atienza 2012a: 31.

¹²⁷ Atienza 2012a: 31.

con sus razones subyacentes; y, por lo menos *prima facie*, a los casos de lagunas axiológicas en que se ponderan reglas con otras reglas, principios, valores del mismo ordenamiento jurídico.

En cambio, nunca está justificado que un juez pondere reglas con principios y valores que, en hipótesis, tienen el estatus de principios y valores extra-jurídicos o meta-positivos¹²⁸.

3. En fin, en lo que concierne al problema si la ponderación sea evitable, Atienza responde que sí: que se puede evitar de ponderar. Por ejemplo, en los casos de lagunas axiológicas. Sin embargo, hace falta considerar «si resulta conveniente hacerlo». En particular, es menester ser conscientes de que la opción a favor de no ponderar, de considerar el caso como (obviamente) disciplinado por una regla, puede «suponer incurrir» en «formalismo indebido»: es decir, en el formalismo “malo” («en sentido peyorativo»), que se rehúsa prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, y «trata de resolver todos los casos sin recurrir a los principios», porque no ve «el Derecho como un sistema de reglas y de principios»¹²⁹.

5.1.3. *Problemas de racionalidad (¿Es la ponderación algo de razón?)*

Los *problemas de racionalidad*, en fin, atañen a establecer, en términos escolásticos, si la ponderación – así como llevada a cabo por los jueces y así como se la puede llevar a cabo conforme al esquema de Atienza – sea “algo de razón”. Según Atienza, en efecto, se trata de considerar si la ponderación sea procedimiento racional, y, en caso afirmativo, en qué consista esa racionalidad¹³⁰.

Ahora bien, la posición de Atienza es que la ponderación sea, pueda, y deba ser un procedimiento racional, en el marco de la racionalidad práctica, que es no demostrativa, sino persuasiva.

La primera conclusión – la ponderación es a menudo, y puede ser, procedimiento racional – deriva de un análisis de los casos judiciales. En particular, Atienza observa que las decisiones del Tribunal constitucional español en los casos de conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y de información, por un lado, y los derechos al honor y a la intimidad, por el otro, fueron decididos de una forma tal que:

1. es respetuosa de los criterios de coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias, y respeto de la constitución:

«las decisiones mantienen entre sí un considerable grado de coherencia; se fundamentan en criterios que pretenden ser universalizables; producen consecuencias socialmente aceptables; y [...] no contradicen ningún extremo constitucional».¹³¹

¹²⁸ Atienza 2012a: 31; Atienza 2014.

¹²⁹ Atienza 2012a: 28-32; Atienza 2014.

¹³⁰ Atienza 2012a: 10, 32.

¹³¹ Atienza 2012a: 35.

2. proporciona “reglas de prioridad” que hacen posible un «mecanismo – [aunque] imperfecto – de previsión»¹³²;

3. está sujeta a control de racionalidad, en la medida en que adopta los dichos criterios, de forma que las reglas de prioridad adoptadas en las decisiones pasadas pueden ser sometidas a crítica racional y, si es el caso, revisadas o anuladas.

Según Atienza además, y aquí llegamos a la segunda conclusión, la racionalidad exhibida por las operaciones de ponderación llevadas a cabo por lo jueces puede convenientemente ser utilizada para establecer un modelo normativo de la racionalidad práctica de la ponderación. Es decir, un modelo que prescribe a quien pondere, a quien tal vez haya tomado la decisión riesgosa de ponderar, de hacerlo respetando aquellos criterios de racionalidad práctica:

«los criterios de racionalidad de la ponderación no son – no podrían ser – otros distintos a los de la racionalidad jurídica en términos generales. Estos criterios (flexibles y abiertos, pero no inexistentes) son, por cierto, los que permiten ver el Derecho – los Derechos del Estado constitucional – como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas»¹³³.

Cabe notar, sea dicho de paso, que, de los cuatro criterios de racionalidad identificados por Atienza, dos son formales (coherencia y universalización) y dos son sustanciales (bondad de las consecuencias y conformidad a la constitución).

