



# Analisi e diritto

1/2022

[riviste.edizioniets.com/aed](http://riviste.edizioniets.com/aed)

## *Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

## *Redazione*

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)  
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rabanos,  
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, 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 Itzfovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzarese, 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 Puppò, 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](mailto:analisiediritto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2022



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

Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano

Centre de Théorie et Analyse du Droit

(UMR 7074, Université Paris Nanterre, École Normale Supérieure, CNRS)

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 2022

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 978-884676400-3

ISSN 1126-5779

# Indice

R. Guastini <i>Commiato da Bruno Celano</i> (Farewell to Bruno Celano)	7
--	---

## **Teoría analítica del derecho. Un debate** **Primera parte**

A cura di Julieta A. Rabanos

J.A. Rabanos <i>Introducción</i> (Foreword)	15
G.B. Ratti <i>Notas sobre conectivas, satisfacción e isomorfismo deóntico</i> (Remarks on Connectives, Satisfaction, and Deontic Isomorphism)	19
J.J. Moreso <i>Lo normativo en la teoría del derecho de Jorge Luis Rodríguez: a blind spot?</i> (The Normative in Jorge Luis Rodríguez's Legal Theory: a Blind Spot?)	29
P.E. Navarro <i>Presupuestos y consecuencias de la aplicabilidad</i> (Presuppositions and Consequences of Applicability)	53
N. Scavuzzo <i>Reflexiones sobre la existencia y los límites de las reglas sociales a partir de la Teoría analítica del derecho de Jorge Rodríguez</i> (Some Reflections on the Existence and the Limits of Social Rules Inspired by Teoría analítica del derecho by Jorge Rodríguez)	67

S. Figueroa Rubio <i>Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento</i> (Five Theses about the Rule of Recognition)	83
P. Comanducci <i>La indeterminación del derecho: una cuestión de grado</i> (The Indeterminacy of Law: A Matter of Degree)	97
R. Guastini <i>Discutiendo con Jorge Rodríguez</i> (Discussing with Jorge Rodríguez)	109
M. Barberis <i>El canto del cisne. Jorge Rodríguez y la tradición analítica</i> (The Swan Song. Jorge Rodríguez and the Analytic Tradition)	119
J.L. Rodríguez <i>Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre Teoría analítica del derecho</i> (First Replies to Criticisms on <i>Teoría analítica del derecho</i> )	133

# Commiato da Bruno Celano

Riccardo Guastini\*

## Sommario

L'autore ripercorre alcuni episodi salienti della sua relazione intellettuale con Bruno Celano e affronta diversi aspetti del suo lascito scientifico e umano.

**Parole chiave:** Bruno Celano. Positivismo giuridico. Pluralismo etico.

## Abstract

The author retraces some salient episodes of his intellectual relationship with Bruno Celano and addresses various aspects of his scientific and human legacy.

**Keywords:** Bruno Celano. Legal Positivism. Ethical Pluralism.

We always did feel the same  
We just saw it from a different point of view  
Tangled up in blue  
(Bob Dylan, *Tangled up in blue*)

Bruno non c'è più.  
Per meglio dire, la sua mente non c'è più. E questa è la tragedia.  
Il corpo, in verità, lo aveva lasciato un po' alla volta ormai da molti anni. In un senso. In un altro senso non lo aveva lasciato affatto: anzi, lo teneva prigioniero.  
Ho perduto un amico dolcissimo, e non ho le parole giuste per piangerlo.

---

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

Conobbi Bruno oltre trenta anni fa (credo nel 1989), dottorando del corso di Filosofia analitica e teoria generale del diritto, a Milano.

Ed ebbi il privilegio di “dirigere” – cioè orientare, leggere, discutere, rileggere, ridiscutere fino all’esaurimento – la sua monumentale tesi dottorale (due tomi, un migliaio di pagine dattiloscritte), conclusa nel 1992. Per questa ragione, Bruno si considerava un po’ mio allievo (diceva che il suo primo maestro, Giuseppe Nicolaci, gli aveva insegnato come costruire un saggio, io come distruggerlo).

Sono orgoglioso di essergli stato in qualche modo maestro. Ma di certo ho imparato io da lui più di quanto lui abbia appreso da me. Anche perché già allora aveva una invidiabile cultura filosofica enciclopedica. Non si sa dove avesse trovato il tempo di leggere tanto.

Bruno non aveva una formazione analitica. Tuttavia, la sua tesi affrontava i problemi della *is-ought question* con una sottigliezza analitica sorprendente, vedeva questioni concettuali sulle quali spesso mi trovava impreparato. Il libro *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, 1994 – un agile volumetto di quasi 800 pagine – riproduce gran parte della tesi (non tutta: diversi altri saggi coevi sviluppano alcuni temi laterali). Ed è una pietra miliare: dopo di esso, su grande divisione (essere v. dover essere), fatti e norme, descrizione e prescrizione, inferibilità di norme da asseriti dichiarativi, non ci sarà più nulla da dire.

(A dire il vero, anche la sua capacità di lavoro era stupefacente. Mentre scriveva la tesi, trovò il tempo di pubblicare un libro sulla concezione kelseniana delle norme: *Dover essere e intenzionalità. Una critica all’ultimo Kelsen*, 1990).

Bruno non aveva neppure una formazione filosofico-giuridica. Nondimeno, i suoi lavori di teoria del diritto – sulla dottrina pura, sulla consuetudine, sullo stato costituzionale di diritto – sono illuminanti. Tra i loro pregi inestimabili vorrei ricordare lo svelamento del mistero del concetto kelseniano di “validità”, intesa al tempo stesso come esistenza e forza vincolante delle norme: la validità come de-citazione (così intesa la validità, asserire “La norma ‘Op’ è valida” equivale a reiterare la norma stessa, *Op*, senza più virgolette).

Sono in debito con Bruno. Nella sua ultima telefonata (era il pomeriggio del 4 maggio, mi trovavo a Girona) mi domandava se avessi letto il nuovo, ultimo, capitolo delle sue dispense (*Lezioni di filosofia del diritto*, II ed., 2021): un commento all’*Oresteia*. Colpevolmente, non lo avevo ancora letto, e non potei dirgli nulla, con sua grande delusione. L’ho letto adesso.

Si tratta di un bel saggio, che può essere letto indipendentemente dalle rimanenti lezioni. È scritto nel suo stile caratteristico: qualche prolissità, qualche ridondanza, qualche ripetizione. Ma il risultato è avvolgente. Riesce difficilissimo dissentire e controargomentare.



Nel corso degli anni, le idee di Bruno – lamentabilmente – hanno conosciuto una torsione, o una deriva, oggettivista (realista, cognitivista) in metaetica e giusnaturalistica in filosofia del diritto<sup>1</sup>. Nel saggio sull'*Oresteia*, Bruno usa la trilogia

---

<sup>1</sup> Il manifesto della svolta è un saggio del 2004, pubblicato l'anno successivo sui *Materiali* (con un prezioso commento di Mauro Barberis), "Giusnaturalismo, positivismo giuridico, e pluralismo etico", nel quale Bruno difendeva una concezione "trascendentale" (?) del diritto naturale. Trascrivo qui di seguito, per curiosità, il mio commentario informale al suo *paper*, che pronunciai durante il seminario che si tenne a Genova nel maggio 2004 (oggi lo scriverei in modo un po' diverso).

«1. La tesi di Bruno, se ben comprendo, è questa: anche se accettiamo una forma di giusnaturalismo e, insieme, il realismo morale, tuttavia non possiamo non dirci positivisti. Considero questa tesi nulla più che un divertissement: ho difficoltà a prenderla sul serio. Perché ovviamente si può ribattere: ma se comunque non possiamo non essere positivisti, perché mai dovremmo accettare una forma di giusnaturalismo e il realismo morale?

2. L'alternativa tra positivismo e giusnaturalismo "definitorio" (una norma ingiusta non è diritto) non è meramente verbale (malgrado le apparenze). (i) In primo luogo, la discussione sottende (e maschera) un problema metaetico: l'alternativa tra cognitivismo e non-cognitivismo. (ii) In secondo luogo, sullo sfondo sta una discussione (normativa) intorno all'obbligo politico, ossia all'obbligo di obbedire ai comandi del sovrano: insomma, all'obbligo (metagiuridico) di obbedire al diritto. Peraltro, il giusnaturalismo non è posizione univoca da questo punto di vista, perché – una volta scontata la mossa definitoria – si tratta appunto di vedere se il diritto positivo sia giusto o ingiusto. Se il diritto positivo è ingiusto, il giusnaturalismo prende una colorazione rivoluzionaria. Se, al contrario, il diritto è giusto, lo stesso giusnaturalismo prende una piega conservatrice.

3. Bruno caratterizza il giusnaturalismo "definitorio" in modo non plausibile. Le idee centrali del giusnaturalismo a me paiono piuttosto le seguenti. (i) In primo luogo, le norme giuridiche sono non già semplici fatti, ma valori (valori positivi, non disvalori). Talché prendere conoscenza di una norma giuridica è, al tempo stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. In altre parole, alle norme giuridiche si deve obbedienza (diversamente, che rilevanza avrebbe mai il negare ad una legge il carattere di giuridicità?): paradossale convergenza tra giusnaturalismo e positivismo ideologico. (ii) In secondo luogo, le norme giuridiche non dipendono da concreti atti di volontà (o di linguaggio) compiuti da uomini. Le norme giuridiche sono già date nella "natura" (nella natura dell'uomo, nella natura delle cose), come valori antecedenti ad ogni atto normativo umano, e indipendenti da esso. (iii) In terzo luogo, conoscere la "natura" è conoscere non solo fatti, ma anche norme, ossia valori. Vi sono dunque norme che possono essere ricavate dalla semplice conoscenza, e alle quali si deve obbedienza.

Ebbene, per opposizione, il nocciolo del positivismo giuridico è costituito dalle idee seguenti (potremmo dire: è questo il "contenuto minimo" del giuspositivismo).

(a) In primo luogo, le norme giuridiche sono semplici fatti, e non valori. I fatti, evidentemente, non richiedono obbedienza (non farebbe senso dire che ad un certo fatto si debba obbedire). Si può prendere conoscenza di una norma giuridica senza, per ciò stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. Alle norme giuridiche si deve obbedienza se, e solo se, le si accetta.

(b) In secondo luogo, non vi sono norme già date, in natura. Le norme giuridiche sono entità *language-dependent*, cioè dipendenti dall'uso del linguaggio. Le norme giuridiche sono entità che possono essere prodotte solo da atti linguistici normativi o, se così si preferisce dire, da atti di volontà. "Kein Imperativ ohne Imperator": non vi sono comandi senza qualcuno che comandi.

(c) In terzo luogo, conoscere la natura è conoscere fatti, non valori. Non si possono ricavare norme dalla conoscenza. Le norme non hanno valori di verità.

4. Il positivismo inclusivo è indifendibile. In primo luogo, il positivismo inclusivo confonde sistematicamente due problemi: il problema di identificare ciò che è diritto (i.e., distinguere il diritto dal non-diritto, insomma identificare le fonti) e il problema di identificare il contenuto del diritto (le norme

di Eschilo per condensare le sue idee in materia di metaetica (sul confine dell'etica normativa, in verità).

Secondo Bruno, giuspositivisti e giusnaturalisti chiamano con nomi diversi – “morale” e “diritto naturale” rispettivamente – uno stesso oggetto: un insieme di norme e principi che (sorprensamente) a Bruno paiono oggettivamente vincolanti e conoscibili, quasi che avessero valori di verità. Senonché le norme e i principi in questione sono largamente indeterminati, lacunosi, e antinomici (come ben mostra appunto la storia di Oreste: un caso paradigmatico di antinomia “in concreto”). La morale, scrive Bruno, «non parla sempre, e quando parla non parla sempre con una sola voce».

La morale è dunque una fonte di conflitti e di genuini dilemmi. I conflitti si risolvono mediante bilanciamento, soppesando le ragioni morali *pro* e *contra*. I dilemmi – come nel caso di Oreste – sono semplicemente irresolubili: qualunque cosa faccia, nell'adempimento di un suo dovere morale, Oreste fatalmente viola un altro suo dovere morale.

(Bruno, si noti, sta parlando de *la* morale, non di diverse morali. In altre parole, dal suo punto di vista, il “pluralismo” o “politeismo” metaetico, che lui difende, non consiste nel conflitto tra morali diverse e alternative, ma è cosa interna all'unica morale: al diritto naturale, insomma. Secondo una assai nota tesi di Bobbio, il diritto naturale è non già una etica normativa determinata, ma piuttosto una “metaetica”, intesa (non come l'analisi logica del discorso etico, ma) come un apparato concettuale oggettivista, atto a giustificare una pluralità di etiche normative diverse e conflittuali. Secondo Bruno, per contro, il diritto naturale è un'etica specifica, ancorché affetta da irrimediabile indeterminatezza.)

---

che le fonti esprimono). In secondo luogo, la tesi che il diritto incorpori valori e principi morali (il che è una ovvietà) non implica per nulla che per identificare il diritto sia necessario ricorrere a considerazioni morali. Altro è una “considerazione morale” – ossia un giudizio di valore o una prescrizione – altro la rilevazione dei valori e principi morali che il diritto incorpora. In altre parole, il diritto può sempre essere identificato dal punto di vista esterno (moderato). Per applicare una norma che fa rinvio ad un ordinamento straniero non occorre fare un “ragionamento straniero”. Analogamente, per applicare una norma che fa rinvio ad un valore morale non è necessario fare un ragionamento morale.

5. Che vi sia un nesso necessario, olistico, fra diritto e valori e principi etici è tesi che può essere intesa in tre sensi. (a) Nel senso che, necessariamente il diritto incorpora valori e principi morali (che possono essere approvati come pure disapprovati da chi parla). Così intesa, la tesi si riduce ad una ovvietà. (b) Nel senso che il diritto non può essere identificato se non sulla base di valutazioni morali. Così intesa, la tesi è falsa (cfr. sopra, sul positivismo inclusivo). (c) Nel senso che il diritto è (olisticamente) cosa buona: incorpora valori e non disvalori.

6. La tesi che il diritto sia olisticamente cosa buona è pragmaticamente equivalente alla tesi che al diritto si debba obbedienza. In questo senso il giusnaturalismo “trascendentale” è banalmente una forma di legalismo etico. Non implica l'obbligo di obbedienza ad ogni singola norma giuridica, ma implica olisticamente l'obbligo di obbedienza al diritto come un tutto. La tesi in questione non implica affatto, peraltro, una connessione necessaria (i. e., concettuale) tra diritto e morale. La connessione è normativa o valutativa, non concettuale.»

Ebbene, il diritto positivo, secondo Bruno, è nulla più che un rimedio a questo stato di cose dilemmatico: risolve autoritativamente – senza garanzia di giustizia sostanziale – dilemmi moralmente insolubili. Un’idea, questa, di evidenti ascendenze tomistiche.

Le idee metaetiche di Bruno hanno importanti risvolti giusfilosofici: si risolvono in una concezione della costituzione e in una dottrina dell’interpretazione costituzionale.

La costituzione – precisamente, la parte “sostanziale” delle costituzioni contemporanee, come ad esempio la parte prima della costituzione italiana – fa rinvio, o incorpora, valori e principi morali. Consiste cioè, proprio come il diritto naturale, in un insieme di principi e norme indeterminati, lacunosi, antinomici. Per interpretarli, non serve, e comunque non sarebbe appropriato, indagare le intenzioni (in senso vuoi semantico, vuoi teleologico) dei padri costituenti. È mai possibile interpretare una clausola costituzionale «che, ad esempio, faccia riferimento a concetti etico-politici come “egualianza”, “libertà”, “democrazia”, “dignità” senza far ricorso a qualche tipo di argomentazione morale»? Bruno, come Dworkin, ritiene di no. Sicché la stessa validità (materiale) delle leggi infra-costituzionali – l’identificazione del diritto valido – dipende da considerazioni morali, da considerazioni di giustizia.

L’interpretazione costituzionale, insomma, non può essere altra cosa che una “lettura morale” del testo. Per decidere che cosa sia costituzionalmente bene o giusto non serve interrogare il testo: è inevitabile impegnarsi nell’argomentazione morale.

Inutile dire che i conflitti tra diritti e principi si risolvono per via di bilanciamento, frutto di ragionevolezza o di “razionalità sostanziale”.

Scrivendo Bruno, quasi a conclusione delle sue *Lezioni*, «la possibilità di tracciare una netta linea di demarcazione [...] fra il diritto quale esso, di fatto, è, e il diritto quale esso (alla luce di principi e valori morali, etico-politici) *deve essere* (il diritto giusto) sembra dunque venire meno». Addio dunque al positivismo giuridico.

Bruno non c’è più, *out there*. Ma è ancora qui nelle nostre menti, e ci resterà a lungo. La discussione non ha fine.



TEORIA ANALÍTICA DEL DERECHO. UN DEBATE  
PRIMERA PARTE

A cura di Julieta A. Rabanos



# Introducción

*Julieta A. Rabanos\**

## Resumen

El 27 y 28 de enero de 2022 se celebró, en la Universidad de Génova, un seminario en discusión de una de reciente aparición: *Teoría Analítica del Derecho* (2021), de Jorge L. Rodríguez (Universidad de Mar del Plata).

En esta sección, se recogen las intervenciones de siete de los nueve comentadores principales del seminario, así como un comentario adicional, y las réplicas del autor a cada uno de ellos.

**Palabras claves:** Teoría analítica del derecho. Jorge L. Rodríguez. Positivismo jurídico. Teoría general del derecho.

## Abstract

On January 27 and 28, 2022, a seminar was held at the University of Genoa to discuss a recently published book: *Teoría Analítica del Derecho* (2021), by Jorge L. Rodríguez (Universidad de Mar del Plata).

This section collects the contributions of seven of the nine main commentators at the seminar, as well as an additional comment and the author's responses to each of them.

**Keywords:** Analytical Legal Theory. Jorge L. Rodríguez. Legal Positivism. General Theory of Law.

El 27 y 28 de enero de 2022 se celebró, en la Universidad de Génova, un seminario en discusión de una de reciente aparición: *Teoría Analítica del Derecho* (Marcial Pons: 2021), de Jorge L. Rodríguez (Universidad de Mar del Plata).

---

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

Se trató de un seminario muy especial en muchos sentidos. Por enumerar algunos, sin ánimo de exhaustividad: (1) Se llevó a cabo aún en el marco de las medidas de contención de la COVID-19, presentes desde 2020; (2) Tuvo nueve comentarista/es principales y una decena de otra/os *discussants* adicionales; (3) Se realizó a lo largo de cuatro sesiones que se extendieron, en algunos casos, a más de cuatro horas; (4) Contó con la asistencia de decenas de estudiantes, pues se desarrolló en el marco de los cursos presenciales del Máster en *Global Rule of Law & Constitutional Democracy*, de las Universidades de Génova y Girona; (5) Tuvo formato híbrido, lo que permitió que alguna/os participantes pudieran asistir incluso sin haber podido llegar a Génova; y (6) Contó con el autor en presencia, que no sólo replicó detalladamente a las intervenciones de todos la/os comentaristas y a las preguntas del público, sino que además abrió cada sesión con una explicación detallada de los capítulos que se discutirían en el marco de ésta.

Se trató, asimismo, de un seminario muy especial para un libro muy especial. *Teoría Analítica del Derecho* es un volumen de más de 800 páginas y siete capítulos donde Rodríguez lleva a cabo un minucioso análisis de los temas centrales que, entiendo, forman parte de la “teoría general del derecho”. Según sus propias palabras, el libro gira en torno al estudio del lenguaje y del razonamiento jurídico, una defensa de una concepción positivista excluyente y escéptica en metaética, y un intento de ofrecer un criterio de delimitación del derecho en relación con otros dominios normativos (como la moral)<sup>1</sup>. Esta inmensa – y exhaustiva – amplitud temática se ve reflejada inmediatamente en el índice del volumen. En su primera parte, “De las normas a los sistemas jurídicos”, se analizan cuestiones de normas, lenguaje y lógica (capítulo I), el concepto de derecho (capítulo II), normas y conceptos jurídicos fundamentales (capítulo III), y el derecho como sistema (capítulo IV). En su segunda parte, “Dinámica jurídica, interpretación y aplicación del derecho”, se analizan la dinámica del derecho (capítulo V), cuestiones de interpretación, indeterminación y conocimiento del derecho (capítulo VI), y del razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales (capítulo VII).

Los dos fascículos de 2022 de *Analisi e diritto* estarán dedicados, en gran medida, a la discusión de *Teoría Analítica del Derecho*. En este primer fascículo de la revista, se recogen las intervenciones de siete de los nueve comentaristas principales del seminario, así como un comentario adicional, y las réplicas del autor a cada uno de ellos. El segundo fascículo recogerá, por su parte, las intervenciones de los restantes comentaristas principales y otros comentarios de discusión, así como el debate del autor con cada uno de ellos.

La discusión de las páginas que siguen tendrá lugar en este orden. En primer lugar, Giovanni Battista Ratti propone una discusión sobre tres aspectos interesantes encontrados en el libro: conectivas lógicas en ámbito normativo, la noción de satis-

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 17.



facción como base para una genuina lógica de normas, y la hipótesis de isomorfismo deóntico. Luego, José Juan Moreso propone debatir acerca de la normatividad del derecho, y preguntarse si se trata de un posible ángulo muerto en la teoría analítica del derecho de Rodríguez. Pablo Navarro, por su parte, plantea un análisis crítico acerca de la noción de aplicabilidad de las normas jurídicas desarrollada en el volumen y de la relación entre aplicabilidad interna y externa propuesta por Rodríguez.