Ahora bien: por un lado, los criterios formales sólo pueden garantizar una *corrección formal*, pero no también una corrección sustancial. Queda claro, además, que *cualquier* conjunto de pautas, cual que sea su contenido, puede ser construido, revisado y aplicado según coherencia; y que *cualquier* juicio normativo, cual que sea su contenido, puede ser universalizado.

Por otro lado, los criterios sustanciales sólo funcionan de criterios de corrección sobre la base de una cualquier axiología (ideología) del derecho. Pero hay muchas axiologías del derecho, a menudo recíprocamente excluyentes, también en relación al derecho de los estados constitucionales; de forma que los dos criterios sustanciales de racionalidad pueden justificar, y presentar como racionales, soluciones normativas diferentes, y hasta incompatibles, para una misma cuestión de derecho.

Por lo tanto, si estas son las pautas que garantizan la racionalidad práctica de la ponderación, cabe observar que trata-se de pautas que ponen vínculos muy blandos, que dejan amplísimos márgenes de maniobra a los operadores del derecho (de los cuales, aparentemente, el mismo Atienza parece bien consciente). Como veremos a continuación, la amplia discrecionalidad de la ponderación, aunque en la

¹³² Atienza 2012a: 35.

¹³³ Atienza 2012a: 36-37. Sea dicho de paso, es precisamente empleando este modelo normativo, que Atienza censura las decisiones en los casos Ser.com y Gürtel.

forma aparentemente más racional en que se pueda concebirla, constituye una de las miserias que García Amado pone de relieve, y uno de los rasgos que, en su visión, justifican una estrategia eliminacionista.

5.2. Miserias de la ponderación

En el ensayo *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, García Amado se propone, como dije, llevar un ataque radical en contra de la ponderación¹³⁴. El ataque consiste pues, no ya en oponer a la concepción de la ponderación de Atienza otra concepción de la ponderación; sino en utilizar la concepción de Atienza como evidencia irrefragable para sugerir de echar la ponderación, sin más, por la ventana del estado constitucional.

La estrategia de García Amado (cuyo ataque radical en contra de la ponderación representa un homólogo de *civil law* del ataque de Aleinikoff: *supra*, § 3) es la siguiente: la concepción de la ponderación de Atienza representa, quizás, una de las mejores que se puedan desarrollar; sin embargo, ella pone de relieve como la ponderación tenga propiedades inaceptables para cualquier partidario consecuente del estado constitucional; por lo tanto, es menester hacer a menos de la ponderación.

Si no me equivoco, las propiedades de la ponderación (así como resaltan desde la concepción de Atienza) que García Amado considera inaceptables son dos: la *arbitrariedad* y la *peligrosidad*.

5.2.1. La ponderación es arbitraria

La ponderación es, antes que todo, un procedimiento eminentemente arbitrario, cuyos resultados siempre y fatalmente dependen de las preferencias y actitudes normativas de los jueces y, a menudo, de los profesores que la llevan a cabo en forma de propuesta. El carácter intrínsecamente, estructuralmente, arbitrario de la ponderación emerge de una manera tajante, sostiene García Amado, si apenas consideramos los datos siguientes.

1. Los test alexyanos para el juicio de proporcionalidad, que representa el corazón del procedimiento de ponderación, no ponen algún vínculo efectivo a los interpretes, sino que sirven para legitimar cualquier resultado que encaje con las preferencias del ponderador, bajo la apariencia del rigor metodológico («Nunca se pondera para perder»)¹³⁵. Una clara muestra de eso se encuentra, según García Amado, en la argumentación del juez discrepante (y de Atienza) en el caso Gürtel. Allí, frente a una regla clara y unívoca, fruto de una interpretación consolidada en autorizados precedentes judiciales, el juez discrepante (y Atienza) configuran una situación de incertidumbre existencial y sostienen que el interés a favorecer el

¹³⁴ García Amado 2012a: 39-85.

¹³⁵ García Amado 2012a: 76.

persecuimiento de los delitos pesa más del derecho a la defensa, y, por lo tanto, la regla deba ser entendida a poner dos condiciones disyuntivas para la permisión de las escuchas de las conversaciones entre los presos y sus abogados¹³⁶.

2. No hay virtualmente algún límite a las ocasiones de la ponderación. Salvo, por supuesto, los límites que cada ponderador, conforme a sus preferencias ético-normativas, decida de adoptar; esto es así pues, dejando de lado las lagunas normativas, siempre pueden “identificarse” situaciones o bien de laguna axiológica, o bien de incertidumbre existencial¹³⁷.

3. Una vez que se admita, como Atienza admite, que la ponderación es procedimiento “discrecional”¹³⁸, hay espacio sólo para una noción relativista de solución correcta. Es decir, la corrección es siempre y necesariamente relativa a las preferencias valorativas últimas de los ponderadores, de forma que lo que parece correcto a un decisor puede parecer incorrecto a otro decisor, y viceversa, sin que haya posibilidad alguna de una adjudicación racional sobre dicho desacuerdo¹³⁹:

«Ponderar, entonces, no es más que valorar subjetivamente – aunque sea con ánimo de respaldar esas valoraciones con razones que tienen una honesta pretensión de convencer los interlocutores posibles – lo que los principios (en abstracto o en el caso) pesan. Pero, puestas así las cosas, la afirmación “la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien” debe complementarse con este pequeño matiz: “*a mi parecer* [según mi discrecional criterio], la decisión del tribunal T en el caso C fue incorrecta porque no ponderó o no ponderó bien”¹⁴⁰.

En suma, la ponderación es procedimiento que desenvuelve una función exquisitamente retórica: es una técnica de persuasión que, en relación a los conflictos entre principios, sirve para presentar bajo la apariencia del método, de la racionalidad y de la objetividad, conclusiones prácticas que son, en cambio, metodológicamente anárquicas, irracionales y subjetivas. La ponderación no es, por ende, sino una trampa retórica (espero con esta expresión interpretar correctamente el pensamiento de García Amado), aunque muy bien construida y muy bien presentada – quizás, por efecto de la auto-ilusión que afecta a muchos valiosos, y bien intencionados, teóricos del derecho.

5.2.2. *La ponderación es peligrosa*

La ponderación – así prosigue el ataque de García Amado – es procedimiento

¹³⁶ García Amado 2012a: 57 ss.

¹³⁷ García Amado 2012a: 73-78.

¹³⁸ Atienza 2012a, p. 31; García Amado 2012a, pp. 79-80.

¹³⁹ García Amado 2012a, pp. 81-82.

¹⁴⁰ García Amado 2012a, p. 82.

que no sólo tiene el carácter de trampa retórica, sino que es, además, peligroso¹⁴¹. La argumentación de García Amado es larga y compleja. Sin embargo, sus rasgos salientes son, según me parece, los siguientes.

La concepción principialista del derecho sostiene que las reglas son derrotables e identifica en la ponderación la técnica que debe ser utilizada para garantizar que la derrota de las reglas (es decir, la introducción de excepciones, revisiones, especificaciones) sea racionalmente justificada.

Sin embargo, la ponderación es, como se ha visto, un procedimiento eminentemente arbitrario.

Por lo tanto, cualquier regla puede ser derrotada (revisada, especificada), según las preferencias subjetivas de los interpretes. Esto tiene, a su vez, dos consecuencias, ambas evidentemente inaceptables. Por un lado, las reglas se desvanecen, frente a los casos concretos, en cadenas potencialmente infinitas de revisiones judiciales¹⁴². Por el otro lado, los derechos fundamentales también se desvanecen, se vuelven “flexibles”, y esto ocurre en la medida en qué se desvanecen las reglas que el legislador haya puesto a su garantía. Como sería ocurrido en el caso Gürtel, si la mayoría de los jueces hubiese adoptado la postura principialista y ponderativa favorecida por Atienza. En las palabras de García Amado:

«los derechos, los tan cacareados derechos que serían esencia de este modelo de Estado constitucional [el modelo principialista, ndr], se tornan rigurosamente provisionales, incluso cuando hay norma legal que los desarrolla tratando de maximizar (u optimizar) su alcance»¹⁴³.