Tanto Sebastián Figueroa Rubio como Natalia Scavuzzo proponen al autor debatir acerca de reglas sociales y la regla de reconocimiento. Figueroa Rubio revisa críticamente cinco tesis defendidas por Rodríguez sobre la regla de reconocimiento y la norma fundante básica, defendiendo una idea de la regla de reconocimiento como norma social y no reducible a reglas de cambio, mientras que Scavuzzo analiza críticamente la respuesta de Rodríguez al problema de los desacuerdos en el derecho, y propone una solución alternativa para salvar la tensión entre el aspecto empírico y el aspecto abstracto del derecho y las reglas.

A su vez, Paolo Comanducci analiza la postura de Rodríguez acerca de la interpretación jurídica, proponiendo cuatro observaciones críticas en torno a su crítica de la tesis de indeterminación radical y a su apoyo a la tesis de la indeterminación parcial. A continuación, Riccardo Guastini presenta al autor notas críticas acerca de su caracterización del positivismo jurídico, comentando también sobre jerarquías normativas, la cláusula alternativa de Kelsen, la noción de normas de competencia y la crítica a la base de la postura en interpretación jurídica de Rodríguez: el concepto de casos claros. Finalmente, Mauro Barberis plantea observaciones críticas externas acerca de cuatro tesis que entiende representativas del enfoque analítico de corte argentino-genovés, realizadas a partir de una tradición post-analítica que llama evolucionismo jurídico, y propone algunas alternativas a sus problemáticas.

Al final del fascículo, y bajo el título de “Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre *Teoría analítica del derecho*”, se puede encontrar las respuestas de Jorge Rodríguez a cada uno de los comentarios realizados.

### Referencias bibliográficas

Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.



# Notas sobre conectivas, satisfacción e isomorfismo deóntico

*Giovanni Battista Ratti\**

## Resumen

El ensayo discute críticamente tres aspectos del reciente y monumental libro *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez, es decir: 1) el significado y el alcance de las conectivas lógicas en el ámbito normativo; 2) la noción de satisfacción como base para una genuina lógica de normas; 3) la hipótesis del isomorfismo entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas como argumento que abre el camino al colapso de ambas lógicas.

**Palabras claves:** Conectivas lógicas. Satisfacción. Lógica de normas. Lógica de proposiciones normativas.

## *Abstract*

The essay critically discusses three aspects of the recent and monumental book *Teoría analítica del derecho* by Jorge Rodríguez, that is: 1) the meaning and scope of logical connectives in the normative field; 2) the notion of satisfaction as the basis for a genuine logic of norms; 3) the hypothesis of the isomorphism between the logic of norms and the logic of normative propositions as an argument that opens the way to the collapse of both logics.

**Keywords:** Logical Connectives. Satisfaction. Logic of Norms. Logic of Normative Propositions.

---

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

## Premisa

En el primer capítulo de su reciente y monumental libro *Teoría analítica del derecho* (en adelante: TAD), Jorge Rodríguez analiza, con sus usuales precisión y profundidad, muchas tesis intrigantes sobre el estatus y el funcionamiento de diversos sistemas de lógica de normas. Me unen a Jorge una coincidencia muy amplia y marcada respecto de temas de lógica, teoría del derecho y metaética y diez años de colaboraciones en simposios o trabajos en común, además de una larga y fructífera amistad.

En esta breve intervención me propongo discutir algunas tesis sobre las cuales advierto que, al menos aparentemente, existen algunas discrepancias entre sus ideas y las mías, confiando en que un franco intercambio de ideas – como siempre ocurrió entre nosotros – pueda llevarnos a acercar aún más nuestras posiciones teóricas.

### 1. El significado de las conectivas lógicas

La primera discrepancia – quizás la más relevante – que tenemos Jorge y yo es el comportamiento de las conectivas lógicas en el ámbito descriptivo y en el ámbito prescriptivo. A mí me parece que hay diferencias sustanciales entre el comportamiento de las conectivas en ambos ámbitos, mientras que Jorge tendencialmente niega esto (si no me equivoco en interpretar sus palabras). De hecho, Jorge afirma que «el significado de las conectivas lógicas no parece variar dependiendo de su ocurrencia en enunciados descriptivos o prescriptivos» (TAD: 69). Esto quizá sea cierto en relación con la conjunción y la disyunción. Sin embargo, me parece que negación y condicional funcionan de manera bastante distinta en ámbito prescriptivo respecto a cómo funcionan en ámbito descriptivo, por tres razones principales<sup>1</sup>.

1) En primer lugar, no es nada claro qué quiere decir negar una norma, en particular si se trata de una norma condicional reconstruida mediante la llamada “concepción puente”<sup>2</sup>. La “transposición natural” de la negación al ámbito prescriptivo parecería sugerir que simplemente tenemos que anteponer el símbolo de la negación a un enunciado normativo condicional para negarlo. Pero virtualmente nadie entiende que se niegue así una norma. La negación de una norma condicional es otra norma que conecta el mismo antecedente con la negación del consecuente inicial.

---

<sup>1</sup> Para una discusión ulterior del problema, remito a Ratti, Rodríguez, Schleider 2020 y Ratti, Rodríguez 2022.

<sup>2</sup> Sobre la cual véase TAD: 98 ss. La concepción insular, que reconstruye las normas condicionales como condicionales anidados en una modalización deóntica, en realidad no tiene nada de condicional, puesto que toda norma imperativa aparentemente condicional puede ser concebida, en esta concepción, como una norma categórica con contenido alternativo y su negación como una permisón con contenido conjuntivo.

Esto sugiere que, en puridad, solo se niegan normas categóricas: lo que constituye una diferencia enorme con la negación en ámbito descriptivo, donde la negación de un condicional es una noción fundamental para la manipulación lógica del lenguaje.

2) En segundo lugar, y en consecuencia de lo que se acaba de decir, no es fácil determinar el alcance de un condicional normativo. Parece haber dos aspectos que diferencian de manera dramática un condicional normativo de un condicional descriptivo. (a) Antes de nada, no es claro a cuáles transformaciones lógicas podemos someter un condicional prescriptivo: en muchas de sus formulaciones en forma lógica que cabe encontrar en la literatura, no es posible transformar un condicional normativo en la correspondiente negación de la conjunción del antecedente con el consecuente negado<sup>3</sup>. (b) Además, no se entiende cuáles serían los casos de “verdad” (o “validez”) trivial de un condicional prescriptivo, puesto que nadie estaría dispuesto a decir que un condicional prescriptivo es “verdadero” o “válido” sólo por el hecho de que se da su consecuente o por el hecho de que es falso su antecedente. Nadie sería dispuesto a decir que la norma condicional “Si la luna es una bola de queso, entonces es obligatorio donar todos los bienes en caridad”, por tener un antecedente falso, sería siempre válida, verdadera, o algo por el estilo.

3) Finalmente, dos proposiciones cualesquiera siempre se implican, de algún modo, la una con la otra (o viceversa), de forma que pueden ser puestas en una relación de implicación, según la clásica definición del condicional<sup>4</sup>. Por ejemplo, los enunciados “Sale el sol” y “La huerta produce frutos” pueden guardar las siguientes relaciones: (1) ambos son verdaderos; (2) ambos son falsos; (3) el primero es verdadero y el segundo falso; (4) el primero es falso y el segundo es verdadero. En los casos (1) y (2) ambos se implican mutuamente. En el caso (3) el segundo implica al primero. En el caso (4) el primero implica al segundo. Esto no parece suceder con las normas. De la (presunta) “fuerza obligatoria” de una norma (categórica) como “Debes respetar a tus vecinos” no se sigue nada en términos de proposiciones empíricas, y viceversa. De forma que no sería posible poner en relación condicional dos enunciados del tipo “Debes respetar a tus vecinos” y “Sale el sol”, tal y como habíamos hecho con el condicional descriptivos que discutimos hace un momento.

No me parece haber estrategias viables para evitar estos tres problemas, de forma que veo muy dificultosa la posibilidad de construir una genuina lógica de normas

<sup>3</sup> En otros términos, fórmulas como “ $\neg(p \& \neg Oq)$ ” o “ $\neg p \vee Oq$ ” carecerían de todo sentido por ser mal formadas.

<sup>4</sup> Russell 1908: 301: «Now consider ‘Mr. Smith is a doctor’ and ‘Mr. Smith is red-haired.’ Four cases are possible, namely: (1) both are true (2) both are false (3) the first is true and the second false (4) the first is false and the second true. In cases (1) and (2) each implies the other according to the above definition. In case (3) the second implies the first; and in case (4) the first implies the second. These facts are all immediate consequences of the above definition of ‘implies,’ together with the fact that a disjunction is true when either or both of its alternatives is true. Hence in all four cases, at least one of our two propositions implies the other».

condicionales. Y efectivamente pocas veces la literatura va más allá de una lógica básica de normas categóricas, que es lo que normalmente se hace en los sistemas más difundidos de lógica deóntica. Las normas condicionales – sobre todo las reconstruidas como “puentes” entre ser y deber ser – resultan prácticamente inmanejables desde el punto de vista de la lógica de enunciados condicionales.

## 2. Lógica de normas y satisfacción

Otro punto en el cual Jorge y yo discrepamos es la lógica de la satisfacción como fundamento de la lógica de las normas. Él cree que no es viable, mientras que yo creo que es el único modo de darle una base a la lógica de normas.

Las críticas que Jorge dirige a la lógica de la satisfacción de normas son las siguientes (TAD: 73-75).

1) De acuerdo con la lógica de la satisfacción, si  $p$  es verdadera, entonces, por definición, se satisface la norma  $Op$ , con lo cual  $p$  implicaría  $Op$ . A su vez, dicha lógica supone que  $Pp$  implica  $p$ . De esto se sigue por transitividad que  $Pp$  implica  $Op$ , esto es, que la permisión de una conducta implica su obligatoriedad, de manera inversa a lo que parece sensato asumir en una lógica de normas.

2) En la lógica de la satisfacción, calificar de “no obligatoria” cierta acción equivale a calificarla de prohibida (en otras palabras,  $\sim Op$  equivale a  $O\sim p$ ), porque cuando no se satisface la norma  $Op$ ,  $\sim p$  es verdadero, y por ende se satisface  $O\sim p$ . «Como consecuencia de esto, en la lógica de la satisfacción solo hay dos posibilidades lógicas: una acción o bien es obligatoria o bien está prohibida, mientras que en la lógica de normas se reconocen usualmente tres alternativas: una acción puede ser obligatoria, puede estar prohibida o bien puede resultar facultativa para el agente ( $Op \vee PHp \vee Fp$ )».

3) Finalmente, «en la lógica de la satisfacción, una disyunción entre dos obligaciones ( $Op \vee Oq$ ) es equivalente a la obligación de la disyunción entre dos acciones [ $O(p \vee q)$ ]. En cambio, en lógica deóntica, pese a que ( $Op \vee Oq$ ) implica  $O(p \vee q)$ , la conversa no vale:  $O(p \vee q)$  es compatible con la posibilidad de que no sea obligatorio  $p$  y tampoco sea obligatorio  $q$ ».

Una primera respuesta disponible – de carácter “interno”, por así decirlo – consiste en señalar los siguientes aspectos formales.

(a) Las primeras dos críticas valen en la medida en que se asuma que es necesario introducir una o más modalidades permisivas entre las modalidades deónticas. En realidad, se puede explicar perfectamente los estados de cosas permitidos sin necesidad de introducir específicas modalidades permisivas. Como escriben Alchourrón y Bulygin<sup>5</sup>, « $p$  está permitido si y solo si no está prohibido en [un conjunto de enun-

<sup>5</sup> Alchourrón, Bulygin 2021: 171.

ciados] A. Esto muestra que las permisiones tienen un estatus normativo distinto del de las obligaciones y prohibiciones».

La real diferencia no se daría aquí entre permisiones débiles y fuertes, sino que subsistiría entre estados de cosas permitidos y protegidos judicialmente y estados de cosas permitidos, pero no protegidos judicialmente<sup>6</sup>. Respecto de los primeros habría una obligación del juez de reconocerlos judicialmente, mientras que dicha obligación no subsistiría en relación con los no protegidos. Y esto – me parece – la lógica de la satisfacción está perfectamente capacitada para explicarlo

(b) La tercera crítica se basa – entiendo – en un malentendido. En lógica proposicional, “ $p \vee q$ ” no implica de ninguna manera ni “ $p$ ” ni “ $q$ ” de manera aislada, de forma que las condiciones de satisfacción de “ $p \vee q$ ” son compatibles con la falta de satisfacción de “ $p$ ” y de “ $q$ ” individualmente consideradas. Y esto demuestra que también en este tipo de lógica vale solo la implicación de “ $Op \vee Oq$ ” a “ $O(p \vee q)$ ”, pero no la inversa.

Una segunda respuesta disponible – de naturaleza “externa”, por decirlo de algún modo – es la siguiente. Se puede indicar el hecho de que la lógica de la satisfacción puede tener algunas deficiencias en la reconstrucción del supuesto comportamiento de algunas de las modalidades deónticas, pero este no es el objetivo principal de tal lógica. Más bien, esta propuesta tiene como objetivo reconstruir las inferencias que se pueden realizar con el *contenido* de las normas, una vez que las calificaciones normativas se entiendan como operadores pragmáticos (es decir, indicadores de fuerza ilocucionaria), en lugar de entidades cuasi proposicionales<sup>7</sup>. Si las normas se reconstruyen como la unión de un operador pragmático (como “!” para la promulgación y “¡” y para el rechazo) y un contenido proposicional (como “pagar los impuestos” o “respetar al prójimo”), es fácil ver que la importancia lógica de las normas descansa principalmente en la parte proposicional del asunto. Las normas chocan cuando sus contenidos no son composibles. En este sentido, “!Pagar impuestos” y “!No pagar impuestos” son incompatibles porque “Pagar impuestos” y “No pagar impuestos” no son estados de cosas composibles. A su vez, “!Pagar impuestos” implica “!Pagar impuestos sobre la renta”, porque, si “Pagar impuestos sobre la renta” no es cierto, “Pagar impuestos” tampoco puede serlo. Además, se

<sup>6</sup> La terminología recuerda la de Ruiz Manero 2018, pero difiere sustancialmente de ella, porque por “permisos protegidos” ese autor entiende aquellos que son respaldados por prohibiciones de interferencia u obligaciones de facilitación. En efecto, las definiciones de Ruiz Manero son las siguientes: «Llamamos permisos no protegidos a aquellos que no van acompañados de una norma que prohíba la interferencia con la acción permitida por medios distintos de la fuerza física o de una norma que obligue a facilitar, en algún sentido, la realización de la acción permitida. Permisos protegidos serían aquellos que van acompañados de alguna de tales normas que prohíben la interferencia o que obligan a la facilitación».

<sup>7</sup> Esta estrategia descansa en una aproximación o hasta una identificación entre lógica de la satisfacción y lógica expresivista. He defendido esta postura en Ratti 2018 y Ratti 2021.

puede observar, con Alchourrón y Bulygin<sup>8</sup>, que la misma autoridad o sujeto puede al mismo tiempo promulgar y rechazar el mismo contenido proposicional, dando lugar a un conflicto de ambivalencia: algo que la “normal” lógica deóntica tiene dificultades en explicar. La lógica de la satisfacción, en consecuencia, sería capacitada para explicar una mayor cantidad de fenómenos normativos en comparación con la común lógica deóntica: no solo conflictos de contenidos, sino también conflictos de actitudes sobre contenidos.

### 3. La hipótesis del isomorfismo

Es una tesis ya clásica de la reflexión sobre la lógica deóntica que lógica de normas y lógica de proposiciones normativas se equivalen bajo las circunstancias de consistencia y completitud del sistema normativo de referencia. Cuando un cierto sistema normativo tiene estas características, es verdad que la prohibición de una acción equivale a la ausencia de la norma que permite esa acción (consistencia) y la ausencia de la norma que prohíbe cierta acción equivale a la presencia de una norma que expresamente la permite (completitud). Podemos llamar esta tesis “hipótesis del isomorfismo”.

A tal propósito, Jorge afirma con su habitual claridad (TAD: 114): «puede demostrarse que, bajo ciertos presupuestos, la lógica de proposiciones normativas y la lógica de normas resultan equivalentes y, consecuentemente, que la permisón positiva  $P+$  será equivalente a la permisón negativa  $P-$ . Ello es así dado que un análogo al principio  $Pp \sim O\sim p$  es de hecho válido en la lógica de proposiciones normativas bajo las condiciones de consistencia normativa (CSNS) y completitud normativa (CPNS) del sistema normativo tomado en consideración». Y agrega algunas líneas después: «En otras palabras, bajo el supuesto de completitud y consistencia del sistema normativo tomado como punto de referencia, la permisón positiva equivale a la negativa, no tendría sentido distinguir entre ambas y, por consiguiente, la lógica de proposiciones normativas sería equivalente a la lógica de normas» (id.).

Las proposiciones normativas, tal y como las entiende Jorge, son proposiciones existenciales, es decir que versan sobre la pertenencia de ciertos objetos (i.e. normas) a ciertos conjuntos (i.e. sistemas normativos).

Cabe afirmar, entonces, que la más importante función que se le atribuye a la lógica de proposiciones normativas consiste en (1) reconstruir las inferencias admisibles en relación con las proposiciones que versan sobre la pertenencia (o la no pertenencia, por supuesto) de ciertas normas a un determinado sistema normativo.

Además de esta función, cabe detectar otra (normalmente pasada por alto, ya que se le asigna de manera algo subrepticia) que consiste en (2) comprender qué

---

<sup>8</sup> Alchourrón y Bulygin 2021: 175-177.



tipos de inferencias *entre normas* pueden realizarse en sistemas normativos subóptimos (i.e. inconsistentes y/o incompletos) y, en particular, examinar cuáles inferencias entre normas resultan admisibles de acuerdo en el ámbito de dichos sistemas<sup>9</sup>.

Esta función se vincula justamente con la idea de que los cálculos de la lógica de normas y de la lógica de proposiciones normativas son equivalentes en caso de sistemas normativos carentes de defectos sistemáticos como antinomias o lagunas. Esta idea conlleva, a su vez, una consecuencia sorprendente: es decir, que los valores lógicos de las normas (siempre que haya algo por el estilo) coinciden o se solapan, en relación con los sistemas normativos “óptimos”, con los valores de verdad que se les pueden atribuir a las proposiciones normativas<sup>10</sup>. Y esto implica una solución encubierta del dilema de Jørgensen, atribuyéndole subrepticamente valores de verdad a las normas. Además, hace surgir la pregunta acerca de cuál es la manera en la que estos valores lógicos (que se comportan igual que, o se convierten en, los de verdad en ausencia de conflictos y de lagunas) funcionan en sistemas normativos subóptimos (i.e. cuando hay conflictos o lagunas).

Las dos funciones no se encuentran en el mismo plano, obviamente. Mientras que la primera es la función que adscribiríamos a una teoría de conjuntos que versa sobre colecciones compuestas por normas (expresamente formuladas y/o lógicamente derivadas), la segunda tendría la función de identificar las inferencias admisibles (y, por oposición, las inadmisibles) en – o, según las perspectivas, en relación con – sistemas normativos defectuosos. Por ejemplo, como ya vimos, en un sistema óptimo, se puede inferir no trivialmente una permisión positiva de una negativa, pero esta inferencia sería inadmisible en un sistema subóptimo.

En la segunda función, hay, por así decirlo, algo como un “cambio de dirección de ajuste” entre niveles lógicos. Si en la primera función, la lógica de proposiciones normativas sirve para identificar lagunas y conflictos en un determinado sistema normativo, en la segunda función dicha lógica nos dice cuáles son las inferencias admisibles una vez que, gracias a la lógica de normas, hayamos detectado un sistema normativo defectuoso (esto es, aquejado por inconsistencias y/o lagunas).

De todas maneras, es importante subrayar aquí que la hipótesis del isomorfismo plantea una serie de dudas sobre el papel desempeñado por la lógica de las proposiciones normativas y en particular sobre su independencia conceptual de la lógica de normas. Esto se debe probablemente al hecho más general – bien señalado por

---

<sup>9</sup> Los propios Alchourrón y Bulygin (2021: 202) a veces sugieren, por ejemplo, que la lógica de proposiciones es una lógica de normas *en cachette* al afirmar «Es la lógica de las proposiciones normativas la que suministra los fundamentos para la lógica de normas».

<sup>10</sup> Se dice a menudo que la lógica de normas es una lógica que concierne a normas aisladas, mientras que la lógica de proposiciones normativas es una lógica de sistemas normativos. Esto no es del todo correcto, ya que, si hay isomorfismo entre ambos sistemas cuando se trata de sistemas normativos consistentes y completos, hay al menos un caso en que la lógica de normas es interpretable como una lógica de sistemas normativos.

Jorge (TAD: 116 ss.) – de que, en la lógica de proposiciones normativas, se asumen leyes lógicas específicas para proposiciones normativas y esto a su vez se debe a la circunstancia de que «el sistema normativo que se acepta como relevante es interpretado como comprensivo de todas sus consecuencias lógicas (*clausurado bajo la noción de consecuencia lógica*)». Mediante dicha asunción, se introduce una suerte de solapamiento entre lógica de proposiciones normativas y lógicas de las normas, que puede ser total en las concepciones que ven las normas como entidades proposicionales (concepciones cognoscitivas o representativas, en el léxico de Jorge) o parcial en aquellas concepciones que ven las normas como el resultado de actos pragmáticos (concepciones no cognoscitivas o adscriptivas). Para evitar dicho solapamiento – observa Jorge – hay que rechazar la tesis de que los sistemas normativos sean clausurados bajo la noción de consecuencia.

Yo creo que Jorge está en lo correcto por lo que concierne a la aplicación de la clausura lógica a las modalidades deónticas, pero discrepo en relación con la clausura lógica de los contenidos proposicionales de las normas (es decir, sus partes referenciales). Veamos por qué.

Aceptar que se dan relaciones lógicas entre las modalidades normativas efectivamente parece hacer colapsar ambas lógicas, por dos razones. La primera, más específica, ya la vimos: al menos en algunos casos, normas y proposiciones normativas tendrían el mismo comportamiento y valor lógico. La segunda, señalada por el propio Jorge, es que la concepción representativa de las normas – la más difundida por lo que atañe a la fundamentación de la lógica de normas – lleva directamente a atribuir valores de verdad a las normas y por ende al colapso de ambas lógicas.

Pero sostener que se dan relaciones lógicas entre contenidos proposicionales no me parece en absoluto que conduce al colapso entre ambas lógicas ni, como también sugiere Jorge, a la imposibilidad de construir una genuina lógica de normas. Esto porque puede haber una relación lógica de deducibilidad entre los contenidos de dos normas. Por ejemplo, no es posible que el enunciado “Todos los propietarios de inmuebles pagan el impuesto X” sea verdadero y el enunciado “El propietario A paga el impuesto X” sea falso. O, dicho de otra manera, no es posible que la norma general “Todos los propietarios de inmuebles deben pagar el impuesto X” sea satisfecha (esto es, que sea cumplida por todos sus destinatarios) sin que lo sea la norma individual “El propietario A debe pagar el impuesto X” (esto es, que el destinatario A no la cumpla). Esto naturalmente no obsta al hecho de que se puedan describir, de manera efectiva y sin colapso alguno, actos de promulgación y rechazo de normas mediante proposiciones normativas. En este sentido, una lógica expresivista basada en la noción de satisfacción evitaría – entiendo – tanto el colapso de ambas lógicas como el peligro de que sea imposible fundamentar una genuina lógica de normas<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Jorge formula este problema mediante el siguiente dilema: «De lo expuesto parece seguirse la siguiente disyuntiva. Se puede asumir la concepción cognoscitiva o representativa de las normas y admitir

#### 4. Conclusiones

En este trabajo, he identificado tres puntos sobre los cuales tengo algunas dudas respecto del tratamiento de la lógica de normas que Jorge propone en el primer capítulo de su obra *Teoría analítica del derecho*.

1) El primero tiene que ver con las serias dificultades que tenemos en aplicar las leyes lógicas de los enunciados condicionales a las normas condicionales que aparecen frecuentemente en los sistemas normativos con los cuales operamos. Estas dificultades me parecen tan serias que una lógica de condicionales normativos se encuentra, en gran medida, en entredicho.

2) El segundo se refiere a las críticas vertidas en TAD respecto de la lógica de la satisfacción. He argüido aquí que dichas críticas no me parecen totalmente acertadas ya que hay razones tanto formales como sustanciales para sostener que la lógica de la satisfacción no solo puede reconstruir muchas (y quizá hasta todas) las situaciones que pretende reconstruir la lógica deóntica clásica, sino que resulta aún más rica ya que explica otros casos, como las ambivalencias, que la lógica deóntica tiene dificultades en captar.

3) Finalmente, he detectado la hipótesis del isomorfismo entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas como un “caballo de Troya” que abre el camino al colapso de ambas lógicas. Este probablemente sea un caso especial de un problema más general señalado por el propio Jorge, que consiste en el hecho de que las dos concepciones de las normas más difundidas – la representativa y la adscriptiva – conducen, alternativamente, a un colapso entre ambas lógicas o a la imposibilidad de la lógica de las normas. Contra de esta conclusión, he argüido que una lógica expresivista basada en la idea de satisfacción puede explicar las relaciones de derivación lógica entre normas generales e individuales, a la vez que no obsta a la construcción de una lógica de proposiciones normativas entendida como una lógica de conjuntos relativa a actos de prescripción y de derogación.

---

que ellas son entidades semejantes a las proposiciones, pero en este caso la propia distinción entre normas y proposiciones normativas se desdibuja y se dificulta discriminar entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. Como alternativa se puede asumir la concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas, en cuyo marco es posible trazar la distinción entre normas, como entidades que carecen de valores de verdad, y proposiciones normativas verdaderas o falsas, pero dado que desde este punto de vista no sería posible admitir relaciones lógicas entre las propias normas, no podría sostenerse el contraste entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas sencillamente porque no habría nada parecido a la primera. Es más: la misma posibilidad de una lógica de proposiciones normativas sin una lógica de normas subyacente sería difícil de justificar» (TAD: 117).

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Trotta.
- Ratti, G.B. (2018). *Incompatibilidad e implicación en la lógica de normas*, «Revus», 35, 115-123.
- Ratti, G.B. (2021). *Some Remarks on Russell's Theory of Compossibility in Ethics*, «The Bulletin of the Bertrand Russell Society», 163, 44-51.
- Ratti, G.B., Rodríguez, J.L., Schleider, T. (2020). *On a Further Difficulty for the Bridge Conception of Conditional Norms*, «Analisi e diritto», 2-2020, 153-156.
- Ratti, G.B., Rodríguez, J.L. (2022). *Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons (indicado como "TAD" en el texto).
- Ruiz Manero, J. (2018). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas. A propósito de un aspecto de la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, «Revus», 36, 41-51.
- Russell, B. (1908). *'If' and 'Imply': A Reply to MacColl*, «Mind», 66, 300-1.

# Lo normativo en la teoría del derecho de Jorge Luis Rodríguez: *a blind spot?*

J.J. Moreso\*

## Resumen

En este trabajo se analiza la cuestión de la *normatividad* del derecho, tal y como comparece en los caps. 2 y 7 del relevante libro de Jorge L. Rodríguez (2021). En la segunda sección, se esbozan algunas cuestiones que están en la vecindad de la que nos ocupa, en especial la cuestión de si el debate – en los términos tradicionales – entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es una mera disputa verbal. También se atribuyen al autor dos tesis: la tesis del *relativismo ético* y (de un modo más conjetural) la tesis del *positivismo jurídico normativo*. En las secciones tercera y cuarta estas tesis son reconstruidas y se presentan determinadas objeciones a ellas, con el objetivo de socavarlas. En la sección quinta, se concluye sosteniendo que, tal vez, en la teoría analítica del derecho de Rodríguez la normatividad sea un ángulo muerto.

**Palabras clave:** Normatividad del derecho. Relativismo moral. Positivismo jurídico normativo. Disputa verbal.

## Abstract

This paper deals with the issue of the normativity of law, as it is included in the chapters 2 and 7 of Jorge L. Rodríguez's (2021) relevant book. In the section two, some issues in the vicinity of the issue at hand, particularly whether the debate – in the traditional terms – between Natural Law Doctrine and legal positivism is

---

\* Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), Ramon Trías Fargas, 25-27, 08005, Barcelona, josejuan.moreso@upf.edu.

Este trabajo fue presentado en el simposio sobre el libro de Jorge L. Rodríguez (2021) que tuvo lugar en la Universidad de Génova (27-28 de enero de 2022). Agradezco las observaciones de los participantes y la invitación de sus organizadores, Pierluigi Chiassoni y Jordi Ferrer, y muy especialmente las conversaciones con el propio Jorge en dicho encuentro. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PID2020-115041GB-I00 y por la Generalitat de Catalunya, 2017 SGR 00823.

a mere verbal dispute. Both theses are attributed to the author: the thesis of *moral relativism* and (in a more conjectural way) the thesis of *normative legal positivism*. In the sections three and four, these theses are reconstructed and objected with the objective to undermine them. In the section five, it is maintained that in the analytical legal theory of Jorge L. Rodríguez perhaps the normativity could be a *blind spot*.

**Keywords:** Normativity of Law. Moral Relativism. Normative Legal Positivism. Verbal Dispute.

No polemizan. Y no quieren persuadir ni ser persuadidos, no piensan en ganar o en perder. Están de acuerdo en una sola cosa; saben que la discusión es el no imposible camino para llegar a una verdad. Borges (1993: 323)

If morality is acknowledged to be among the tests for law, then judges whose own moral opinions would then be decisive in constitutional cases have much greater power over ordinary citizens than if morality is understood to be irrelevant in their office. Dworkin (2006: 175)

## 1. Introducción: *De consolatione philosophiae*

En medio de esta interminable pandemia, hemos tenido la fortuna de asistir a la publicación del libro de Jorge Luis Rodríguez (2021) que concita este diálogo *gironí-genovese*. Valiéndome de Boecio, diré que este libro ha significado para mí el *consuelo de la filosofía*, en medio de la soledad, aumentada cruelmente por el aislamiento que debemos mantener, leer el libro de Jorge ha sido un modo tanto de sentir su aliento y su cercanía, como de navegar por las tranquilas y transparentes aguas de sus ideas. Es un libro realmente impresionante, que cristaliza una concepción acabada de la materia a la que lleva tantos años dedicándose con tanta perspicuidad. La trayectoria previa de Jorge ya era impresionante, mostrada en varias decenas de artículos seminales y, sobre todo, en dos libros cruciales para la teoría analítica del derecho<sup>1</sup>. Pero este libro tiene una extraña vocación de abarcarlo todo, desde las concepciones más generales hasta los detalles en donde, como se dice, habita el diablo.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2002, Navarro, Rodríguez 2014.

Dado que mi trayectoria es conocida y es también conocida mi cercanía a la trayectoria de Jorge – los dos fuimos miembros del grupo de los *Bulygin-boys-and-girls*, y ahora estamos huérfanos –, ya se comprende que mi acuerdo con la gran mayoría de las concepciones generales y de los detalles es muy amplia. Sin embargo, he escogido un punto en el que tal vez haya espacio para el desacuerdo, se trata de la cuestión de la *normatividad* del derecho. Este asunto comparece en los capítulos segundo y séptimo del libro, dedicados respectivamente al concepto de derecho y a la justificación jurídica y la justificación moral. Es sabido que, entre los *bulyginianos*, he sido yo el que más ha evolucionado hacia una posición que pone en duda algunas de las tesis centrales atribuidas al positivismo jurídico y que abraza algún tipo de *objetivismo ético*. Jorge en su libro (2021: 158-161) dice, y yo estoy de acuerdo con él, que el rechazo del objetivismo ético no es una tesis definitoria del positivismo, pero es una tesis que en cualquier caso sostenía Bulygin y sostienen casi todos sus seguidores.

Este encuentro me brinda una ocasión inmejorable de tratar de articular mejor mi posición y las razones porque las tesis de Jorge no me convencen en este punto.

Procederé del siguiente modo: en la sección segunda, trataré de esbozar algunas cuestiones que están en la vecindad de la que nos ocupa, la normatividad del derecho, para dejarlas al margen del foco de mi contribución (aunque algo diré de ellas) y explicitaré las dos tesis que deseo discutir. Ninguna de ambas tesis está claramente presentada por Jorge, pero conjeturo que pueden ser las que le llevan a defender su posición. En la tercera sección, presentaré una forma de reconstruir el relativismo que, en materia ética, creo que subyace a la posición de Jorge. En la cuarta, trataré de argüir que algún tipo de positivismo normativo tal vez anide tras cualquier defensa del positivismo jurídico, lo que una vez Genaro R. Carrió<sup>2</sup> denominó *la actitud positivista*. En ambos casos presentaré algunas objeciones a estas dos tesis. En la sección quinta, concluiré.

## 2. Disputas verbales y argumento *modus tollens*

En el capítulo segundo, sobre el concepto de derecho, Jorge presenta una caracterización del iusnaturalismo tradicional como una tesis *definicional* (2021: 169) acerca de la naturaleza del derecho<sup>3</sup>. Mientras las doctrinas clásicas del derecho natural consideran que la justicia de las normas es condición necesaria de su validez jurídica, las doctrinas iuspositivistas consideran que ello no es así. En mi opinión, esta es una mera cuestión verbal. Jorge piensa que no es sólo una cuestión de palabras (2021: 174-177) y que una u otra posición tienen relevancia para el rendimiento

---

<sup>2</sup> Carrió 1990: 393-4.

<sup>3</sup> Una expresión tomada de Raz (Raz 1990: 164-165).

explicativo de la teoría jurídica. Recientemente he defendido que, en los términos tradicionales, se trata de una cuestión meramente verbal<sup>4</sup>. Trataré de reiterar aquí, brevemente, mis ideas al respecto.

En el pragmatista William James se halla una perspicua explicación de lo que es una *disputa verbal*. Considera el ejemplo de un hombre que pasea rápidamente dando vueltas a un árbol, mientras una ardilla se mueve en el tronco del árbol. Ambos están frente al árbol todo el tiempo, pero el árbol está siempre entre ellos. Un grupo de personas discute sobre la siguiente cuestión: ¿el hombre rodea la ardilla o no? James resuelve la cuestión de este perspicuo modo:

Quiénes llevan la razón depende sobre lo que signifique prácticamente “rodear” la ardilla. Si significa pasar del norte de la ardilla al este, después al sur, después al oeste, y al final al norte de nuevo, es obvio que el hombre rodea la ardilla, puesto que ocupa estas posiciones de modo sucesivo. Pero si, por el contrario, significa estar primero frente a ella, después a su derecha, después detrás de ella, después a su izquierda, y al final de nuevo frente a ella, es bastante obvio que el hombre no consigue rodearla [...] Hecha la distinción ya no hay ocasión para ninguna disputa más<sup>5</sup>.

En los términos de Chalmers (del que, por otra parte, obtengo la preciosa referencia a James): «Intuitivamente, una disputa entre dos partes es verbal cuando las dos partes están de acuerdo en todos los hechos relevantes acerca de un dominio determinado, y sólo discrepan acerca del lenguaje usado para describir el dominio. En tal caso, uno tiene la impresión de que las dos partes “no están en realidad en desacuerdo”: es decir, que no están realmente discrepando acerca del dominio en cuestión, y que discrepan sólo acerca de materias lingüísticas»<sup>6</sup>.

Y este me parece el caso en la disputa acerca del derecho injusto. Las dos partes en nuestro caso, iusnaturalistas y defensores del positivismo jurídico, acuerdan en que puede haber leyes establecidas por seres humanos que son injustas y que dichas leyes no son obligatorias, no deben ser obedecidas. Discrepan solamente en que los positivistas piensan que estas leyes injustas han de ser clasificadas como válidas jurídicamente, mientras los iusnaturalistas piensan que no han de ser calificadas como válidas jurídicamente. Es decir, discrepan acerca de si el derecho comporta la obligatoriedad de sus pautas, con el lenguaje de hoy, si el derecho suministra *razones para la acción*. Si, como quieren los iusnaturalistas, sólo llamamos derecho a aquellos conjuntos de pautas que están de acuerdo con la justicia, entonces es verdad que el derecho comporta la obligatoriedad. Si, conforme a los positivistas, llamamos derecho a todas las pautas establecidas por las autoridades humanas, entonces sólo son obligatorias aquellas pautas jurídicas que están de acuerdo con la justicia y no es

<sup>4</sup> Véase Moreso 2022.

<sup>5</sup> James 1907: 25.

<sup>6</sup> Chalmers 2011: 215.



verdad que el derecho comporte necesariamente la obligatoriedad. Lo que muestra que se trata de una disputa verbal.

Una disputa verbal que puede, sin embargo, tener efectos pragmáticos. En determinadas ocasiones una concepción iusnaturalista puede usarse para defender el orden establecido, por ejemplo arguyendo que hay una presunción de justicia en las reglas de las autoridades. Pero también puede hacerse mediante algo como *dura lex, sed lex*, tan a menudo usada para combatir la resistencia. Aunque también sucede al revés, los iusnaturalistas pueden animar a la desobediencia fundados en la idea que algunas directivas de la autoridad son inválidas por injustas, y los iuspositivistas pueden animar a la revuelta con la idea de que dichas normas, que son válidas, son demasiado injustas para ser obedecidas. Sucede aquí algo semejante a lo que sucede con cierta discusión teológica medieval sobre la infalibilidad del Papa (que algunos católicos integristas han resucitado para usarla contra el Papa Francisco): la idea de que todo lo que dice el Papa, en determinadas circunstancias, es verdad, puede servir tanto para predicar la verdad de lo que dice el que ocupa ese lugar en la Iglesia católica, como para argüir que dado que lo que dice no es verdad entonces no es el Papa, sino el Anticristo<sup>7</sup>.

Al menos en una ocasión, el autor parece aceptar, tal vez sólo parcialmente, este argumento, cuando escribe:

Podría decirse que, en sus versiones más progresistas, tanto el iusnaturalismo como el positivismo, desde presupuestos filosóficos muy distintos, han perseguido un mismo cometido: alertarnos sobre la posibilidad del abuso del poder. En tal entendimiento, el iusnaturalismo, concentrando su atención en el carácter normativo del derecho, descarta a las normas manifiestamente injustas como componentes de los sistemas jurídicos dado que ellas no crearían genuinas obligaciones (si bien incurriendo con ello en una confusión entre la realidad y nuestros ideales acerca de ella). En cambio, el positivismo, centrando su atención en el carácter social del derecho, busca alcanzar ese mismo fin – rechazar la naturaleza genuinamente vinculante de las normas moralmente injustas – distinguiendo entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, es decir, destacando que el hecho de que una norma posea una fuente social adecuada para considerarla parte del derecho existente no ofrece una respuesta concluyente sobre el deber de obedecerla o aplicarla<sup>8</sup>.

Pero no es esta una de las cuestiones centrales a las que me quiero referir. Aunque, y esta es mi última acotación sobre esta cuestión, recientes indagaciones de lo que se conoce como *filosofía experimental*, ponen de manifiesto que los usuarios

---

<sup>7</sup> Esta segunda parece que fue la posición de Guillermo de Ockham en su oposición al papado por la cuestión de la pobreza franciscana. Vid., por ejemplo, Kilcullen (1999).

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 161.

del concepto de derecho<sup>9</sup> inclinan mayoritariamente por no considerar como derecho las pautas manifiestamente injustas dictadas por las autoridades, pautas que establecen por ejemplo la supremacía blanca y la prohibición de los matrimonios interraciales.

En el libro de Jorge no se hace uso de otro argumento, a veces relacionado con el anterior, en contra del objetivismo ético que presuponen las doctrinas del derecho natural. Pero como es a menudo usado en esta literatura, me voy a referir brevemente a él. Ferrajoli lo ha presentado de un modo prístino y lo ha considerado una especificación del argumento del *modus tollens*<sup>10</sup>. La idea es la siguiente: se parte de la premisa de que el objetivismo ético comporta la adopción de sistemas políticos intolerantes, que no respetan la autonomía de las personas, se añade la premisa según la cual dichos sistemas deben ser rechazados y, se concluye, debemos rechazar entonces el objetivismo ético. Se trata de un argumento ampliamente difundido en algunos ámbitos iusfilosóficos, pero dado que no es un argumento usado por Jorge no mucho más se dirá aquí sobre él. Jorge no acepta la primera premisa del argumento de Ferrajoli, porque «la aceptación o rechazo de una tesis metaética [...] no tienen ninguna consecuencia en el terreno de la ética normativa»<sup>11</sup>.

Tal vez un argumento como el de Ferrajoli estuviera presupuesto en las caracterizaciones del positivismo jurídico de algunos de los grandes teóricos del siglo pasado, como Hans Kelsen y Alf Ross. Pero, según creo, ello guarda mayor relación con la biografía intelectual de estos autores y con las doctrinas a las que se oponían, que con la fuerza de dicho argumento<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> En Flanagan, Hannikainen 2021, estudiantes de derecho.

<sup>10</sup> Ferrajoli 2018: 67.

<sup>11</sup> Rodríguez 2021: 771.