Esta segunda consecuencia, cabe notar, es por ende ruinoso no sólo para los partidarios de una concepción no-principialista del derecho de los estados constitucionales, sino también para los principialistas, en la medida en qué adopten una axiología centrada en la protección de los derechos fundamentales. Pone pues en relieve como el principialismo ponderativo sea una teoría que se auto-derrota (*self-defeating*).

5.2.3. Principialismo v. Interpretacionismo

En la *pars destruens* de su argumentación, García Amado sostiene, en suma, que la ponderación es una peligrosa trampa retórica. Su ataque contiene, sin embargo, también una *pars construens*. En esta, la lucha en contra de la ponderación se revela parte de una lucha más radical, y de alcance más amplio, pues se trata de la lucha entre dos maneras alternativas de ver al derecho de los estados constitucionales; si se quiere, y simplificando, de la oposición entre dos mundos jurídicos posibles.

¹⁴¹ García Amado 2012a, pp. 57-73, 84.

¹⁴² García Amado 2012a, pp. 70-73.

¹⁴³ García Amado 2012a, p. 67, cursivas en el texto.

Al mundo del derecho hecho por principios y de la ponderación, al mundo de las reglas derrotables, y por lo tanto evanescentes, donde «también es derecho algo que está “más allá” de lo que ahí afuera todos vemos y, porque los vemos todos, a todos nos ata igual», García Amado opone el mundo del derecho por reglas inderrotables, pero interpretables, el mundo en que «derecho es lo que está ahí afuera y nada más»¹⁴⁴.

En este mundo – tomando una cuestión que el mismo García Amado trae a colación – se considera, por ejemplo, que la prohibición constitucional de la tortura (según el art. 15 de la Constitución española) no sea – nunca pueda, ni deba ser – sujeta a *excepciones implícitas*: es decir, nunca pueda ser revisada introduciendo excepciones que sean el fruto de la ponderación de principios.

Se admite, sin embargo, que la prohibición de la tortura pueda ser sujeta a *excepciones explícitas*: por ejemplo, cual efecto de disposiciones del código penal sobre el estado de necesidad y la legítima defensa¹⁴⁵.

Se sostiene, en fin, que la disposición que prohíbe la tortura pueda ser objeto de interpretación, y, además, que la interpretación deba identificar el «núcleo de significado» de la disposición: el «“contenido esencial”» de la prohibición, es decir, lo que es esencialmente, indisputablemente, “tortura”, de modo que la prohibición, correctamente entendida, es «absoluta y clara» sólo en relación a dicho contenido esencial; no abarca, por ende, los «casos dudosos», es decir, las conductas que caen en la «zona de penumbra»¹⁴⁶.

Esta manera de proceder, que, como dije, podríamos llamar interpretacionismo no-ponderativo, según García Amado presenta evidentes ventajas sobre el enfoque principialista ponderativo:

«Cuando lo que se ha de justificar mediante argumentos es la interpretación de una norma, el eje de la argumentación ha de ponerse en consideraciones generales sobre cómo queda configurada, después de tal o cual interpretación, esa norma que se interpreta. Predominan ahí las razones generales referidas a los efectos futuros de esa norma con tal configuración interpretativa. Las razones interpretativas que se aduzcan son razones en pro o en contra de una y otra interpretación. Por mucho que cuando la norma se interpreta para aplicarla a un caso concreto [...] ocurra aquel ir y venir de la mirada entre la norma y los hechos del caso, del que hablaba Engisch [...], el acento no se pone en las circunstancias del caso, sino en la conformación genérica de la norma. La consecuencia para el caso concreto que se enjuicia es una más de las consecuencias que se valoran. El caso queda sometido a la norma que se ha interpretado para abarcar una generalidad de casos, de los que el presente es uno más, aunque sea el que ahora toca resolver»¹⁴⁷.

¹⁴⁴ García Amado 2012b, pp. 131-132.

¹⁴⁵ García Amado 2012b, p. 126.

¹⁴⁶ García Amado 2012a, p. 56.

¹⁴⁷ García Amado 2012a, pp. 49-50; véase también p. 56.