<sup>12</sup> Es mi opinión que ni Kelsen ni Ross fueron consistentes en este punto. Es cierto que Kelsen (1948: 913) escribió: «Decir que los juicios de valor sólo tienen una validez relativa –principio éste básico en el relativismo filosófico– implica que los juicios de valor opuestos son lógicamente y moralmente posibles. Dado que todos gozan de la misma libertad e igualdad, uno de los principios fundamentales de la democracia es que cada cual respete la opinión pública de los demás. No es posible encontrar la tolerancia, los derechos de las minorías, la libertad de pensamiento y de expresión, que tanto caracterizan a la democracia, dentro de un sistema político que se base en la creencia en valores absolutos». Ahora bien, esos principios que caracterizan la democracia no pueden fundarse en el relativismo, en el rechazo de la objetividad. El mismo Kelsen sostiene que todos gozan de la misma libertad e igualdad. Esta afirmación, al menos, ha de ser considerada objetiva y, a partir de ella, es seguramente posible obtener las conclusiones que Kelsen desea. Y Ross, un defensor del emotivismo ético como es bien sabido, cuando defiende la democracia escribe (1952: 137-138): «La mentalidad democrática comporta el respeto por la personalidad moral de los seres humanos. Es una actitud que tiene sus raíces en las tradiciones del cristianismo y del humanismo. El cristianismo ha dado expresión a este sentimiento con su doctrina del valor infinito de todo ser humano ante los ojos de Dios. Kant ha expresado la misma idea en términos más filosóficos formulando su imperativo categórico, que ordena que siempre debemos actuar de tal modo de considerar la humanidad, en uno mismo y en toda otra persona, como un fin en sí mismo y no únicamente como un medio. En toda la humanidad, habita la idea de que el ser humano es sagrado. La carencia de respeto o al menos el respeto insuficiente por el ser humano es sin embargo característico de todas las formas de autocracia».

La relación entre el escepticismo ético y la defensa de los valores democráticos y liberales es contingente. Como también lo es la relación entre el objetivismo ético y la defensa del derecho natural y algún tipo de defensa de la autocracia. Hubo escépticos en ética, como Hans Kelsen y Alf Ross con una defensa comprometida con los valores de la democracia y del liberalismo, un liberalismo socialdemócrata en su caso. Pero hubo también autores relevantes, como Gustav Radbruch, que adherían a los mismos valores, pero que – después de la Segunda Guerra Mundial – asumieron posiciones anti-positivistas<sup>13</sup>. Y hubo defensores del derecho natural, como Karl Larenz, que vindicaron un sistema político tan inicuo como el nazismo<sup>14</sup>. Sin embargo, también defendió el nazismo el más *empirista*, radicalmente escéptico en materia moral, de los teóricos del derecho del realismo jurídico escandinavo, Karl Olivecrona<sup>15</sup>.

Sin embargo, como decía en la argumentación, podemos orillar estas cuestiones para centrarnos en las dos tesis que creo anidan tras la posición de Jorge acerca de la normatividad del derecho.

La primera de dichas tesis es una tesis *relativista*, conforme a la cual los juicios normativos, los juicios de deber (juicios como “se debe hacer  $\phi$ ”, o bien “hacer  $\phi$  es correcto”) son siempre juicios incompletos, que sólo tienen sentido y permiten la deliberación racional cuando se explicita con arreglo a qué código normativo se establece dicho deber.

La segunda tesis, que atribuyo a Jorge de un modo más conjetural, es la idea con arreglo a la cual el derecho ofrece razones para la acción distintas de la moralidad y a veces en conflicto con ella. Una forma, que exploraré en la sección cuarta, consiste en sostener que las razones para la acción provistas por el derecho descansan en el valor de la *legitimidad*, de ser suministradas por decisiones que han tomado en cuenta de la manera adecuada los intereses de todos, y no en el valor de la *justicia*, es decir que hay decisiones legítimas que pueden ser injustas<sup>16</sup>.

### 3. La normatividad devaluada

Hay algunos que niegan radicalmente que la idea de normatividad haya de tener un espacio en nuestro discurso. Este es el punto de vista de un naturalismo radical, como el defendido en la teoría jurídica y moral por Brian Leiter: «[...] la normatividad real no existe: *este es el resultado que se obtiene de la concepción naturalista*.

<sup>13</sup> Véase Radbruch (1946), una idea que contemporáneamente ha sido vindicada por Alexy (1989, 1992, 2013).

<sup>14</sup> Puede verse la crítica radical de la idea de derecho subjetivo en Larenz (1935).

<sup>15</sup> Olivecrona (1940, 1941) publicó dos libros en sueco, el primero traducido al alemán, en defensa de la Alemania nazi.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en la filosofía política contemporánea, Christiano 2004, Williams 2005, Pettit 2012.

No hay razones cuyos existencia y carácter sea independientes de las actitudes humanas; hay sólo actitudes humanas que nos llevan a “hablar con el discurso” de las razones. Y si la normatividad real no existe, si sólo existen realmente sentimientos de inclinación y de aversión, de compulsión y de rechazo, entonces ello significa que todas las disputas normativas no se resuelven presuntamente en las razones sino en el conflicto de la voluntad o del afecto»<sup>17</sup>.

Es decir, el problema de la normatividad es, en realidad, un pseudoproblema. Sin embargo, ni siquiera Leiter considera que nunca tiene sentido el razonamiento acerca de lo qué debemos hacer, por ejemplo sostiene que «Lo que se sigue es básicamente lo que Ayer y Stevenson diagnosticaron correctamente no hace ni siquiera un siglo: donde las personas comparten las actitudes, el razonamiento acerca de lo que uno debe hacer y lo que uno debe creer es posible; donde las personas no comparten las actitudes, el razonamiento no es posible y la única fuerza que prevalece en la disputa, es la fuerza retórica de producir un cambio en las actitudes mediante cualquier medio que sea efectivo o bien la fuerza física o jurídica de suprimir las actitudes contrarias»<sup>18</sup>.

Y, efectivamente, esta era la posición del emotivismo de A. J. Ayer:

En resumen, hallamos que la argumentación es posible en materia moral solo si algún sistema de valores es presupuesto. Si nuestro oponente concuerda con nosotros al expresar desaprobación moral de todas las acciones de un tipo dado *t*, entonces podemos condenar una acción particular *A*, por presentar argumentos para mostrar que *A* es del tipo *t*. Porque la cuestión de si *A* pertenece o no a tal tipo es una simple cuestión de hecho. Dado que un hombre tiene ciertos principios morales, argüimos que debe, para ser consistente, reaccionar moralmente a determinadas cosas de determinada manera. De lo que no argüimos ni podemos argüir es acerca de la validez de estos principios morales<sup>19</sup>.

Y esta parece ser también la posición de nuestro autor:

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

<sup>17</sup> Leiter 2015: 74.

<sup>18</sup> Leiter 2015: 75-76.

<sup>19</sup> Ayer 1936/1971: 147-148.

convincientes, 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<sup>20</sup>.

Entonces, la normatividad siempre depende de los últimos valores, de los juicios o principios básicos, que aceptamos. No hay algo como una normatividad *robusta*, sino sólo una normatividad *formal*<sup>21</sup>. Tocar el balón con la mano está prohibido a los jugadores de campo en el fútbol, pero está permitido a los jugadores en el baloncesto. Del mismo modo, la eutanasia es un comportamiento prohibido para la doctrina católica, pero no, tal vez, para la doctrina del utilitarismo ético.

Para decirlo en términos cercanos a Jorge y a mí, en los términos de Alchourrón y Bulygin, el objetivismo ético presupone la aceptación del *principio de correlación*, que ellos formularon del siguiente modo:

Todos los individuos en condiciones ideales aceptarían la misma jerarquía para cualquier conjunto de historias<sup>22</sup>.

Y a Alchourrón y Bulygin, como a Jorge, dicho principio les parece rechazable en el ámbito moral. La discusión sobre el relativismo en materia moral nos llevaría demasiado lejos<sup>23</sup>, añadiré aquí únicamente una consideración que afecta a uno de los fundamentos de esta forma de razonar. El rechazo del objetivismo ético presupone que somos capaces de distinguir en los juicios morales entre juicios morales *básicos* y juicios morales *no básicos*. Entonces, se añade, es posible la discusión racional acerca de los juicios morales no básicos, pero en cambio los juicios morales básicos son últimos, y no podemos debatir racionalmente acerca de ellos. Es esto lo que

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 771-772.

<sup>21</sup> Este es el modo en el que suele argüirse en la metaética contemporánea, véase para la distinción entre normatividad *robusta* y normatividad *formal*, Finlay (2019).

<sup>22</sup> Alchourrón, Bulygin 1983: 33.

<sup>23</sup> Aunque véase mi propia posición en Moreso (2017, 2020, primera parte, ensayo 9).

hace el relativismo plausible, dado que no compartimos los juicios morales básicos, no hay un único marco moral, sino muchos marcos, que son incomparables entre sí, no tenemos ya razones para elegir entre ellos. Sin embargo, este argumento presupone que el razonamiento moral es de carácter *fundacionalista*, que hay un modo claro de distinguir entre juicios básicos y juicios no básicos. Si, en cambio, como me parece más razonable, aceptamos para la ética algún modelo *coherentista*, el hecho de que un juicio sea básico siempre queda abierto a la argumentación y, entonces, sí es posible argumentar y desafiar los juicios que otra persona considera básicos.

En un viejo artículo, Amartya Sen realizó esta distinción entre juicios morales básicos y juicios morales no básicos y, plausiblemente, sugirió que los juicios morales básicos son aquellos que una persona mantendría invariables ante cualquier cambio de las circunstancias fácticas<sup>24</sup>. Y, refiriéndose a Ayer precisamente, aceptaba entonces que llegados a un juicio básico ya no hay lugar para la argumentación racional, sólo queda aceptarlo o rechazarlo. Pero muy perspicuamente añadía: «El hecho de ser no básico de un juicio en el sistema de valores de alguien puede algunas veces establecerse de modo concluyente, pero lo opuesto no es el caso, y tomar un juicio de valor como básico consiste en darle, en el mejor de los casos, el beneficio de la duda»<sup>25</sup>.

Y esto es lo que, al parecer, sucede en la práctica moral. Uno de los atractivos del relativismo en determinados ámbitos, reside en que cuando se explicita el marco de referencia, el desacuerdo se desvanece. Si Jorge dice “hoy está lloviendo” y yo digo “hoy no está lloviendo”, y nos damos cuenta de que él se refiere a lo que sucede en Mar del Plata y yo a lo que sucede en Barcelona, entonces el desacuerdo se desvanece. Si Antonia dice “la minifalda está de moda” y Cristina dice “la minifalda no está de moda”, pero se dan cuenta de que Antonia se refiere a la Inglaterra de los Beatles, en los años sesenta del siglo pasado, y Cristina a la Barcelona del Congreso eucarístico, de los años cincuenta durante el franquismo, entonces no hay discrepancia alguna entre ellas, las dos dicen la verdad. Las proposiciones expresadas en sus discursos son verdaderas o falsas dependiendo de los índices temporales y espaciales que las completan. Sin embargo, si Pablo dice “es correcto empujar desde un puente a una persona cargada con una pesada mochila para que caiga sobre la vía en donde un tranvía sin frenos está a punto de atropellar a cinco personas y, de este modo, detenerlo, sacrificando a la persona de la mochila para salvar a los otros cinco” y Bruno replica “empujar a dicha persona desde el puente no es correcto”, la discrepancia no se desvanece aunque sepamos que Pablo es un utilitarista en ética, mientras Bruno es un kantiano. La resiliencia de la discrepancia es un síntoma de que el relativismo no es una reconstrucción adecuada de nuestra práctica moral.

<sup>24</sup> Sen 1966. Una idea semejante, sobre la que lamentablemente no puedo detenerme aquí, en Cohen (2003).

<sup>25</sup> Sen 1966: 55.

#### 4. La actitud positivista

Mi conjetura en esta sección consiste en que la defensa del positivismo jurídico tal vez no descansa en cuestiones ni conceptuales: la clara distinción entre el derecho cómo es en realidad y el derecho cómo debe ser<sup>26</sup>, ni de ontología social: la tesis de que los contenidos jurídicos son reducibles a, o bien se fundan completamente en, hechos sociales<sup>27</sup>; sino en cuestiones *normativas*.

La defensa del positivismo jurídico comporta la asunción de lo que Carrió denominó la *actitud positivista*:

Que sólo un juez que ha adoptado la actitud positivista, esto es, un funcionario público que ha jurado cumplir sus funciones aplicando las reglas públicas del derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de sus principios morales, sólo un juez positivista, repito, así caracterizado, puede actuar correctamente como juez de derecho. Porque el “juego” de que aquí se trata es el del derecho positivo, sólo un juez que adopta la actitud positivista está en condiciones de “jugarlo”<sup>28</sup>.

La actitud positivista tal vez está presupuesta, o al menos así deseo argumentar aquí, en los dos párrafos con los que concluye el libro de Jorge:

[...] parecería que la respuesta más satisfactoria a la pregunta por la normatividad del derecho bajo esta intelección consiste en reconocer que a veces obedecemos a las normas jurídicas por razones morales, otras veces las obedecemos por razones meramente prudenciales, incluso podría ser que a veces las obedezcamos por razones políticas o estrictamente jurídicas, y resaltar que, no obstante, el carácter de una norma no debe confundirse con el carácter de las razones por las que la obedecemos [...] Las normas jurídicas son normas distintas de las normas de prudencia o de las normas morales, y nos ofrecen razones *jurídicas* para actuar, en el sentido elemental de que tomando en consideración las normas de un sistema jurídico es posible evaluar las acciones como prohibidas, permitidas u obligatorias de acuerdo con tal sistema.

Incluso podría darse un paso más y decir, tal como lo han sostenido Marmor y Enoch, que las razones que nos ofrece el derecho serían condicionales y dependientes de la participación en la práctica. Dentro de una práctica como el juego del ajedrez se puede utilizar el lenguaje normativo para decir que una cierta pieza *debe* moverse de cierta manera. Pero esto no significa que cualquiera tenga ese deber: solo los participantes en la práctica del ajedrez están vinculados por sus normas, y no puede obligarse a nadie a participar en dicha práctica. Las obligaciones jurídicas serían semejantes a la obligación de un jugador de ajedrez de mover las piezas de un cierto modo: la

<sup>26</sup> Que constituye el nervio de dicha posición en Bobbio (1965) y en Hart (1958, 1961).

<sup>27</sup> Este es el modo que en la literatura filosófica actual acerca de *grounding* suele caracterizarse el debate. Véase una clara presentación con una propuesta propia en Chilovi (2020).

<sup>28</sup> Carrió 1990: 392-393.

regla de reconocimiento determinaría la práctica del derecho y, consiguientemente, permitiría identificar qué se debe hacer de acuerdo con esa práctica, pero no podría justificar el deber de participar en la práctica. Si tal deber existe, su justificación no puede surgir del propio derecho sino, en todo caso, de lo que exija la moral. Pero si se rechaza tanto el iusnaturalismo definicional como el positivismo ideológico, debería concluirse que no es posible sostener que una norma jurídica, por el solo hecho de ser tal, genere un deber moral siquiera *prima facie* de obedecerla<sup>29</sup>. [notas omitidas]

Estos párrafos contienen muchas ideas que vale la pena desbrozar con calma. En primer lugar, me referiré a de qué modo las normas son aptas para generar razones para la acción. Hay, al menos, dos formas en las que podemos comprender esta idea.

Según la primera, las decisiones jurídicas dotadas de autoridad son meros *mecanismos de activación* de nuestros deberes morales, activan de un modo determinado nuestros deberes morales previos. Por ejemplo, si voy conduciendo mi auto por Barcelona y me hallo ante un semáforo en rojo, este hecho (el hecho complejo del color del semáforo más las decisiones sobre el tráfico de las autoridades competentes) *activan* mi deber de detenerme, que es el modo de cumplir con mi deber moral de conducir de una manera respetuosa con la integridad del resto de personas y vehículos. Lo activan en un modo semejante a como activa mi deber moral de detenerme el hecho de que se cruce ante mi auto una niña corriendo tras su pelota. Esta es una concepción de las razones para actuar como *triggering reasons*<sup>30</sup>. En este sentido, las razones que proveen las directivas de las autoridades son únicamente un modo de manipular las circunstancias fácticas de manera tal que activan nuestros deberes morales preexistentes. Para Enoch, los deberes generados por las directivas de la autoridad son un modo, eso sí específico, del modelo general de razones robustas, el modelo del *mecanismo de activación*.

Una idea semejante es la que defiende una reciente y relevante teoría de la normatividad del derecho, la teoría del *impacto moral* del derecho de Greenberg<sup>31</sup>, Greenberg lo dice así:

Conforme a mi concepción, las obligaciones jurídicas son un subconjunto determinado de las obligaciones morales. Las instituciones jurídicas – las legislaturas, los tribunales, las agencias administrativas – llevan a cabo acciones que cambian nuestras obligaciones morales. Lo hacen cambiando los hechos morales relevantes, por ejemplo, cambiando las expectativas de las personas, proveyendo opciones, u otorgando los beneficios de los representantes del pueblo sobre determinados esquemas. Mi teoría sostiene, en general, que las obligaciones morales resultantes son obligaciones

---

<sup>29</sup> Rodríguez 2021: 788-789.

<sup>30</sup> Enoch 2011a, 2011b, 2012. Una concepción que, sin embargo, ha sido criticada, por ejemplo, Rodríguez Blanco (2013), Monti (2021a).

<sup>31</sup> Greenberg 2011, 2014.



jurídicas. La denominaré la teoría del impacto moral porque sostiene que el derecho es el impacto moral de las acciones relevantes de las instituciones jurídicas<sup>32</sup>.

Sin embargo, parece que el hecho de que una niña persiguiendo su pelota se cruce ante nuestro auto impacta sobre mis deberes de un modo distinto a como lo hace el hecho de que el semáforo esté en rojo. Por ejemplo, si se cruza a una distancia suficiente que me resulta obvio que cruzará la calle antes de que mi auto llegué allí, entonces mi deber de detenerme no se activa. Sin embargo, habitualmente creemos que mi deber se activa cuando el semáforo se pone en rojo, aún si no cruza nadie y el hecho de saltarlo no pone en riesgo la vida de nadie. Es más, un decente policía urbano no sancionaría mi comportamiento en el primer caso, pero sí que lo haría en el segundo caso. ¿Por qué?

Tal vez, y este es el segundo modo de comprender cómo las directivas de las autoridades impactan sobre mis deberes morales, porque no son un modo resultante del mecanismo de activación, un modo indirecto de activar mis deberes, sino que los activan directamente. Este es el argumento recientemente presentado por Monti contra la teoría del impacto moral. En sus propias palabras:

Arguyo que cuando las autoridades imponen obligaciones en virtud de su autoridad, lo hacen directamente más bien que mediante el mecanismo de la activación. De hecho, hay muchos casos en los cuales un agente A activa una obligación para B emitiendo una directiva a tal efecto sin tener autoridad sobre B. Entonces, los defensores del mecanismo de la activación de la autoridad necesitan distinguir entre modos apropiados e inapropiados de activación. Sin embargo, mi argumento consiste en señalar que no hay ningún modo de trazar esta distinción de manera que excluya todos los falsos positivos de una forma que no sea ad hoc. Por lo tanto, si asumimos que las instituciones jurídicas crean obligaciones morales en el modo jurídicamente propio cuando lo hacen en virtud de su autoridad, entonces se sigue que debemos rechazar el *Triggering Natural Law*<sup>33</sup>.

La forma más articulada de presentar esta posición es la conocida doctrina raziiana de la *autoridad como servicio*<sup>34</sup>. Para Raz, como es sabido, las directivas de las autoridades nos proveen con razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente para no obrar por cualquier tipo de otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio*, según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello

---

<sup>32</sup> Greenberg 2014: 1290.

<sup>33</sup> Monti 2021b: 2.

<sup>34</sup> Raz 1986, 1990, 1994.

que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

Esto es, las autoridades jurídicas son autoridades prácticas y es un rasgo necesario de la naturaleza del derecho la pretensión de autoridad. Hay que admitir que no todas las autoridades jurídicas tienen legitimidad, sin embargo todas las autoridades *de facto* pretenden poseer autoridad legítima. Y, según Raz<sup>35</sup>, las tesis que caracterizan a la autoridad legítima son las tres siguientes:

1) *La tesis de la dependencia*: Todas las directivas dotadas de autoridad han de basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de aquellas directivas y que se sostienen en las circunstancias cubiertas por las directivas. Las llamaré *razones dependientes*.

2) *La tesis de la justificación normal*: El modo normal y primario de establecer que una persona debe ser reconocida como teniendo autoridad sobre otra persona es que probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas de las presuntas directivas dotadas de autoridad) si acepta las directivas de la presunta autoridad como obligatorias autoritativamente e intenta seguirlas, que si intenta seguir las razones que se le aplican directamente.

3) *La tesis del reemplazo (The Preemption Thesis)*: El hecho de que una autoridad requiere realizar una acción es una razón para su realización que no se añade al resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que las reemplaza.

Entonces, por un lado, la fuerza obligatoria del derecho – en el caso que las autoridades jurídicas sean legítimas – deriva de estos hechos normativos robustos, de naturaleza moral, que legitiman la autoridad. Por otro lado, para que el derecho, con arreglo a su naturaleza, cumpla su función, éste debe identificarse sin recurrir a consideraciones morales, porque cuando se recurre a ellas nos vemos compelidos a analizar todas las razones y a ponderarlas y, por dicha razón, el derecho pierde su carácter de reemplazo, entonces las directivas ya no están protegidas, ya no son razones *excluyentes*.

Esta es precisamente la razón por la que Raz defiende la tesis fuerte de las fuentes sociales del derecho, con arreglo a la cual la identificación de la existencia y el contenido del derecho nunca depende de consideraciones morales.

Por cierto, cuando Jorge se refiere al positivismo jurídico excluyente de carácter raziano<sup>36</sup>, creo que no toma suficientemente en cuenta que la tesis raziana de

---

<sup>35</sup> Raz 1994: 214.