En suma, en el enfoque interpretacionista, la exigencia de la justicia del caso concreto debe ceder el paso a la exigencia de establecer reglas generales, aplicables a casos futuros mediante subsunción¹⁴⁸.

5.3. Réplicas y contrarréplicas

¿Cuáles réplicas ofrece Atienza? ¿Son ellas convincentes? ¿Qué conclusiones de carácter general podemos sacar del debate entre Atienza y García Amado sobre ponderación? Vamos con orden.

La estrategia defensiva de Atienza apunta, aparentemente, a poner en luz que el ataque que García Amado mueve al principialismo ponderativo sufre de una doble exageración¹⁴⁹.

Primera exageración: el interpretacionismo no-ponderativo exagera los (pretenidos) vicios del principialismo, por efecto de una lectura poco caritativa¹⁵⁰. Según Atienza, frente a las acusaciones de García Amado, cabe notar lo siguiente.

1. La ponderación puede de hecho ser arbitraria, pero no es necesariamente así, pues, como se ha visto, puede llevarse a cabo conforme a criterios, y vínculos, de racionalidad práctica (falacia “del paso de la posibilidad a la necesidad”)¹⁵¹.

2. Los criterios de racionalidad práctica que, según el principialismo, se aplican (y vinculan) a la ponderación pueden ser considerados modestos, pero, como ya sugería Aristóteles, ellos representan todo lo que, según una visión realística, se puede tener en el marco del derecho (argumento aristotélico)¹⁵².

3. El principialismo ponderativo no lleva a la destrucción («evanescencia») de las reglas (“falacia del hombre de paja”). Por el contrario, proporciona una visión realística, asumiendo que las reglas pueden en efecto ser derrotadas, y la complementa, en el nivel normativo, con la idea de que las reglas puedan ser derrotadas por los jueces sólo excepcionalmente, y que también pueden concebirse reglas absolutas, es decir inderrotables, por ejemplo, por «razones utilitaristas o de prevención»¹⁵³.

4. El principialismo ponderativo no adhiere al «modelo» del «juez activista», sino, más prudentemente, al modelo del «juez que evita tanto el formalismo como

¹⁴⁸ García Amado 2012a, p. 50.

¹⁴⁹ Atienza 2012b, pp. 87-110; Atienza 2012c, pp. 133-138. Las réplicas son muy articuladas y parten de la formulación de un catálogo de cuatro falacias que García Amado habría cometido en su argumentación. A este catálogo, García Amado replica acusando Atienza de haber incurrido en “la falacia de las falacias” (García Amado 2012b, pp. 111-114). En el texto consideraré sólo los argumentos que reputo más relevantes.

¹⁵⁰ Atienza 2012b: 91.

¹⁵¹ Atienza 2012b: 90.

¹⁵² Atienza 2012b: 106-108.

¹⁵³ Atienza 2012b: 96-99.

el activismo»¹⁵⁴. Esto resulta con toda evidencia de dos posiciones que el principialismo defiende de una manera tajante.

Por un lado, el principialismo pone límites, aunque se trate de límites «flexibles», a lo que los jueces pueden justificadamente hacer cuando deciden los casos, con relación, en particular, a la posibilidad de configurar lagunas axiológicas¹⁵⁵. Por supuesto, dichos límites son orientados a realizar «un equilibrio entre la dimensión autoritativa y la dimensión valorativa del Derecho [...]»: «el juez puede ir más allá del Derecho, puesto que contribuye [...] a su desarrollo», y esto ocurra de una manera conforme a la específica conformación del sistema jurídico en el cual actúa¹⁵⁶.

Por el otro lado, el principialismo sostiene que «el juez debe ser justo, no justiciero»; es decir, frente a los casos en los cuales, en hipótesis, el derecho vigente «no permite al juez de llegar a (fundamentar) una decisión justa (o perfectamente justa)», el juez debe «reconocer esos límites»¹⁵⁷. Por supuesto, hace falta nunca olvidar «el otro lado de la medalla»: es decir, que «la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley, sino a sus razones subyacentes»¹⁵⁸.