<sup>36</sup> Rodríguez 2021: 191-198. Aunque no puedo detenerme en ello aquí esta sección del autor termina con esta, en mi opinión sorprendente, afirmación (2021: 198): «[...] incluso concediendo que exista algo así como un único código moral objetivo o verdadero, [...] la identificación del contenido del derecho no puede sino depender de *nuestras creencias o convicciones morales* acerca de lo que esa

las fuentes sociales no es contraria a la dependencia metafísica del derecho de la moral, la doctrina raziana de la autoridad pone de manifiesto *precisamente*, que cuando las autoridades son legítimas, cuando consiguen generar deberes morales, lo hacen porque activan deberes de acuerdo con las razones *dependientes*, y entonces generan deberes morales. La tesis raziana no es de carácter metafísico sino *epistémico*. Es una sugerencia que también se halla en Plunkett<sup>37</sup> y en Monti<sup>38</sup>, es una tesis que dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice en cambio en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para Raz, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. Plunkett lo dice del siguiente modo: «[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde “realmente” aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica [...]»<sup>39</sup>. Y Monti de este otro modo: «debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales»<sup>40</sup>.

Veamos esta idea con una analogía. Supongamos que alguien piensa que los comportamientos moralmente correctos son aquellos ordenados por Dios, supongamos también que cree que lo que Dios ordena sólo puede ser conocido por lo que aparece escrito en unas determinadas piedras cada comienzo de año. Entonces, el único modo de acceder *epistémicamente*, a los comportamientos moralmente correctos es leer lo que está escrito en dichas piedras, para lo que obviamente no se requiere el juicio moral, lo que es moralmente correcto es establecido únicamente por lo que aparece escrito en las piedras. Sin embargo, el hecho *metafísico* de que *mentir* es un comportamiento inmoral, no se explica totalmente por el hecho de que está escrito en las piedras, sino por el hecho fundamental de que Dios ha prohibido mentir.

Sea como fuere, ambos enfoques de las razones consideran que, al menos en algunos casos, las directivas de las autoridades alcanzan a generar deberes mora-

---

moral objetiva requería, no directamente de esta última, por lo cual aun bajo tales presupuestos debería preferirse la reconstrucción del positivismo excluyente por sobre del positivismo incluyente». Sin embargo, esta afirmación o bien expresa la obviedad de que nuestras creencias siempre son, en algún sentido, intrascendibles o bien lleva a un extraño escepticismo generalizado, puesto que también la creencia en un mundo exterior o la creencia en la evolución de las especies no son creencias que podamos trascender, aunque tenemos buenas razones para confiar en que *siguen el rastro de la verdad*.

<sup>37</sup> Plunkett 2019.

<sup>38</sup> Monti 2019.

<sup>39</sup> Plunkett 2019: 120.

<sup>40</sup> Monti 2021b: 8-9.

les y que, contrariamente a Jorge, no hay deberes jurídicos *robustos* distintos a los deberes morales. En este sentido, las autoridades *legítimas* activan de algún modo nuestros deberes morales. En los términos de uno de los padres de las *triggering reasons*, David Enoch: «quizás, por ejemplo, un intento de fundar la legitimidad de los estados democráticos en consideraciones de equidad procedimental puede acomodarse notando que en tales casos hay un deber previo (fundado en consideraciones de equidad) de seguir los resultados de los procedimientos equitativos»<sup>41</sup>. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con ello. Para algunos, me refería al comienzo a Williams<sup>42</sup>, las razones políticas y jurídicas conforman un espacio diferente al de las razones morales, algunas veces en conflicto con ellas. Williams escribió: «La cuestión “¿qué debo hacer?” puede preguntarse y responderse cuando no hay ninguna cuestión de obligaciones morales que esté involucrada en absoluto en la situación, y cuando sí está la obligación moral involucrada, lo que bajo tal obligación estoy sujeto a hacer puede no ser lo que, considerando todos los factores, debo hacer»<sup>43</sup>. Williams sostiene claramente que las razones morales no agotan el ámbito de lo que debemos hacer, de cómo debemos vivir, un ámbito que Williams pensaba que era el ámbito ético, que él distinguía claramente del moral. Es la tesis central de su conocido libro<sup>44</sup>, cuyo último capítulo, el décimo, lleva por título “Morality, the Peculiar Institution” y “the peculiar institution” era el modo cauto en el que los sudistas en los Estados Unidos llamaban a la esclavitud. Es más, en el libro al que antes me refería<sup>45</sup>, el autor claramente argumenta sus poderosas objeciones a lo que denomina, en el capítulo primero, el *moralismo político*, es decir, el punto de vista según el cual la moral tiene prioridad sobre la política. Le parece a Williams que este es un extremo reduccionista, que comparten el utilitarismo y el kantianismo, por ejemplo, y que impide a la filosofía contemporánea una adecuada concepción del ámbito práctico. En el ámbito práctico, según Williams, rige la conocida máxima del Fausto de Goethe: «Im Anfang war die Tat», y así precisamente se titula el libro de 2005, *In the beginning was the deed*<sup>46</sup>.

La cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, en los términos de la filosofía política actual es la de si las razones de la *legitimidad* se fundan, como quería Enoch, en razones morales, en la *justicia* en último término o no se fundan en ella y dan lugar a un espacio de razones robustas distinto, un espacio que muestra que nuestro

---

<sup>41</sup> Enoch 2012: 35.

<sup>42</sup> Williams 2005.

<sup>43</sup> Williams 1981: 124-125.

<sup>44</sup> Williams 1985.

<sup>45</sup> Williams 2005.

<sup>46</sup> Como una curiosidad, la primera vez que Williams usó la expresión de Goethe fue como título de su contribución en homenaje a Carlos S. Nino por su fallecimiento en la Universidad de Yale, precisamente para criticar el moralismo político de Nino. Vd. Williams (1999).

razonamiento práctico se halla *fragmentado*<sup>47</sup>.

En mi opinión, una idea como esta late tras la defensa de Carrió de la actitud positivista. Una posición que halla su más acabada versión en el denominado *positivismo ético o normativo*. El positivismo jurídico tiene una dimensión normativa. El positivismo jurídico exige a los jueces la aplicación de las pautas públicas, identificables sin recurrir a pautas morales, que una sociedad se ha dado a sí misma para autogobernarse. Esta es la idea que Uberto Scarpelli defendió, como es sabido. Escribe Scarpelli:

Inherente al positivismo jurídico hay una elección política, pero la elección política es una elección por el derecho positivo identificado a través de sus características formales, es una elección de una ciencia y una práctica del derecho que, una vez aceptado el derecho positivo, lo estudia y lo aplica fielmente prescindiendo de todo juicio de valor acerca de su contenido<sup>48</sup>.

Esta es la idea que ha resurgido en los últimos años bajo la etiqueta de *positivismo jurídico normativo* o ético<sup>49</sup>. Stephen R. Perry ha distinguido entre dos sentidos de positivismo jurídico que es pertinente recordar aquí<sup>50</sup>. El positivismo jurídico *sustantivo* que sostiene “que no hay conexión necesaria entre la moralidad y el contenido del derecho” y el denominado positivismo jurídico *metodológico* para el cual “no hay conexión, ni necesaria ni de ningún otro tipo entre la moralidad y la teoría del derecho”. En un iluminador trabajo, José Luis Martí ha presentado de esta forma tan perspicua las dos tesis del positivismo normativo<sup>51</sup>:

(1) Tesis normativa: el positivismo jurídico está comprometido con los valores de autonomía y democracia que le llevan a suscribir una particular concepción del ideal de Estado de derecho, una teoría democrática de la autoridad y a prescribir que los jueces no deben recurrir a la moral, apartándose así de la letra de la ley, a la hora de resolver las disputas jurídicas [nota omitida].

(2) Tesis metodológica: La filosofía del derecho parte siempre de presupuestos normativos, y en consecuencia debe abandonar la pretensión de desarrollar su análisis conceptual en la más estricta neutralidad valorativa.

---

<sup>47</sup> Una original e interesante propuesta en este sentido, que trata de reivindicar un lugar para el derecho en el espacio de las razones, entre la coacción y la moralidad, como Hart quería, se halla recientemente en Montí (2019, 2021b), pero lamentablemente aquí no puedo discutirla con detalle.

<sup>48</sup> Scarpelli 1965: 133.

<sup>49</sup> Por Campbell (1996), Murphy (2001), Waldron (2001, 2005), o Green (2008). En la literatura en español, con algunos matices, Hierro (2002), Martí (2008-9), Laporta (2007) y recientemente Atria 2016.

<sup>50</sup> Perry 2001: 311-313.

<sup>51</sup> Martí 2008-2009: 438.

La tesis metodológica es el rechazo precisamente de lo que Perry denomina positivismo jurídico metodológico. Si el positivismo jurídico abandona la idea de que la tarea de elucidar la naturaleza del derecho es una tarea descriptiva y conceptual, sin ninguna consecuencia para la práctica del derecho, entonces el positivismo jurídico entra en el debate normativo. Es obvio que Hart se resistió a dar este paso y su respuesta a Dworkin en el *Postscript*<sup>52</sup> se funda en insistir en que su concepción del derecho no es incompatible con la de Dworkin, porque la suya es una tarea descriptiva y conceptual, mientras la de Dworkin es una tarea valorativa y comprometida. A pesar de ello, la respuesta de Dworkin al *Postscript* es considerar que el positivismo jurídico es una concepción interpretativa del derecho, con consecuencias para la práctica jurídica<sup>53</sup>. El análisis conceptual de la naturaleza del derecho, como el análisis de otras de nuestras instituciones, como la naturaleza de la democracia o de la amistad, tiene una dimensión normativa. Solamente embarcados en ella podemos tener un concepto de derecho. Hart no está de acuerdo:

Mientras la teoría interpretativa del derecho de Dworkin descansa en el presupuesto de que el sentido o el propósito del derecho y de la práctica jurídica es justificar la coerción, ciertamente no mantengo ni nunca he mantenido el punto de vista con arreglo al cual el derecho tiene este sentido o propósito. Como otras formas de positivismo mi teoría no pretende identificar el sentido o el propósito del derecho y de las prácticas jurídicas como tales; de modo que no hay nada en mi teoría a favor del punto de vista de Dworkin, que ciertamente no comparto, de que el propósito del derecho es justificar el uso de la coerción. De hecho, considero bastante vano tratar de delimitar para el derecho un propósito específico más allá de señalar que suministra guías para el comportamiento humano y estándares de crítica de tal comportamiento<sup>54</sup>.

Parece claro, sin embargo, que Hart no puede excluir una concepción del derecho como la de Dworkin sin apelar a algunos elementos evaluativos que privilegien su idea de que la naturaleza del derecho guarda una relación esencial con la dirección y evaluación del comportamiento humano y no con otras funciones que el derecho también realiza<sup>55</sup>.

Por dicha razón, merece la pena atender a cómo Dworkin considera que la concepción de Hart puede ser contemplada como una concepción interpretativa del derecho. Una concepción que privilegia el valor de la legalidad, del sometimiento de los aplicadores del derecho a pautas públicas, previamente conocidas e identi-

---

<sup>52</sup> Hart 1994.

<sup>53</sup> Dworkin 2006.

<sup>54</sup> Hart 1994: 248-249.

<sup>55</sup> Vd., para esta idea, Perry 1995.

ficables. Una concepción que descansa, como nos recordaba Martí, en la noción de Estado de Derecho, en el respeto a la autonomía personal y en una concepción democrática de la autoridad, que hace de las decisiones de los jueces decisiones justificadas en la medida en que se fundan en la voluntad de todos de autogobernarnos. Es indiscutible que estas ideas se hallan en el origen de la Ilustración jurídica y que recorren la columna vertebral del movimiento conocido como positivismo jurídico. Esta forma de entender la legalidad es la que está en el núcleo del positivismo, «la legalidad insiste en que el poder [de aplicar el derecho] es ejercido sólo con arreglo a pautas establecidas de la manera correcta antes de su ejercicio»<sup>56</sup>. El valor que reside detrás de esta idea es, según Dworkin, el valor de la *perspicuidad* (*accuracy*):

Por *perspicuidad* entiendo el poder de los funcionarios políticos para ejercer el poder coercitivo del estado de una manera sustantivamente justa y eficaz. La legalidad promueve la perspicuidad si los actos oficiales son más probablemente sabios o justos en la medida en que son gobernados por pautas establecidas en lugar de por representar meramente el juicio de algún funcionario acerca de lo que es justo o sabio<sup>57</sup>.

Si tenemos en cuenta lo que Rawls ha llamado el “hecho del pluralismo”<sup>58</sup>, es decir, la gran discrepancia que sobre muchas cuestiones prácticas hay en nuestras sociedades, una posición como ésta resulta, según creo, atractiva.

Claro, como bien sabemos, Dworkin no está de acuerdo. Cree que alguna concepción más abarcadora, como la de la *integridad*, honra mejor los ideales que anidan detrás del Estado de Derecho. Ahora bien, mi propuesta consiste precisamente en entender el positivismo de este modo, del modo en el que Dworkin arguye que Hart debe ser interpretado. Incorporar a la actitud positivista esta concepción normativa del derecho y otorgar así sentido a la idea de que sólo un juez positivista puede actuar correctamente como un juez de derecho.

Pocos, si alguno, entre los teóricos del derecho actuales pondrá en duda que tras el ideal del Estado de Derecho hay una adhesión normativa al valor de la certeza. Y es así porque la certeza honra nuestra autonomía, sólo pautas jurídicas claras, previas, públicas, permiten que diseñemos y llevemos adelante nuestros planes de vida con libertad.

Este es, de acuerdo con el positivismo jurídico normativo, el modo en el que la tesis de la separación entre el derecho y la moralidad ha de ser comprendida: se trata de una recomendación normativa para que el derecho sea generado de modo que la identificación de su contenido no requiera acudir a valoraciones morales. Esto es lo

<sup>56</sup> Dworkin 2006: 169.

<sup>57</sup> Dworkin 2006: 172-3.

<sup>58</sup> Rawls 1993: xvii-xix.

que permite a los jueces, precisamente, aplicar las normas jurídicas y no sus valoraciones particulares, como Carrió nos recordaba.

En este sentido, el núcleo del positivismo jurídico normativo es ampliamente compartido. No obstante, ¿debe llevarse el ideal de la certeza al extremo? En otros lugares<sup>59</sup>, he tratado de mostrar que precisamente para honrar la autonomía de los destinatarios de las normas, es preciso dejar que las normas contengan *defeaters* valorativos, que dan mayor discreción a los jueces pero respetan en mayor medida nuestra autonomía.

En la teoría del derecho contemporánea, al menos a partir de la crítica dworkiniana a la teoría hartiana de las reglas, se acostumbra a presentar una imagen del derecho con arreglo a la cual el derecho está integrado por dos niveles: el nivel de las reglas, que operan en el razonamiento práctico como razones protegidas, como hemos visto, como razones de primer orden para realizar aquello que las normas prescriben y razones de segundo orden para no obrar de acuerdo con las razones de primer orden contrarias a las reglas jurídicas; y el nivel de los principios, integrado por pautas que no son perentorias ni opacas a la razón que las justifica y que requieren del juicio para ser aplicados. Pues bien, la conjetura es la siguiente: esta imagen de dos niveles debe ser sustituida por una imagen con un solo nivel en el que habitan las reglas, pero en este nivel hay también *defeaters*, que funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por los que el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente el razonamiento judicial, puede acudir al razonamiento moral.

## 5. Concluyendo: a *blind spot*

Terminaba, ha de resultar claro, con mi propia posición al respecto del lugar que ocupa la moral en el razonamiento jurídico. Un lugar que, por un lado, permite establecer cuándo y cómo las autoridades jurídicas gozan de legitimidad, una cuestión que hace de la filosofía del derecho una provincia de la filosofía política y, por otro lado, requiere que la aplicación del derecho esté abierta a la moralidad, precisamente para respetar nuestra autonomía del modo adecuado, y así la emparenta con la filosofía moral.

Ambas cuestiones son, obviamente, controvertibles y controvertidas. Sin embargo, en mi opinión, no tener respuesta alguna a dichas cuestiones deja nuestra teoría jurídica incompleta. El derecho ocupa un lugar crucial en nuestras vidas, castiga determinados comportamientos con la privación de libertad, establece medidas coercitivas cuando, por ejemplo, no nos hacemos cargo de nuestras deudas con terceros y con el propio estado, permite la coordinación de muchos de nuestros comportamientos, constriñe a veces nuestras expectativas, otras las canaliza y am-

---

<sup>59</sup> Por ejemplo, Moreso 2009, 2020.



plía. Tener una conciencia más agudizada del modo cómo lo hace, del lugar que las razones jurídicas ocupan en el espacio de las razones es fundamental para nosotros, los seres humanos que, al fin y al cabo, somos las únicas criaturas que conocemos sensibles a las razones. Por ello una teoría del derecho ha de contener una teoría de la normatividad. No hacerlo así, me temo, es generar en ella un *ángulo muerto*, y los ángulos muertos tienden a generarnos problemas sin fin.

Es obvio que Jorge ha tratado también de dar respuesta a algunas de estas preguntas. Una respuesta que rechaza el objetivismo ético, pero que parece conceder un lugar a las razones jurídicas, en el espacio, más bien *humano*, que ha dibujado para las razones para la acción. Mi conjetura final es que para que sus intuiciones encajen adecuadamente debe abrazar algo como el positivismo jurídico normativo.

### Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. E.; Bulygin, E. (1983). *Deontic Truth and Values*, en Kangas, U. (ed.), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*. Helsinki, Oikeustiede Jurisprudentia, 17-35. Versión en castellano: Alchourrón, C. E.; Bulygin, E. (2001), *Verdad deóntica y valores*, en Id., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 591-609.
- Alexy, R. (1989). *On Necessary Relations Between Law and Morality*, «Ratio Juris», 2, 167-189.
- Alexy, R. (1992). *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München, Verlag Alber.
- Alexy, R. (2013). *El No-Positivismo Incluyente*. «Doxa», 36, 15-23.
- Atria, F. (2016). *La forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Ayer, A. J. (1936/1971). *Language, Truth and Logic*. Harmondsworth-Middlesex, Penguin Books.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Ed. di Comunità.
- Borges, J. L. (1993). *El principio en Atlas* [1984], en Id., *Obras Completas, IV (1976-1985)*. Barcelona, Círculo de Lectores.
- Campbell, T. D. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth.
- Carrió, G. R. (1990). *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos S. Nino)*, en Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 375-404.
- Chalmers, D. (2011). *Verbal Disputes*, «Philosophical Review», 120, 515-566.
- Chilovi, S. (2020). *Grounding-based Formulations of Legal Positivism*, «Philosophical Studies», 177, 3283-3302.
- Christiano, T. (2004). *The Authority of Democracy*. «Journal of Political Philosophy», 12(3), 245-270.

- Cohen, G. A. (2003). *Facts and Principles*, «Philosophy & Public Affairs», 31, 211-245.
- Enoch, D. (2011a). *Giving Practical Reasons*, «The Philosopher's Imprint», 11(4).
- Enoch, D. (2011b). *Reason-Giving and the Law*, «Oxford Studies in the Philosophy of Law», 1, 1-38.
- Enoch, D. (2012). *Authority and Reason-Giving*, «Philosophy and Phenomenological Research», 89(2), 296-332.
- Dworkin, R. (2006). *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*, en Id., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, cap. 6.
- Ferrajoli, L. (2018). *Manifesto per l'uguaglianza*. Roma-Bari, Laterza.
- Finlay, S. (2019). *Defining Normativity*, en Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 62-104.
- Flanagan, B., Hannikainen, I. R. (2020). *The Folk Concept of Law: Law Is Intrinsically Moral*, «Australasian Journal of Philosophy», 100(1), 165-179.
- Green, L. (2008). *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, «New York University Law Review», 83, 1035-1058.
- Greenberg, M. (2011). *The Standard Picture and its Discontents*, en Green, L, Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (vol.1), Oxford, Oxford University Press, 39-106.
- Greenberg, M. (2014). *The Moral Impact Theory of Law*, «The Yale Law Journal», 123, 1288-1314.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», 71, 593-629.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *Postscript*, en Id., *The Concept of Law* (2 ed.), Oxford, Oxford University Press.
- Hierro, L. (2002). *¿Por qué ser positivista?*. «Doxa» 25, 263-302.
- James, W. (1907). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, New York, Longman Green and Co.
- Kelsen, H. (1948). *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, «American Political Science Review», 42(05), 906-914.
- Kilcullen, J. (1999). *The Political Writings*, en Spade, P.V. (ed.), *The Cambridge Companion to Ockham*, Cambridge, Cambridge University Press, cap. 13.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- Larenz, K. (1935). *Rechtsperson und subjektives Recht zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, en Id. (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünhaupt.