Segunda exageración: pasando a considerar la segunda exageración que Atienza reprocha al interpretacionismo no-ponderativo, esta consiste en eso, que el interpretacionismo exagera su distancia desde la concepción principialista, y esto ocurre, paradójicamente, en lo que atañe a la interpretación¹⁵⁹.

A favor de esta tesis, Atienza proporciona dos argumentos. El primer argumento hace apelo a la equivalencia funcional entre interpretación “interpretacionista” y ponderación: sostiene, en otras palabras, que las dos representan formas de razonamiento no coincidentes que, sin embargo, permiten lograr los mismos resultados, de manera que la distinción entre las dos es, considerado todo, «relativa»¹⁶⁰. El segundo argumento hace apelo a la identidad estructural entre *analogía iuris* y ponderación. Veámoslos brevemente.

1. El enfoque interpretacionista, como hemos visto, concibe la interpretación de las disposiciones que adscriben derechos fundamentales como una actividad consistente en identificar el núcleo semántico de las disposiciones, o sea el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Ahora bien, puede sostenerse que dicha actividad no sea tan distinta de una actividad ponderativa. Esto emerge de dos consideraciones. Por un lado, el mismo García Amado, en un paso de su ensayo (citado antes, al final del § 5.2.), describe la interpretación como una actividad en que se evalúan los pros y los contras y se elige, al final, la interpretación que

¹⁵⁴ Atienza 2012b: 88-89.

¹⁵⁵ Atienza 2012b: 103-105.

¹⁵⁶ Atienza 2012b: 105-106.

¹⁵⁷ Atienza 2012b: 106.

¹⁵⁸ Atienza 2012b: 106.

¹⁵⁹ Atienza 2012b: 99-103.

¹⁶⁰ Atienza 2012b: 101.

vale, o pesa, más en relación al sistema normativo¹⁶¹. Por el otro lado, la equivalencia funcional entre interpretacionismo y principialismo ponderativo resulta de un ejemplo bastante sencillo, pero sugerente¹⁶². Supongamos de tener una norma que establece la prohibición de la tortura. Quien adopte el enfoque interpretacionista considerará dicha norma como una norma inderrotable. Sin embargo, en su búsqueda del contenido esencial de la norma (o, mejor dicho, del núcleo semántico de la disposición correspondiente), el interpretacionista podría llegar a las conclusiones siguientes:

Cualquier conducta que consiste en (a) imponer a otro sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, y (c) al fin de obtener informaciones, es “tortura”, según el contenido esencial del término “tortura”, y, por lo tanto, está prohibida;

En cambio, cualquier conducta que consiste en (a) imponer a otro sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, (c) al fin de obtener informaciones, (d) las cuales sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes, no es “tortura”, y, por lo tanto, no cae bajo la prohibición de la norma de que se trata.

Quien adopte el enfoque principialista, por el contrario, considerará la norma que prohíbe la tortura como una norma derrotable. No obstante, él podría llegar a los mismos resultados del interpretacionista, aunque por una vía diferente. Por ejemplo, podría razonar así:

Las propiedades (a) imponer sufrimientos graves, (b) de tipo físico o psicológico, y (c) al fin de obtener informaciones, que identifican situaciones de tortura, no son condiciones suficientes para que sigue la prohibición constitucional de la tortura.

A la luz de una ponderación entre garantía de la dignidad de la persona y protección de la vida de los ciudadanos, esta consecuencia normativa requiere pues que sea presente, por lo menos, también otra condición. Trata-se, más precisamente, de la condición negativa adicional, que consiste en el hecho de que las informaciones que se quiere obtener del torturado no sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (no-d).

En conclusión, la prohibición de la tortura se aplica *ceteris paribus* a los casos de tortura (a, b, y c) en los cuales las informaciones que se quiere obtener no sean necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (no-d). En cambio, los casos de tortura llevada a cabo para obtener informaciones necesarias para salvar la vida de muchas personas inocentes (a, b, c, y d) no caen bajo la prohibición de la tortura establecida por la norma de que se trata.

2. El enfoque interpretacionista admite, y, según parece razonable, no puede no admitir que la *analogía iuris* (o bien la *analogía iuris imperfecta*) sea una herramienta lícita para integrar las lagunas normativas. Pero la *analogía iuris* no es otra cosa sino una forma de argumentación ponderativa, donde se ponderan principios

¹⁶¹ Atienza 2012b: 101.

¹⁶² Atienza 2012b: 101-102.

concurrentes en aras de identificar la manera jurídicamente correcta de integrar una laguna normativa. Por lo tanto, el enfoque interpretacionista está comprometido con formas de ponderación¹⁶³. La estrategia eliminacionista parece, por ende, destinada al fracaso.

¿Son las réplicas de Atienza convincentes? En parte. Sin duda, son eficaces para arrojar dudas sobre el interpretacionismo, en cuanto postura que pretende dejar a los jueces un margen de discrecionalidad mucho más menor que el principialismo ponderativo. En cambio, todo el esfuerzo argumentativo de Atienza no vale para hacer desaparecer la impresión de que, por lo menos en abstracto, el principialismo ponderativo sea una teoría que deja amplísimos márgenes de maniobra a los jueces y juristas, y que los vínculos proporcionados por los criterios de racionalidad (coherencia, universalidad, bondad de las consecuencias, y respeto de la constitución) sean, como ya notaba antes (*supra*, § 5.1), muy débiles, o bien muy “flexibles”, para utilizar una palabra que el mismo Atienza emplea.

6. Algunas conclusiones

Desde la perspectiva de una meta-metodología descriptiva y analítica, atenta a las modas y formas expresivas de la cultura jurídica, ¿Qué conclusiones podemos sacar de los episodios que hemos considerado en los apartados anteriores?

Esquemáticamente, me parece que podemos sacar las conclusiones siguientes.

1. A excepción de la reflexión de Guastini, que se caracteriza por un intento exquisitamente descriptivo, las demás teorías consideradas tienen más bien un intento normativo. Están acomunadas, en efecto, por una toma de posición práctica frente al fenómeno de la ponderación: o bien de carácter crítico (Aleinikoff, García Amado), o bien de carácter constructivo y apoloético (Moreso, Alexy, Atienza). Todas proponen un cualquier modelo de razonamiento judicial con principios constitucionales: sea ello un modelo anti- o no-ponderativo (los modelos interpretacionistas de Aleinikoff y de García Amado), o bien un modelo de ponderación en sentido impropio (el modelo especificacionista de Moreso), o bien un modelo de ponderación en sentido propio (“con algoritmo”, en el caso de Alexy, o bien “sin algoritmo”, en el caso de Atienza). Con la excepción de la reflexión de Guastini, por lo tanto, el fenómeno de la ponderación sirve a menudo de punto de partida, y, si es el caso, de respaldo empírico, para la proposición de modelos normativos.

2. Hay una diferencia indudable entre el interpretacionismo no-ponderativo (García Amado), el especificacionismo (Moreso), y el enfoque ponderativo generalista (Alexy y Atienza), por un lado, y un cualquier enfoque ponderativo (en sentido

¹⁶³ Atienza 2012b: 103.

propio) comprometido con un particularismo radical y, por ende, marcadamente irracionalista, por el otro. Esta última posición, sin embargo, no parece corresponder a algún partidario de carne y hueso, sino que representa, más bien, el hombre da paja y la cabeza de turco para todos los enfoques racionalistas contemporáneos a la ponderación judicial de los principios constitucionales.

3. Trazar una diferencia entre el interpretacionismo y el especificacionismo, por un lado, y el enfoque ponderativo generalista, por el otro, parece ser en cambio algo más problemático.

Hay sin duda una diferencia de carácter (podríamos decir) estructural. Interpretacionismo y especificacionismo son modelos de resolución interpretativa de los conflictos entre principios; proponen soluciones que dependen de la (re)interpretación restrictiva, o bien de los principios mismos, o bien de las reglas “derivadas” de ellos. El modelo ponderativo generalista, en cambio, es un modelo de resolución meta-interpretativa de los conflictos entre principios: se funda en un principio de ponderación que interviene cuando la interpretación de los principios en conflicto ya se ha acabado.