- Leiter, B. (2015). *Normativity for Naturalists*, «Philosophical Issues», 25, 64-79.
- Martí, J.L. (2008-2009). *Sobre la normatividad de la filosofía del derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 25, 427-454.
- Monti, E. H. (2019). *The Binding Nature of Law*. PhD Dissertation, London, King's College.
- Monti, E. H. (2021a). *Against Triggering Accounts of Robust Reason-Giving*, «Philosophical Studies», 178 (11), 3731-3753.
- Monti, E. H. (2021b). *On The Moral Impact of Theory of Law*, «Oxford Journal of Legal Studies», 42(1), 1-27
- Moreso, J.J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- Moreso, J.J. (2017). *Deontic Truth and Values*, «Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía», 49 (146), 61-74.
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2022). *El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico de nuevo)*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 56, 33-54.
- Murphy, L. (2011). *The Political Question of the Concept of Law*, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 11.
- Navarro, P. E.; Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Olivecrona, K. (1940). *England eller Tyskland*, Lund, C. W. K. Gleerup.
- Olivecrona, K. (1941). *Europa och Amerika*, Lund, Sundqvist & Emond.
- Perry, S. R. (1995). *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, cap. 3.
- Perry, S. R. (2001). *Hart's Methodological Positivism*, en Coleman, J., (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 9.
- Pettit, P. (2012). *On the People's Terms*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Plunkett, D. (2019). *Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism*, en Plunkett, D., Shapiro, S., and Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 105-136.
- Radbruch, G. (1946). *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1, 105-108.
- Rawls, John (1993). *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2 ed.), Princeton (NJ), Princeton University Press.

- Raz, J. (1994). *Authority, Law, and Morality*, en Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 194-221.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas normativos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez Blanco, V. (2013). *Reasons in Action v Triggering Reasons: A Reply to Enoch on Reason-Giving and Legal Normativity*, «Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», 1(7), 3-25.
- Ross, A. (1952). *Why Democracy?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità.
- Sen, A. (1966). *The Nature and Classes of Prescriptive Judgments*, «The Philosophical Quarterly», 17, 46-62.
- Waldron, J. (2001). *Normative (or Ethical) Positivism*, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 12.
- Waldron, J. (2005). *Law*, en Jackson, F., Smith, M. (eds), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 181-207.
- Williams, B. (1981). *Practical Necessity*, en Id., *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 124-131.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana Press.
- Williams, B. (1999). *In the Beginning Was the Deed*, en Hongju Koh, H., Slye, R. C. (eds.). *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven (Conn.), Yale University Press, cap. 3.
- Williams, B. (2005). *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (G. Hawthorn, ed.), Princeton (NJ), Princeton University Press.

# Presupuestos y consecuencias de la aplicabilidad

Pablo E. Navarro\*

## Resumen

En este trabajo, analizaré la reconstrucción que Jorge L. Rodríguez ofrece de la aplicabilidad de las normas jurídicas en *Teoría analítica del derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2021). En particular, (i) distinguiré entre aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas y (ii) revisaré la tesis según la cual una norma es internamente aplicable si y sólo si es, a su vez, externamente aplicable. Sostendré que la distinción entre aplicabilidad interna y externa arroja luz sobre las relaciones entre, por ejemplo, la individualización de las normas, la fuerza institucional del derecho, la validez y eficacia jurídica, la jerarquía normativa y las condiciones de verdad de los enunciados normativos. A diferencia de Rodríguez, defenderé que la aplicabilidad interna de una norma N no coincide necesariamente con su aplicabilidad externa. Finalmente, concluiré que la mayor fuente de nuestras dificultades y discrepancias surgen de usos vacilantes del lenguaje y de intuiciones insuficientemente articuladas. Esas perplejidades relativas a la aplicabilidad de las normas jurídicas pueden disolverse de diferentes maneras y, por tanto, construirse diversos esquemas de análisis. En pocas palabras, en mi opinión, los problemas de la aplicabilidad del derecho no son tanto de orden ontológico sino más bien de naturaleza metodológica.

**Palabras claves:** Validez. Aplicabilidad interna. Aplicabilidad externa. Justificación de las decisiones judiciales.

## Abstract

In this paper, I analyze the reconstruction that Jorge L. Rodríguez offers of the applicability of legal norms in his last book. In particular, (i) I distinguish between the internal and external applicability of legal norms and (ii) I revise the thesis ac-

---

\* CONICET, Argentina, y Facultad de Derecho, Universidad de Girona, Carrer Universitat de Girona, 12, 17071, Girona, España, pabnav@hotmail.com.

Este trabajo reproduce mi intervención en el *Congreso sobre Teoría Analítica del Derecho* (Génova, enero de 2022), dedicado a discutir diferentes aspectos del libro de Jorge L. Rodríguez. A efectos de facilitar el formato de discusión propuesto por los editores, solo he modificado algunos puntos estrictamente indispensables para eliminar giros coloquiales y para indicar la bibliografía mínima útil del debate.

ording to which a norm is internally applicable if and only if it is externally applicable. I argue that the distinction between internal and external applicability sheds light on, for example, the individualization of norms, the institutional forces of law, legal validity and effectiveness, normative hierarchy, and the truth-conditions of normative statements. Unlike Rodríguez, I will argue that the internal applicability of a norm N does not necessarily coincide with its external applicability. Finally, I will conclude that the greatest source of our difficulties and discrepancies arises from vacillating uses of language and insufficiently articulated intuitions. These perplexities concerning the applicability of legal norms can be dissolved in different ways and, therefore, different schemes of analysis can be constructed. In short, in my view, the problems of the applicability of the law are not so much ontological as rather methodological.

**Keywords:** Validity. Internal Applicability. External Applicability. Justification of Judicial Decisions. Applicability Criteria.

## 1. Introducción

En este breve trabajo, analizaré la reconstrucción que Jorge L. Rodríguez ofrece de la aplicabilidad de las normas jurídicas en su monumental *Teoría analítica del derecho* (en adelante, TAD)<sup>1</sup>. En mi opinión, una adecuada elucidación de este tema permite reorganizar nuestros esquemas conceptuales y arroja luz sobre las relaciones entre, por ejemplo, la individualización de las normas, la fuerza institucional del derecho, la validez y eficacia jurídica, la jerarquía normativa y las condiciones de verdad de los enunciados normativos. En la medida en que nuestros conceptos son herramientas para comprender mejor cierta parcela del mundo (i.e., ciertas prácticas sociales e institucionales), los criterios de evaluación de nuestra red conceptual no se refieren a la adecuación ontológica sino su capacidad heurística. Como ocurre en muchas investigaciones conceptuales, la mayor fuente de nuestras dificultades y discrepancias surgen de usos vacilantes del lenguaje y de intuiciones insuficientemente articuladas. No tengo dudas de que esas perplejidades relativas a la aplicabilidad de las normas jurídicas pueden disolverse de diferentes maneras y, por tanto, construirse diversos esquemas de análisis. En pocas palabras, los problemas de la aplicabilidad del derecho no son tanto de orden ontológico sino más bien de naturaleza metodológica.

A continuación, señalaré algunos presupuestos que guían mi reconstrucción de la aplicabilidad de las normas y luego indicaré cuáles son los puntos de discrepancia con las tesis de Jorge Rodríguez. Siempre he sentido una enorme admiración por

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021.

los trabajos de Jorge; por su destreza conceptual, su sólida formación teórica y la claridad en la presentación de sus ideas. Por ello, espero que mi amigo Jorge no vea en este desacuerdo solo obstinación<sup>2</sup>, sino una forma oblicua de reconocimiento de la importancia de su último libro y de mi admiración por la profundidad de los argumentos desplegados en sus diferentes capítulos. En otras palabras, tengo la certeza de que este libro de Jorge es una referencia ineludible no solo para quienes tengan interés por los últimos desarrollos de la teoría jurídica contemporánea sino también una obra imprescindible para comprender las razones que impulsaron las ideas fundamentales de la filosofía del derecho – y, en especial, del positivismo jurídico – en el último siglo.

## 2. Desacuerdos sobre la aplicabilidad

La distinción entre aplicabilidad interna y externa de las normas jurídicas puede trazarse de la siguiente manera:

*Aplicabilidad interna de las normas.* Las normas jurídicas regulan los casos a los que se aplican. Una norma N es internamente aplicable a un conjunto de casos C si y sólo si N regula C. La aplicabilidad interna define el *alcance* de una norma. La conexión entre normas y los casos a los que ella se aplica internamente es conceptual, de manera similar a la conexión entre proposiciones y los estados de cosas que determinan su valor de verdad. Así, conocer una norma N es determinar qué casos son regulados por N. El alcance de una norma puede especificarse en otras normas que definen el ámbito temporal, espacial y personal de validez de las normas. Por ejemplo, según Alchourrón y Bulygin<sup>3</sup>, el artículo 1 del antiguo Código Civil argentino, que declaraba obligatorias las normas del Código para todos los habitantes del territorio argentino, no es una norma sino la definición del ámbito personal de aplicación de las leyes.

*Aplicabilidad externa de las normas.* Los jueces deben resolver las controversias aplicando normas. Las normas que los jueces deben o pueden aplicar para justificar su decisión son externamente aplicables a un caso. La aplicabilidad externa de una norma define su *fuerza institucional*. La conexión entre normas y los casos a los que

---

<sup>2</sup> La terminología “aplicabilidad interna y externa” fue introducida en una investigación sobre las condiciones de eficacia de las normas jurídicas en Navarro, Moreso 1997. Aunque esa terminología ha sido recogida en una considerable cantidad de trabajos académicos, todavía no hay consenso acerca de la manera en que tienen que trazarse las conexiones entre ambos conceptos. Véanse, por ejemplo, las diferencias entre los trabajos de Moreso y Navarro mencionado anteriormente con, por ejemplo, Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar 2004; Pino 2012; Navarro, Rodríguez 2014.

<sup>3</sup> Alchourrón y Bulygin 2021: 470.



ella se aplica externamente es extrínseca. Por ejemplo, una norma puede ser externamente aplicable para un juez J1 y, por el contrario, puede ser inaplicable para otro juez J2. La aplicabilidad externa es también denominada como la “obligatoriedad” de las normas jurídicas. Un enunciado de aplicabilidad externa, al igual que otros enunciados normativos, puede ser *reducido* (o traducido) a la forma de una proposición normativa. Por ejemplo, el enunciado “los jueces deben aplicar N al caso C” afirmarí­a que una norma que prescribe una cierta acción  $p$  – aplicar la norma N – es parte de un cierto sistema normativo. En otras palabras:  $Op = “Op” \in S$ . Aunque esta equiparación de enunciados normativos y proposiciones normativas podría ser cuestionada, por simplicidad, asumiré aquí esta reducción conceptual.

Las diferencias entre los conceptos de aplicabilidad se muestran claramente en el análisis de la negación de los enunciados de aplicabilidad. Así, la negación de la aplicabilidad interna es exhaustiva y excluyente. Respecto de una norma N puede asegurarse que o bien N regula un cierto caso C, o bien N no regula el caso C. En este sentido, N es internamente aplicable o internamente inaplicable. Sin embargo, la negación de la aplicabilidad externa no es exhaustiva ni excluyente. Una norma N es externamente inaplicable cuando una norma prohíbe aplicar N. En caso de conflictos de criterios de aplicabilidad es verdad que la norma es aplicable e inaplicable simultáneamente. En casos en que no existan criterios de aplicabilidad que regulen la aplicación de una cierta norma N, esa norma N no es aplicable ni inaplicable.

Por supuesto, el hecho de que podamos trazar claramente la diferencia entre ambos conceptos no es garantía de que ambos sean independientes. Más aún, parece intuitivamente incuestionable que los jueces deben aplicar las normas válidas que regulan los casos tramados por los actores de un cierto proceso. Simplificando esa intuición podemos decir que normalmente una norma es externamente aplicable si y sólo si es internamente aplicable. En TAD (TAD: 359), Rodríguez acepta esta tesis con la siguiente formulación:

No existen pues argumentos sólidos para descalificar la idea fuertemente intuitiva de que si una norma regula un caso (es internamente aplicable), entonces debe ser usada por los jueces como fundamento de sus decisiones a su respecto (es externamente aplicable), y si los jueces tienen el deber de usar cierta norma para justificar su decisión frente a un caso, es porque ella lo regula, de modo que ambas nociones son coextensivas.

Sin embargo, creo que es mejor reconstruir ambos conceptos de aplicabilidad de manera tal que ellos sean lógicamente independientes. Por tanto, aunque normalmente ellos coincidan o sean coextensivos, hay situaciones en que la aplicabilidad interna no es condición suficiente ni necesaria de la aplicabilidad externa. Esas ocasiones en que se produce la divergencia entre ambos conceptos no son anecdóticas,



sino – como intentaré mostrar a continuación – ellos nos permiten comprender mejor la naturaleza de los sistemas jurídicos.

### 3. Aplicabilidad interna sin aplicabilidad externa

Una primera pregunta que merece la pena abordar es si los jueces deben aplicar normas siempre que ellas fuesen internamente aplicables. En otras palabras, el interrogante sería: ¿es la aplicabilidad interna de una norma una condición suficiente de la aplicabilidad externa? Sostendré que la respuesta es negativa.

Las normas externamente aplicables dependen de circunstancias externas a la conexión entre normas y los casos que ellas regulan. La competencia o jerarquía de un tribunal, por ejemplo, intervienen de manera decisiva en el análisis ya que, por ejemplo, podría ocurrir que un tribunal inferior tuviera el deber de seguir un precedente establecido por un tribunal superior, pero este mismo tribunal superior no tuviera obligación de seguir sus propios precedentes. En este último caso, la norma que ha sido impuesta como precedente es interna y externamente aplicable para el tribunal inferior, pero no es externamente aplicable para el tribunal superior<sup>4</sup>.

Otro ejemplo son las excepciones a ciertas normas<sup>5</sup>. Las excepciones pueden ser modos de limitar tanto el alcance como la fuerza de una cierta norma. No es extraño sostener, por ejemplo, que la sobreinclusión de los tipos penales es mitigada por disposiciones tales como las causas de justificación o de exculpación. De allí que es frecuente señalar que las normas que castigan el homicidio no deben ser aplicadas a quienes maten en legítima defensa. En este caso, aunque la norma que expresa, por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal argentino regula todos los casos en que un individuo matare a otro, cuando se acredita una causa de justificación (e.g., la legítima defensa), la pena prevista para el homicidio no debe ser aplicada, a pesar de que el hecho se encuadra en el alcance de la norma del artículo 79.

Podrían multiplicarse los ejemplos de casos que están regulados por una norma que los jueces no deben aplicar<sup>6</sup>, pero es interesante considerar una última cuestión, que afecta de manera central a nuestra comprensión de la jerarquía del derecho y de la obligatoriedad de las normas jurídicas.

Si se afirma que una norma regula un caso, se asevera una proposición descriptiva de un *hecho*. Así, es un hecho que la norma del artículo 14 de la Constitución española regula bajo qué condiciones puede registrarse un domicilio particular y también es un hecho que otros artículos de la constitución no regulan este caso. Por

<sup>4</sup> Waluchow 1994: 34-35.

<sup>5</sup> Schauer 1991a.

<sup>6</sup> Por ejemplo, véase la discusión de Schauer sobre los conflictos y la prioridad local en Schauer 1991b.

sí mismo, una proposición descriptiva no permite inferir una conclusión *normativa* acerca de que ella deba o pueda ser invocada como fundamento de una decisión judicial.

Si una norma internamente aplicable N1 debe ser aplicada para resolver institucionalmente una controversia, entonces existe *otra norma* N2 en el sistema que impone esa obligación a los jueces. Esta otra norma es el *criterio de aplicabilidad* de la primera y la existencia de N2 permite afirmar que N1 es obligatoria. Así, en un famoso trabajo de la década de los sesenta, Bulygin señala:

Una norma es obligatoria si y solo si las autoridades encargadas de su aplicación tienen el deber (*prescripto por otra norma*) de aplicarla. En particular, una norma general es obligatoria cuando los jueces tienen el deber de aplicarla (es decir, el deber de usarla para la fundamentación de sus decisiones)<sup>7</sup>.

Por tanto, salvo que exista ese criterio de aplicabilidad, la aplicabilidad interna no es condición suficiente de la aplicabilidad externa. Por ejemplo, según el artículo 1933 del Código Civil argentino, el poseedor debe restituir la cosa a quien tiene el derecho de reclamarla. Supongamos que se produce un litigio entre un poseedor y el legítimo propietario ¿Deben los jueces aplicar la norma del artículo 1933 para resolver esa controversia? Si la respuesta es afirmativa, entonces, de acuerdo con la concepción reduccionista de los enunciados normativos, *existe en el sistema* un criterio de aplicabilidad que obliga a aplicar el artículo 1793. ¿Cuál sería ese criterio? Podría sostenerse que este criterio surge del artículo 1 del Código Civil Argentino que prescribe:

*Art. 1: Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables*

Pero ¿deben los jueces aplicar el artículo 1? El argumento impulsa a fundamentar la respuesta afirmativa en otra norma y así sucesivamente de tal manera que existirá al final de estas cadenas de aplicabilidad al menos una norma que regula la conducta de los jueces, pero que no es externamente aplicable.

Rodríguez niega esa conexión, pero señala:

No se requiere aquí para que una norma sea aplicable que una norma diferente imponga el deber de aplicarla, dado que podría ser que ese deber se derive de más de una norma o simplemente del principio general según el cual los jueces deben justificar sus decisiones en normas jurídicas válidas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Bulygin 2021: 391. Las itálicas son añadidas.

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 352.

Por supuesto, aunque sea verdad que todas las normas aplicables están basadas en otra norma, sería una falacia – del tipo “chico-chica”<sup>9</sup> – concluir que cada norma está respaldada por un único y propio criterio de aplicabilidad. Sin lugar a duda, la aplicabilidad externa de un conjunto de numerosas normas puede estar basada en una única norma. Pero siempre tiene que existir otra norma que imponga a los jueces el deber (facultad) de aplicar otras normas. Algunos autores (e.g. Schauer) reconstruyen de este modo a la Regla de Reconocimiento de Hart. Para ellos, la regla de reconocimiento impondría a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas identificadas a través de ella. Así, según Schauer:

Si quienes toman decisiones jurídicas [legal-decision makers] pueden dejar de lado el resultado generado por reglas reconocidas jurídicamente, entonces parece que tendría poco sentido la idea misma de una regla de reconocimiento<sup>10</sup>.

Sin embargo, Rodríguez (TAD: 482) rechaza que la regla de reconocimiento imponga deberes y defiende que ella es una regla conceptual que suministra los criterios de identificación del derecho. Pero esta reconstrucción deja sin explicar la obligatoriedad de los últimos criterios de aplicabilidad. Por hipótesis, ellos no pueden ser externamente aplicables y su única aplicabilidad es interna. Por consiguiente, aplicabilidad interna y externa no son propiedades coextensivas.

#### 4. Aplicabilidad externa sin aplicabilidad interna

Una segunda pregunta importante es si los jueces deben aplicar normas a casos que ellas no regulan. Es decir: ¿es la aplicabilidad interna una condición necesaria de la aplicabilidad externa? En las páginas 357-358 de TAD, se considera “algo extravagante” la idea de que los jueces tengan el deber de aplicar normas que no regulan un determinado caso y descarta esta posibilidad con una breve discusión. Creo, sin embargo, que la respuesta debe ser diferente.

En primer lugar, el deber de los jueces de aplicar normas no es una “obligación natural”, sino que se deriva de normas jurídicas. Dado que los deberes que establecen las normas son contingentes, nada impide – aunque fuese poco probable – que una norma sea (externamente) aplicable a un caso que no regula. Pero, en verdad estos casos no son extravagantes, sino que se producen con relativa frecuencia. Por ejemplo, cuando en el código civil se declaran aplicables, de manera supletorias, las normas de la compraventa a los contratos de permuta. La norma del artículo 1175 del Código Civil argentino dice: «En todo lo no previsto por el presente Capítulo

<sup>9</sup> Geach 1972.

<sup>10</sup> Schauer 1991: 200.

se aplican supletoriamente las normas de la compraventa». En este ejemplo nadie discute que (i) los casos de permuta no son casos de compraventa y (ii) los jueces tienen el deber supletorio de aplicar las normas de la compraventa para justificar su decisión en casos de permuta que no han sido específicamente regulados.

Rodríguez señala, sin embargo, que «no hay ninguna necesidad de reconstruir las cosas de este modo»<sup>11</sup>. Su argumento propone un ejemplo según el cual ciertos aspectos del pacto comisorio no han sido regulados en las disposiciones relativas a la permuta. Luego, en la misma página, añade:

El juez no podrá justificar su decisión sobre la exclusiva base de una norma que consagra el pacto comisorio tácito para los contratos de compraventa por la sencilla razón de que, como el caso individual aludido no es un supuesto de compraventa, no podría derivarse de la norma en cuestión ninguna solución a su respecto<sup>12</sup>.

En este argumento se insinúa una razón para enfatizar la conexión entre aplicabilidad interna y externa: las normas no se pueden aplicar a los casos que no regulan. En la próxima sección volveré sobre esta idea. Ahora solo destacaré que estoy completamente de acuerdo con Rodríguez en que “no hay ninguna necesidad de reconstruir las cosas” del modo que propongo, al igual que no hay ninguna necesidad de seguir las propuestas que Jorge favorece. En mi opinión, la decisión del juez se basa en comprobar que ninguna norma de la permuta se aplica al pacto comisorio tácito y que alguna norma de la compraventa regula esas situaciones. Si el juez determina que se cumplen ambos requisitos, entonces puede justificar su decisión mediante tres premisas: (i) La norma supletoria del artículo 1175, (ii) la norma específica de la compraventa que regula el pacto comisorio, y (iii) la declaración de que el pacto comisorio en la compraventa es análogo al pacto comisorio en la permuta.

La base del razonamiento podría construirse a partir del siguiente esquema:

*Premisas*

- 1) Son aplicables (i.e., deben aplicarse) las normas de la compraventa a los casos de permuta que no estén regulados en el Código Civil
- 2) El pacto comisorio está regulado en las normas referidas a la compraventa
- 3) El pacto comisorio no está regulado por las normas relativas a la permuta en el Código Civil.
- 4) El caso C es un caso de pacto comisorio en la permuta

*Conclusión*

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

---

<sup>11</sup> Rodríguez 2021: 357.

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 357.

Por supuesto, este esquema no constituye una demostración válida – para ello habría que añadir un puñado de premisas intermedias – pero muestra que no es necesario crear una norma analógica o ampliar la aplicabilidad interna de las normas de la permuta para resolver adecuadamente este problema.

Otros ejemplos de normas que son internamente aplicables, pero que carecen de aplicabilidad externa, son los de normas que se encuentran en *vacatio legis* o disposiciones legales que se encuentran suspendidas (e.g., ciertos derechos constitucionales en casos de estado de excepción, o estado de sitio). A esto Rodríguez responde que «en ambas situaciones parece más adecuado considerar que las normas en cuestión no son aplicables sencillamente porque no los regulan»<sup>13</sup>. Sin dudas, contra lo que señala Rodríguez, en mi opinión, es más sencillo responder que en ambas situaciones las normas no son aplicables porque hay otras normas superiores que prohíben su aplicación.

Por último, supongamos que una norma, como las del 214 y 215 del antiguo Código Civil argentino, que prohibía a un matrimonio divorciarse antes de tres años de la celebración del matrimonio. Esa norma fue declarada inconstitucional en diversas ocasiones. Por ejemplo, en 2013 un tribunal de Bariloche concluyó que esa limitación era inaplicable y procedió a declarar el divorcio. En este caso, en contra de lo que piensa Rodríguez, sería artificioso suponer que esa declaración de inconstitucionalidad no se refiere a la aplicabilidad externa de la norma, sino que solo era un recorte del ámbito personal de validez. Para Rodríguez, tal vez la declaración de inconstitucionalidad sería una modificación del ámbito personal de validez de los artículos 214 y 215 de manera que ellos ya no se referirán a los que impulsaron la acción de inconstitucionalidad. La implausibilidad de esa reconstrucción se advierte cuando imaginamos que uno de los miembros de esa pareja divorciada contrae nuevamente matrimonio. Pero, en caso de que hubiera intentado divorciarse antes de los tres años de su nuevo matrimonio hubiera sido necesario petitionar nuevamente la inconstitucionalidad. Sin embargo, esta exigencia no se puede ahora explicar fácilmente ya que, por hipótesis, los artículos 214 y 215 no se refiere a este individuo.

## 5. Aplicabilidad y aplicación de normas

Una razón para insistir en que la aplicabilidad interna es una condición necesaria de la aplicabilidad externa es que sería imposible aplicar una norma a un caso que ella no regula. Por ejemplo, según Kelsen, «si no se han producido las circunstancias determinadas por la norma [...] ella no puede ser *aplicada*. Si los jueces dijeran que la aplican, tal aseveración sería falsa»<sup>14</sup>. Ricardo Caracciolo ofrece una defensa

<sup>13</sup> Rodríguez 2021: 359.

<sup>14</sup> Kelsen 2005: 70.

sofisticada de esta idea y, en general, Rodríguez suscribe ese argumento<sup>15</sup>. Para Caracciolo, la aplicación de normas a hechos exige que sea verdad que ha ocurrido el evento descrito por la proposición acerca de los hechos. Así, Caracciolo añade:

Si la proposición es falsa, no se aplica la norma a un hecho, sencillamente porque los únicos hechos son los hechos que existen o han existido. Los jueces sólo aplican, entonces, normas jurídicas a hechos cuando las premisas empíricas de sus sentencias son verdaderas. Cuando la verdad es considerada irrelevante, habría que admitir que sólo participan en una especie de juego lingüístico, que seguramente cumple una función ideológica: la de satisfacer un mero ritualismo, que encubre la privación arbitraria de bienes<sup>16</sup>.

De este modo, la aplicabilidad interna de una norma se asume como una condición necesaria de su aplicabilidad externa. En caso contrario, continuaría el argumento, los jueces se enfrentarían a una obligación imposible de satisfacer ya que el deber de aplicar una cierta norma solo se actualiza en casos en que esa norma efectivamente regule el caso en cuestión.

Este argumento, sin embargo, no es concluyente, salvo que se entienda como una estipulación específica de «aplicación de normas». En general, nuestro concepto de aplicación es más amplio y se refiere a la operación de invocar o usar una norma para resolver una cierta situación. Este concepto es compatible con una “aplicación errónea” de las normas y es la base desde la que parte numerosos teóricos del derecho. Por ejemplo, el mismo Kelsen recoge esta idea cuando afirma que se aplica una norma coactiva si se ejecuta la sanción prevista, o se aplica una norma penal cuando un fiscal solicita una determinada condena por un delito que, en su opinión, ha cometido el imputado, o cuando un acreedor, haciendo uso de una facultad conferida en el ordenamiento, inicia una demanda contra su deudor<sup>17</sup>. En todos estos casos, se aplica una determinada norma con independencia de que ella efectivamente regule el caso en cuestión.

En general, las normas que los jueces deben aplicar en la solución de una controversia están determinadas por la prueba producida en el marco de un proceso judicial. Con frecuencia, los hechos probados en un cierto juicio no coinciden con los sucesos que efectivamente han ocurrido. Sobre la base de la prueba producida, los jueces declaran que un caso individual (del universo del discurso en cuestión) es un caso individual de un cierto caso genérico, e.g., el caso C. Una vez que se completa esa subsunción, los jueces aplican las normas generales que correlacionan a C con una cierta solución normativa. Por ejemplo, en la novela *Los Hermanos Karamozov*,

<sup>15</sup> Véase Caracciolo 2013 y Rodríguez 2021: 752.

<sup>16</sup> Caracciolo 2013: 16. Para un análisis de esta tesis, véase, Navarro 2014.

<sup>17</sup> Kelsen 2005: 64-65.

en el libro duodécimo titulado «un error judicial», se narra el juicio de Dimitri por la muerte de su padre Fiódor. Esta muerte es un caso individual del universo del discurso de los homicidios. Las pruebas producidas en el proceso señalaban a Dimitri como autor de ese homicidio y es declarado culpable por el jurado, a pesar de que, en la ficción de Dostoievski, Dimitri no mató a su padre. En su reconstrucción de este famoso caso, Rodríguez no discute que Dimitri debe ser castigado por homicidio, sino que distingue entre «casos individuales» y «casos judiciales»<sup>18</sup>. De este modo, Rodríguez sostiene que la norma del homicidio no se aplica al caso individual de Dimitri porque este no había matado a su padre, pero niega que la norma del homicidio sea externamente aplicable ya que los jueces no deben aplicar esa norma a casos que no son de homicidio. Si, en cambio, nos referimos a los *casos judiciales*, es decir, al modo en que se han clasificado los eventos en el marco del proceso, la norma del homicidio «no solo sería externamente aplicable al “caso” de Dimitri, esto es a los hechos tal como quedaron probados en el juicio, sino que así delimitados los hechos ella regulaba ese caso»<sup>19</sup>.

En mi opinión, en el contexto de la ficción de Dostoievski, no hay una norma en el derecho ruso que diga algo así como «Deben castigarse por homicidio a todos los que se han declarado culpables en el marco de un proceso judicial». Para bien o mal, nuestro conocimiento del mundo es imperfecto y nada nos garantiza una certeza absoluta acerca de lo que ha ocurrido. Por ello, una vez que advertimos que se ha cometido un error judicial, no decimos que, por ejemplo, la norma del homicidio no ha sido aplicada, sino que lisa y llanamente decimos que ha sido mal aplicada porque no regulaba el caso en cuestión. Nos esforzamos en mitigar nuestros errores ofreciendo remedios institucionales para reparar nuestras equívocas; esos remedios son especialmente importantes en los contextos en los que los jueces deben aplicar y aplican normas que posteriormente admitimos que no regulaban los hechos del caso.

## 6. Conclusiones

No tengo reparos en admitir – como remarca Rodríguez – que las intuiciones que guían mi reconstrucción de la aplicabilidad son vacilantes<sup>20</sup>. En gran medida, esas oscilaciones son el producto de integrar piezas diferentes en un mismo puzle conceptual. Por ejemplo, las relaciones entre aplicabilidad interna y externa dependen del modo en que se identifiquen las normas y parece obvio que los criterios

---

<sup>18</sup> Para esta distinción, véase Navarro 1993: 250 y Navarro 2005: 120.

<sup>19</sup> Rodríguez 2021: 754.

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 356.

aceptados normalmente en la teoría jurídica son, en cierta medida, incompatibles<sup>21</sup>. En palabras de Joseph Raz:

[...] al decidir sobre un principio de individuación deben tenerse en cuenta dos objetivos contradictorios y lograr un equilibrio adecuado entre ellos. El primero es definir unidades de derecho pequeñas y manejables, unidades que podrían descubrirse por referencia a una porción pequeña y fácilmente identificable del material legal. El otro objetivo es definir unidades que sean relativamente autónomas y que se expliquen por sí mismas, de modo que cada una contenga una parte significativa del derecho. Naturalmente, cuanto más se “pone” en una norma, ella es más autocontenida y autoexplicativa. Al mismo tiempo se vuelve más complicado y más difícil de descubrirla<sup>22</sup>.

La aplicabilidad externa gana protagonismo en la medida en que nuestras normas sean unidades pequeñas, que se reflejan en las diferentes formulaciones normativas – e.g., artículos de un código – que la autoridad comunica a sus destinatarios. Esta es la información que ellos, los ciudadanos, pueden comprender y aplicar sin necesidad de recurrir a nuevas instrucciones de la autoridad. Por el contrario, la aplicabilidad interna busca expandir nuestra identificación de las normas hacia unidades autónomas, que integran diferentes porciones de material normativo.

Cada una de estas estrategias ofrece ventajas y desventajas, con un profundo impacto sobre nuestras explicaciones de la normatividad del derecho, la justificación de las decisiones judiciales, la eficacia de las normas jurídicas, etc. Por ello, es difícil que exista un único conjunto de criterios que pueda servir para armonizar de manera consistente con todas nuestras intuiciones relevantes sobre la aplicabilidad del derecho.

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. E., Bulygin, E. (2021). *Definiciones y normas*, en Id. *Análisis lógico y derecho* (2ª ed.), Madrid, Trotta, 459-482.
- Bulygin, E. (2021). *Sentencia judicial y creación de derecho*, en Alchourrón, C.E., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho* (2ª ed.), Madrid, Trotta, 383-396.
- Caracciolo, R. (2013). *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*, «Isonomía», 38, 13-34.
- Geach, P. (1972). *History of a Fallacy*, en Id. *Logic Matters*, Oxford, Oxford University Press, 1-13.

---

<sup>21</sup> Nino 1985: 201-203.

<sup>22</sup> Raz 1970: 115.



- Kelsen, H. (2005). *Validez y eficacia del derecho*, en Kelsen, H., Bulygin, E., Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Navarro, P. E. (1993). *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*, «Doxa» 14, 243-268.
- Navarro, P. E. (2005). *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, «Isonomía», 22, 99-122.
- Navarro, P. E. (2014). *Hechos y normas aplicables: Comentarios en torno a una propuesta de Ricardo Caracciolo*, «Isonomía» 40, 147-159.
- Navarro, P. E., Moreso, J.J. (1997). *Effectiveness and the Applicability of Legal Rules*, «Law and Philosophy», 16(2), 201-219.
- Navarro, P. E., Orunesu, C., Rodríguez, J. L., Sucar, G. (2004). *Applicability of Legal Norms*, «The Canadian Journal of Law and Jurisprudence», XVII(2), 337-359.
- Navarro, P. E., Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press.
- Pino, G. (2012). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, en Martí, J. Ll., Moreso, J.J. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 57-96.
- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford, Oxford University Press.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991a). *Exceptions*, «Chicago Law Review» 58, 871-899.
- Schauer, F. (1991b). *Playing by the Rules*. Oxford, Oxford University Press.
- Waluchow, W.J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Oxford University Press.



# Reflexiones sobre la existencia y los límites de las reglas sociales a partir de la *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez

Natalia Scavuzzo\*

## Resumen

En este trabajo se analiza cómo la forma en que Rodríguez da respuesta al problema de los desacuerdos en el derecho deja translucir una tensión permanente en la teoría analítica del derecho entre el aspecto empírico y el aspecto abstracto de las reglas. Se argumenta respecto de la importancia, para el análisis del conocimiento de normas jurídicas y el análisis de las condiciones de verdad de las proposiciones sobre el derecho, de considerar qué son y cuándo existen las reglas sociales. Específicamente se defiende la tesis según la cual, para salvar la tensión entre el aspecto empírico y el abstracto del derecho, es necesario considerar el aspecto externo de las reglas y asumir el punto de vista interno.

**Palabras clave:** Desacuerdos. Aspectos empírico y abstracto de las reglas. Reglas sociales. Aspecto externo de las reglas. Punto de vista interno.

## Abstract

This paper analyses how Rodríguez's response to the problem of legal disagreements in law reveals a constant tension in the analytical theory of law between the empirical and the abstract aspect of rules. It claims that for the knowledge of legal norms and the analysis of the truth conditions of propositions about the law, it is of utmost importance to consider what social rules are and when they exist. Specifically, it argues for the thesis that it necessary to consider the external aspect of rules and to assume the internal point of view to resolve the tension between the empirical and abstract aspects of law.

**Keywords:** Disagreements. Empirical Aspect and Abstract Aspect of Rules. Social Rules. External Aspect of Rules. Internal Point of View.

---

\* Istituto Tarelo per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, nataliascavuzzo@hotmail.com.

## 1. Introducción

En su *Teoría analítica del derecho*, Rodríguez hace un recorrido por casi todos (por temor a olvidar alguno no considerado) los temas centrales de la filosofía del derecho analítica contemporánea. Lo particularmente valioso de este recorrido es la exhaustividad, profundidad y la claridad de presentación de temas sumamente complejos. Esta claridad es lo que posibilita vislumbrar algunos puntos en los que tal vez la teoría analítica del derecho contemporánea podría ahondar todavía más en su búsqueda de clarificación.

En su libro, Rodríguez toma partido por un teoría positivista y analítica del derecho. Comparto la mayor parte de las tesis presentadas en el libro, pero me interesa profundizar en un punto que evidencia una tensión constante en la teoría del derecho: cómo conciliar el aspecto empírico y la faz de contenido abstracto de las normas. En esta oportunidad me concentraré en el argumento que Rodríguez ofrece para, desde el positivismo jurídico, dar respuesta a su presunta incapacidad para dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. En particular, me propongo considerar si el *convencionalismo profundo*, de la forma que Rodríguez la presenta, puede darnos los elementos necesarios para esta tarea<sup>1</sup>.

La intuición que guía este trabajo es que su forma de entender el convencionalismo profundo es problemática y esto se deriva en parte de su manera de entender la noción de “regla social” en general y de “regla de reconocimiento” en particular<sup>2</sup>. Lo que deja entrever este análisis es la tensión presente y persistente entre el aspecto empírico y el aspecto ideal o abstracto de la noción de regla<sup>3</sup>.

Para esto, en un primer momento, se presentará la crítica según la cual el positivismo jurídico no sería capaz de dar cuenta de los desacuerdos en el derecho y la forma en que Rodríguez busca responder a esta crítica (sección 2). Posteriormente, se evidencia la tensión que surge respecto de la existencia de reglas en esta forma de entender la idea de convencionalismo profundo. Se pone de manifiesto la relevancia, a los fines de una correcta determinación del problema, de la conceptualización de la noción de regla social y de la existencia de reglas sociales (sección 3). De estas conceptualizaciones se extraen algunas conclusiones sobre el conocimiento de reglas (sección 4). Finalmente, se reflexiona sobre la importancia de considerar

---

<sup>1</sup> Este trabajo nace en el contexto del Seminario dedicado a la discusión del libro de Jorge Rodríguez *Teoría analítica del derecho*, como un intento por clarificar y desarrollar una pregunta que formulé al autor. Es de notar también que en el seminario especialmente sugerente para esta empresa fue la intervención de Sebastián Figueroa Rubio, quien específicamente cuestionó la forma de entender la Regla de Reconocimiento. Quiero agradecer especialmente a Riccardo Guastini, Pablo Rapetti y Alejandro Calzetta por haber leído y discutido el borrador de este trabajo.

<sup>2</sup> En el trabajo se utilizan los términos “norma” y “regla” de forma indistinta, ya que según los diferentes autores consultados cambia la denominación usada.

<sup>3</sup> Al respecto véase, Arena 2014: 42-44; Caracciolo 2009.

el aspecto interno y externo de las reglas para su conocimiento y cómo esto influye en la forma en que entendemos las conclusiones convencionalistas respecto de los desacuerdos (sección 5).

## 2. Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico

En su texto Rodríguez explica que, sobre la base de la crítica de Dworkin a Hart, diversos autores han objetado al positivismo jurídico respecto de su capacidad para dar cuenta de la práctica jurídica<sup>4</sup>. Advierte el autor que el positivismo jurídico se encuentra generalmente asociado a una posición convencionalista sobre la ontología de las normas<sup>5</sup>. Se ha argumentado que el convencionalismo sería irreconciliable con el carácter controvertido de la práctica jurídica. Esto es lo que generalmente ha sido llamado el “argumento del contraste con la práctica”, según el cual hay una distancia insalvable entre la forma en que el convencionalismo explica al derecho y cómo la práctica jurídica es en realidad<sup>6</sup>.

Siguiendo a Marmor, Rodríguez explica que para el positivismo jurídico las reglas o convenciones sociales que prevalecen en la sociedad son las que determinan las acciones y procedimientos que crean derecho, i.e. las condiciones de validez jurídica<sup>7</sup>. De esta forma, «las convenciones se basan en un patrón de acuerdo, una convergencia de creencias; una vez que su aplicación se torna problemática, no habría fundamento alguno para seguir argumentando sobre la base de estas convenciones dado que por hipótesis habría cesado su fuerza vinculante»<sup>8</sup>.

En otras palabras, cuáles son las normas jurídicas que existen y pertenecen a un sistema jurídico son aquellas determinadas por “la regla o convención social”, que depende del acuerdo entre los participantes de la práctica en cuestión. Por lo tanto, mientras se mantenga el acuerdo entre los sujetos de la práctica podemos individualizar cuál es la regla o convención existente. Parecería que «[l]a tesis de las fuentes sociales implica que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo en la comunidad acerca de sus casos de aplicación correcta»<sup>9</sup>. En los casos de desacuerdo, en cambio, allí donde los participantes de la práctica debaten y argumentan, defendiendo la existencia de reglas con contenido diverso, el convencionalismo no podría explicar que efectivamente exista una regla.

<sup>4</sup> Véase Rodríguez 2021: 635 – 651.

<sup>5</sup> Con relación al problema de la ontología de las normas, para muchos autores el convencionalismo parece ser la única opción entre el objetivismo y el escepticismo.

<sup>6</sup> Bayón 2002: 58.

<sup>7</sup> Rodríguez 2021: 640.

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 641.

<sup>9</sup> Rodríguez 2021: 641.

Rodríguez compara las respuestas que dentro del positivismo jurídico Guastini y Marmor dan a esta cuestión. Para Marmor, «una norma convencional está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares, en el sentido de que su existencia depende exclusivamente de dicha práctica»<sup>10</sup>. Por lo que la falta de acuerdo en la aplicación mostraría que no hay regla jurídica y, por lo tanto, una solución para el caso base del desacuerdo. Según Guastini, en cambio, la tesis de las fuentes sociales del positivismo jurídico solo se refiere a la identificación de las formulaciones normativas. Estas pueden identificarse sin realizar valoraciones y los desacuerdos en las interpretaciones de las fuentes no afectan la identificación de las formulaciones<sup>11</sup>.

Para Rodríguez tanto la respuesta de Marmor como la de Guastini son insuficientes, ambas afectadas de una forma diferente de reduccionismo. La posición de Guastini, en primer lugar, parece implicar que las normas siempre dependen de su formulación en el lenguaje ya que la norma es el producto de la interpretación de ese texto<sup>12</sup>. Esto sería insuficiente según Rodríguez, ya que no tendría en cuenta que no todas las normas corresponden a una formulación expresa<sup>13</sup>. En segundo lugar, la solución de Guastini sería problemática por cuanto llevaría a un regreso al infinito. Para identificar la norma (significado) es necesario interpretar la formulación normativa (texto), el resultado de este acto interpretativo sería otra formulación normativa (texto) que a su vez podría ser interpretada, y así sucesivamente.

Por el otro lado, la solución de Marmor nos llevaría según Rodríguez a la paradoja escéptica de *Kripkenstein*<sup>14</sup>. En sus palabras:

La posición de Marmor, por su parte, importaría adoptar la forma alternativa de reduccionismo: las normas equivalen a regularidades. Al sostener que la única realidad de una norma convencional es la práctica de su aplicación, y siendo que esa práctica está conformada por un conjunto de aplicaciones que resultan compatibles con una multiplicidad de reglas distintas, desde este punto de vista no sería posible ofrecer respuesta alguna al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein. Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer ninguna pauta de

<sup>10</sup> Rodríguez 2021: 645.