Desde una perspectiva funcional, sin embargo, los modelos del interpretacionismo, del especificacionismo, y de la ponderación generalista son equivalentes: permiten lograr los mismos resultados, aunque mediante caminos diferentes.

4. Los vínculos racionales que los partidarios de los tres enfoques racionalistas (y no radicalmente particularistas) invocan son, para decir así, como las murallas de Esparta. Su fuerza no es algo dotado de una “dura” objetividad, sino que depende de las creencias y actitudes de jueces y juristas.

5. Atienza parece ser plenamente consciente de la debilidad de los vínculos racionales a la ponderación. No es casual, pues, que su variante de principialismo contenga una robusta parte normativa, donde se considera ineludible el problema de formular preceptos que delimiten y regulen el poder de ponderación de las autoridades jurídicas. La dimensión autoritativa del derecho, se sugiere, debe ser utilizada en aras de impedir que la dimensión valorativa y argumentativa del derecho mismo, con la amplia discrecionalidad que la caracteriza, se vuelva dominante, y vuelva al derecho en el coto de caza de los jueces.

Bibliografía

- Alenikoff, A.T. (1987). *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «Yale Law Journal», 96, 943-1005; trad. esp. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra.
- Atienza, M. (2012a). *A vueltas con la ponderación*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 9-37.

- Atienza, M. (2012b). *Carta sobre la ponderación*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 87-110.
- Atienza, M. (2012c). *Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 133-138.
- Atienza, M. (2014). *Ponderación y sentido común*, URL: <<http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>>.
- Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis.
- Bobbio, N. (1964). *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in Bobbio, N. (1971). *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 79-99.
- Cabra Apalategui, J.M. (2014). *Conflictos de normas y razón práctica (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación)*, URL: <<http://hdl.handle.net/10630/10193>>.
- Cardozo, B.N. (1928). *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press.
- Celano, B. (2002). *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, «Ragion Pratica», 18, 2002, 223-239; trad. esp. “*Defeasibility*” y *ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables*, in Id. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 235-254.
- Celano, B. (2005). *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale: tre ipotesi di ricostruzione*, «Analisi e diritto 2004», Torino, Giappichelli, 2005, 53-74; trad. esp. *Derechos, principios y valores en el Estado constitucional: tres hipótesis de reconstrucción*, in Id. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 255-280.
- Celano, B. (2009). *Derecho, Justicia, Razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chiassoni, P. (2012). *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2018). *Tre problema di teoria del bilanciamento*, «Lo Stato», VI, 11, 11-35.
- Clérico, L. (2012). *Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?*, «Isonomía», 37, 113-145.
- Dancy, J. (1993). *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell.
- Ferrajoli, L., Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*, P. Grández Castro (ed.), Lima, Palestra.

- García Amado, J.A. (2012a). *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 39-85.
- García Amado, J.A. (2012b). *Respuesta a la epístola de Manuel Atienza*, in Atienza, M., García Amado, J.A. (2012). *Un debate sobre ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra / Temis, 111-132.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria metateoria del diritto*, Torino, Giapichelli; trad. esp. Guastini, R. (2009). *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Lombardi Vallauri, L. (2012). *Corso di filosofia del diritto*, Seconda edizione, Padova, Cedam.
- Moreso, J.J. (2002a). *Conflitti tra principi costituzionali*, «Ragion Pratica», 18, 201-221; trad. esp. *Conflictos entre principios constitucionales*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 267-284.
- Moreso, J.J. (2002b). *A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano*, «Ragion Pratica», 18, 2002, 241-248; trad. esp. *Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos, e ideales regulativos*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 285-291.
- Moreso, J.J. (2004). *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in Moreso, J.J. (2009a), 293-307.
- Moreso, J.J. (2007). *Alexy y la aritmética de la ponderación*, in Alexy, R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 223-248; in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 309-319.
- Moreso, J.J. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- Moreso, J.J. (2009b). *Esbozo de preliminares a una teoría de la constitución*, in Id. (2009a). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 21-66.
- Moreso, J.J. (2012). *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*, «Ratio Juris», 25, 31-46.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di giugno 2019