<sup>11</sup> Esta posición puede verse también desarrollada en Ratti, Dolcetti 2013. Los autores defienden la idea de que tanto el acuerdo en la identificación de las fuentes como el desacuerdo en la interpretación de tales fuentes son aspectos característicos del derecho.

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 647.

<sup>13</sup> Rodríguez 2021: 647. De todas formas, sería importante resaltar que Guastini reconoce la existencia de normas implícitas como producto de la “construcción jurídica” que realizan los intérpretes. Cf. Guastini 2017: 165-174.

<sup>14</sup> En su notable trabajo *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Kripke presenta una lectura escéptica de los pasajes de *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein sobre seguir una regla. Véase, Kripke 1982.

corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasada de acuerdo con alguna regla<sup>15</sup>.

Es decir que solo observando casos de aplicación nunca podríamos saber cuál es la regla existente, ya que un mismo acto podría considerarse una forma de aplicar diversas reglas<sup>16</sup>.

En virtud de ambas críticas, Rodríguez sostiene que es necesaria una concepción de las fuentes sociales que esté en condiciones de dar respuesta al desafío de los desacuerdos. Tal respuesta no puede limitarse a sostener que las convenciones sociales solo permiten identificar textos, pero tampoco puede considerar que las normas se identifiquen con los acuerdos respecto de sus casos de aplicación<sup>17</sup>. La forma más aceptable, desde el positivismo jurídico, para dar respuesta al desafío de los desacuerdos en la práctica sería el *convencionalismo profundo* que presenta Bayón<sup>18</sup>.

Para Rodríguez, según el convencionalismo profundo el positivismo no requeriría un acuerdo en la aplicación efectiva de las normas del sistema, sino en el acuerdo sobre los criterios que guían la aplicación de estas. Los desacuerdos en la aplicación concreta no obstarían a que exista acuerdo respecto de los criterios que deben seguirse para aplicar las normas. Afirma Rodríguez,

De conformidad con lo que Juan Carlos Bayón ha calificado como *convencionalismo profundo*, para poder afirmar que una comunidad comparte efectivamente ciertos criterios de corrección no es necesario que cada uno (y ni siquiera que alguno) de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones efectivas. La existencia de criterios públicos se muestra o se exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de las reglas jurídicas, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso, pero esto solo requiere un conocimiento tácito de los criterios de corrección, por lo que a cada individuo no tienen que resultarles perfectamente transparentes. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica respecto de un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que esa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, *porque es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las*

---

<sup>15</sup> Rodríguez 2021: 647.

<sup>16</sup> Según el argumento de Kripke de la paradoja escéptica, una regla nunca fijaría un único curso de acción ya que no hay ningún hecho ni externo ni interno al sujeto que pueda fijar el significado. No obstante, es importante señalar que esta lectura escéptica de Wittgenstein no es compartida por gran parte de la literatura especializada. Cf., por ejemplo, Baker, Hacker 1984; Medina 2002; Winch 2008.

<sup>17</sup> Rodríguez 2021: 647.

<sup>18</sup> Véase Bayón 2002.

*aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas*<sup>19</sup>.

Rodríguez, a partir de esta idea según la cual la corrección en la aplicación de una regla está determinada por *el trasfondo de criterios compartidos y no el acuerdo explícito en la aplicación*, distingue entre acuerdos y desacuerdos superficiales y profundos. Explica que:

Un acuerdo o desacuerdo es *superficial* cuando se refiere a los casos de aplicación de una regla, mientras que *profundo* cuando recae sobre los criterios que guían tales aplicaciones. La combinación que puede presentarse entre estas formas de acuerdo y desacuerdo permite diferenciar cuatro situaciones: *a)* Acuerdo superficial y acuerdo profundo. *b)* Desacuerdo superficial y desacuerdo profundo. *c)* Acuerdo superficial y desacuerdo profundo. *d)* Desacuerdo profundo y acuerdo profundo<sup>20</sup>.

En el caso en que existiera un desacuerdo profundo, no existiría entonces regla. Esto, sin embargo y como también explica Rodríguez, no nos llevaría a sostener que no hay desde el derecho una forma de resolver los casos sobre los que confluyen posibles aplicaciones contrarias. En estos casos “las reglas secundarias del sistema jurídico podrían autorizar al juez a decidir discrecionalmente o a tomar en cuenta normas morales para morigerar la aplicación de las reglas jurídicas”<sup>21</sup>.

Sin embargo, como se adelantó, no considerar la aplicación efectiva (especialmente en casos de desacuerdos superficiales y acuerdos profundos) adeuda una necesaria explicación respecto de la existencia de reglas sociales.

### 3. El concepto de regla social y la existencia de reglas sociales

#### 3.1. La existencia de reglas sociales en la propuesta de Rodríguez

Hasta aquí, el convencionalismo profundo de Bayón permite a Rodríguez sostener que para que exista una regla lo que es necesario es el acuerdo sobre la existencia de la regla (sobre los criterios que guían su aplicación), aunque esto no se vea reflejado en la práctica de aplicación. Es decir que podría darse el caso de aplicaciones divergentes de la regla pero que, sin embargo, no haya un desacuerdo en relación a cuáles son los criterios de aplicación.

Entiendo que esta idea es problemática, y el problema es el siguiente: ¿cuándo entonces sabemos que existe una regla? En diversos momentos del trabajo surge

---

<sup>19</sup> Rodríguez 2021: 648. El énfasis me pertenece.

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 649.

<sup>21</sup> Rodríguez 2021: 649.



esta tensión entre, por un lado, la idea de regla como contenido de significado que es independiente de su efectivo seguimiento o aplicación y, por el otro, el aspecto empírico de la acción de seguir o aplicar una regla.

Vemos, por ejemplo, que al referirse a la regla de reconocimiento Rodríguez sostiene, siguiendo a Bulygin, que esta es una regla conceptual<sup>22</sup>, pero sobre esta afirma que «tampoco podría decirse que se trate necesariamente de una norma que es de hecho seguida en una cierta comunidad»<sup>23</sup>. Parecería entonces que la regla de reconocimiento se identifica así con un contenido que no requiere de su efectivo seguimiento para ser existente<sup>24</sup>. Rodríguez, al analizar la posición de Marmor según la cual la regla de reconocimiento es una convención constitutiva, argumenta que la noción de una regla constitutiva no es compatible con la noción de regla convencional. Su argumento es que las reglas constitutivas no requieren ser necesariamente practicadas. A menos que, en un sentido trivial se sostenga que una regla deba ser necesariamente practicada para poder sostener que esta “existe”<sup>25</sup>.

En apoyo a su argumento Rodríguez sostiene que Hart, al distinguir entre una regla última y una regla suprema, aceptaría que la constitución vigente en determinado ordenamiento jurídico podría derivar su validez de una constitución anterior lo que nos conduciría al final de la cadena de validez a la primera constitución histórica que sería una regla última pero no suprema. De esta forma, según Rodríguez, en Hart la regla de reconocimiento no debe ser necesariamente seguida<sup>26</sup>.

En un sentido similar (aunque en relación con otro tipo de reglas), al analizar la prioridad conceptual del concepto de deber jurídico, Rodríguez señala que el punto de vista interno o la aceptación no serían necesarias para hablar de obligación jurídica<sup>27</sup>. La razón es que para él tiene sentido sostener que existe una obligación jurídica aun cuando las personas no siguen o aceptan las reglas que imponen estas obligaciones. Por lo tanto, la aceptación o el seguimiento en relación con una regla jurídica no es necesario para que esta regla exista<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> En el texto, Rodríguez distingue tres posibles formas de entender la regla de reconocimiento: como convención constitutiva, como definición y como regla conceptual (presupuesta) que atribuye validez a la primera constitución. Véase Rodríguez 2021: 479-487.

<sup>23</sup> Rodríguez 2016; 2020: 485. Esto es llamativo. ¿Podríamos pensar en una regla de reconocimiento no seguida? Tal vez en un sistema patológico, y en el momento de la interrupción de un sistema.

<sup>24</sup> Cf. Rodríguez 2016.

<sup>25</sup> Según Rodríguez, solo se puede pensar en la existencia de una regla constitutiva en abstracto.

<sup>26</sup> No es el momento de analizar aquí este argumento, pero podría cuestionar esta asimilación entre la primera constitución histórica y la regla de reconocimiento. Como de hecho luego Rodríguez sugiere, puede entenderse que la regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica de considerar a la primera constitución histórica como la regla última del sistema (regla que contiene los últimos criterios de validez).

<sup>27</sup> Rodríguez 2021: 283.

<sup>28</sup> Dado la complejidad y la diversidad de reglas en el sistema jurídico, podría sostenerse que, si bien no todas las reglas jurídicas deben seguirse o aceptarse para ser existentes, la existencia de una

Estos ejemplos muestran que Rodríguez utiliza en estos casos una noción de regla social cuya existencia no depende de su efectivo seguimiento o aplicación.

### 3.2 ¿Qué es una regla social y cuándo existe?

De estas consideraciones puede advertirse que la noción de regla social presu- puesta resulta problemática, ya que tradicionalmente las reglas sociales se definen por la convergencia del aspecto interno y externo<sup>29</sup>. Es decir, que tanto la regularidad en la aplicación como la actitud crítico-reflexiva de considerarla un estándar de conducta (lingüística o extralingüística), son los elementos constitutivos de la noción de regla social. En este sentido, la regla surge de una práctica social y es un contenido de significado que en la práctica es efectivamente usado para guiar y justificar la conducta conforme a la regla, los actos de reproche o conformidad y los actos lingüísticos que a ellas se refieran o las presupongan. Esta es conocida como la teoría práctica de las reglas.

Podríamos decir, haciendo un veloz recorrido exegético, que la noción de regla social deriva de la noción de regla de Wittgenstein en el campo de la filosofía del lenguaje y llega a la teoría del derecho de la mano de Hart, quien se vio influenciado en Oxford por los pensadores del llamado “giro lingüístico”<sup>30</sup>. Siguiendo a Wittgenstein las reglas son la explicación y la justificación de los usos que tienen lugar solo en el contexto de una cierta práctica.

En esta perspectiva, el seguimiento de reglas es un fenómeno público constituido por el acuerdo de los participantes sobre la aplicación de las reglas. El conocimiento de las reglas implica, como explica Bayón, dominar una técnica; es una habilidad. Su comprensión radica en la capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos, no es un estado mental. La formulación de una regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de seguir correctamente la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante. Seguir una regla es una práctica aprendida a través de un entrenamiento que fija la relación interna o conceptual entre la regla y los casos de su aplicación.

---

obligación es posible dado que ya necesariamente se sigue y acepta una regla de reconocimiento (en el sentido que se verá seguidamente) para identificar las normas que imponen dichas obligaciones.

<sup>29</sup> Hart 2011: 71.

<sup>30</sup> Wittgenstein pone en escena varios conceptos centrales que podemos reconocer en la teoría hartiana del derecho: la importancia del contexto y la noción de juego del lenguaje; el seguimiento de reglas; cómo seguir una regla es una práctica que se aprende a través de un entrenamiento que fija la relación interna o conceptual entre la regla y los casos de su aplicación; la relevancia del acuerdo en las definiciones y en las aplicaciones; la noción de caso claro; la distinción entre interpretación y comprensión. Véase Wittgenstein 1999.

Estas consideraciones sobre el uso del lenguaje son tomadas, por ejemplo, por Peter Winch en el ámbito de las ciencias sociales. Winch recoge las ideas de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para comprender el uso del lenguaje – cómo todos los usos del lenguaje están gobernados por reglas –, e intenta aplicarlas en forma más general a todo comportamiento humano<sup>31</sup>. A su vez, Hart también toma estas nociones y las aplica a la teoría del derecho. A partir de estos elementos podemos ver el origen de su teoría práctica de las reglas.

Rodríguez señala que la teoría práctica de las reglas ha sido puesta en discusión y que el propio Hart reconoce que esta teoría tiene problemas para dar cuenta de todas las reglas jurídicas. Sin embargo, Hart insiste en que, de todas formas, la teoría práctica de las reglas sí es aplicable a la regla de reconocimiento<sup>32</sup>. En sus palabras,

Mi explicación de reglas sociales, como de nuevo Dworkin ha correctamente sostenido, es aplicable únicamente a las reglas que son convencionales en el sentido que ahora he explicado. Esto estrecha considerablemente el horizonte de mi teoría práctica y no la considero, ahora, una correcta explicación de la moralidad, sea individual o social. Sin embargo, la teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las reglas sociales convencionales, las cuales comprenden, además de costumbres sociales ordinarias (que pueden ser o pueden no ser reconocidas como teniendo fuerza jurídica), ciertas reglas jurídicas importantes, incluyendo la regla de reconocimiento, la cual es, en efecto, una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales. Las reglas jurídicas legisladas, en contraste, aunque son identificables como reglas jurídicas válidas por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, pueden existir como reglas jurídicas desde el momento de su promulgación, antes de que haya surgido cualquier ocasión para su aplicación, y la teoría práctica no les es aplicable<sup>33</sup>.

Efectivamente, podemos advertir que, en el *Concepto de derecho*, la regla de reconocimiento tiene algunas características particulares que la diferencian de las demás normas jurídicas, pero que ella es sin lugar a dudas una regla social.

<sup>31</sup> Cf. Winch 2008.

<sup>32</sup> Como también lo indica Rodríguez en Rodríguez 2016: 89.

<sup>33</sup> Hart 2000: 33-34. Sin embargo, en este análisis no se distingue entre normas jurídicas que son el producto de un acto de promulgación y cuentan con una formulación canónica y normas jurídicas que son el producto de una práctica colectiva, entendidas generalmente como normas consuetudinarias, en virtud de que aun las normas que cuentan con su formulación autoritativa son entendidas como contenidos significativos. No obstante, efectivamente el aspecto empírico y, por lo tanto, su reconocimiento, puede variar en relación con las normas sociales de origen consuetudinario. El análisis tradicional sobre la existencia de las normas consuetudinarias ha considerado dos elementos necesarios uno externo y uno interno (*usus y opinión iuris* respectivamente), siendo Bobbio quien presenta un análisis monista, dejando de lado el aspecto interno a la hora de considerar la existencia del derecho consuetudinario. Cf. Bobbio 1942. Para un estudio sobre diversas formas de entender la existencia de normas consuetudinarias véase Chiassoni 2008.

Para empezar, es importante mencionar que la regla de reconocimiento no es ni válida ni inválida, a diferencia de las restantes reglas del sistema que son válidas (pertenecientes o existentes en un ordenamiento jurídico) cuando satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento. Siguiendo esta línea de pensamiento, los enunciados que afirman la validez de una regla jurídica son enunciados internos con relación a la regla de reconocimiento que es efectivamente usada o presupuesta<sup>34</sup>. Sin embargo, para Hart el enunciado que afirma la existencia de la regla de reconocimiento es un enunciado de hecho externo<sup>35</sup>.

Esto podría resultar confuso, pero corresponde tener presente que Hart aborda el tema de las reglas sociales específicamente pensando en el derecho (y en el lenguaje). Respecto de las reglas sociales propias de prácticas simples, las reglas consuetudinarias o la regla de reconocimiento, estas reglas se aprenden y se usan. La pregunta por su existencia, en Hart, puede ser sólo una pregunta externa respecto de si puede verificarse que un grupo tiene la práctica de seguirla. En este sentido, sostiene que

En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros<sup>36</sup>.

Así, en Hart, la noción de “existencia” está ligada al aspecto empírico, que podría identificarse con la constatación del aspecto externo de las reglas. Pero esto no es un aspecto trivial sobre la existencia, por el contrario, es de suma importancia por la comprensión de la noción de regla social. Considérese que esto es relevante, cuando distinguimos entre reglas sociales existentes y reglas sociales posibles.

De esta forma, explica Hart que la regla de reconocimiento “puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho”<sup>37</sup>. El punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento se traduce en aprender a utilizar la regla como criterio correcto para identificar las reglas jurídicas<sup>38</sup>.

Como se ha explicado ya, la regla por un lado se concibe como un contenido de significado, *i.e.* una entidad abstracta que nos permite justificar determinados actos

---

<sup>34</sup> Hart 2011: 135.

<sup>35</sup> Hart 2011: 137.

<sup>36</sup> Hart 2011: 127.

<sup>37</sup> Hart 2011: 139.

<sup>38</sup> Lo que no implica en realidad que no podamos imaginar enunciados sobre cuál es la regla de reconocimiento formulados por quienes participan de la práctica de identificar normas jurídicas. O enunciados sobre las reglas sociales consuetudinarias o de prácticas sociales simples formulados por quienes participan en estas prácticas.

(por ejemplo, actos de identificación), aunque su existencia dependa de ciertos hechos empíricos<sup>39</sup>. Aun si continuáramos con este uso del lenguaje y empleando el término “existencia” solo para indicar el aspecto empírico o externo de las reglas, esto no explica cómo funcionan y qué papel tienen estas reglas en la práctica en cuestión, ni permite individualizar, conocer cuáles son estas reglas, *i.e.* cuál es su contenido.

#### 4. Conocimiento y desacuerdo

Así la existencia de reglas sociales, en general, y la existencia de reglas jurídicas, en particular, por cuanto dependientes de la existencia de una práctica social es una cuestión bifronte. Dependiente de hechos empíricos, pero cuya identificación requiere a la vez la comprensión de un contenido abstracto. Siguiendo la noción de regla social antes expuesta, este contenido es la forma en la que los participantes justifican y explican sus actos dentro de una comunidad.

Si lo que nos interesa son las prácticas o los sistemas jurídicos reales (y no abstractamente posibles o imaginables), entonces el aspecto externo de la regla de reconocimiento no puede pasarse por alto. Más aun, dado que esta regla puede cambiar en el tiempo, la dimensión material de la existencia de esta no puede evadirse.

Considero que la teoría práctica de las reglas intenta conectar la noción de regla como un contenido de significado (abstracto) con la noción de práctica (empírica y concreta). Por esto es importante que la regla no se identifica con la práctica, sino que podríamos decir que la regla constituye un contenido abstracto que representa la forma en la que en una práctica se explican y justifican ciertos comportamientos y atribuciones de sentido (a ciertos actos) y significado (a ciertos textos). En este sentido su contenido es abstracto, pero dependiente de hechos empíricos (la práctica).

Ahora bien, cualquier observador externo que quiera describir las reglas sociales que sigue una comunidad deberá atender a los actos de aplicación y a los actos lingüísticos que las acompañan. Esta descripción efectivamente podría llevar a la paradoja escéptica de Kripkenstein, ya que desde el punto de vista externo todas las prácticas son *infra* determinadas. Siempre podríamos pensar que en realidad la regla que estos participantes siguen es diversa, la regla identificada podría consi-

---

<sup>39</sup> Cf. Redondo 2013, 2018. Un interesante aporte en este punto fue hecho por Arriagada en un reciente seminario sobre “*Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross. La defensa de una teoría analítica de las normas jurídicas*”, donde criticaba la posición reduccionista sobre las normas a meros hechos empíricos. Que las normas sean entidades abstractas pero cuya existencia depende de hechos empíricos es una posición crítica de las posiciones filosóficas tradicionales sobre la ontología de las normas. Según la visión tradicional, la cual las entidades son empíricas o no-empíricas y en el derecho se reflejado en lo que se llama las concepciones expresiva e hilética de las normas respectivamente. Al respecto véase, Alchourrón y Bulygin 1979. Un intento por indicar que ambas posiciones no son incompatibles ya que sirven para explicar aspectos diversos de las normas puede encontrarse en Guastini 2018.

derarse una hipótesis a verificar con los nuevos actos de los participantes. De esta forma, tanto el convencionalismo “estándar” o “profundo” (que no nos ha indicado cómo podría afirmar, en base a qué datos, la existencia del acuerdo en los criterios de aplicación), afrontan las mismas dificultades. El convencionalismo profundo de Rodríguez, a su vez, afronta una dificultad ulterior que vimos en el párrafo precedente: debe dar cuenta de la noción de existencia de reglas.

Así, a la hora de conocer las reglas, resultan relevantes tanto el acuerdo en el contenido de los criterios como en las aplicaciones. Como sugiere Rodríguez, si solo se consideran las aplicaciones, podríamos identificar diversas reglas compatibles con tales aplicaciones. Sin embargo, para reconocer el contenido de la regla es necesaria la comprensión de esta pauta. Aquí vemos cómo ambos elementos están necesariamente unidos y vemos también las dificultades o sin sentidos a los que llegamos cuando consideramos un solo aspecto. Desde ya que toda reconstrucción de la realidad necesariamente es un recorte, cómo seleccionamos que aspectos poner en evidencia, y cuáles no, puede alterar la utilidad misma de la reconstrucción. Creo que, para dar cuenta de la existencia de normas en un ordenamiento jurídico no puede pasarse por alto el rol central de la regla de reconocimiento, y entendida esta como una regla social ambos aspectos son de vital importancia: el interno y el externo.

De estas consideraciones podemos advertir que las reglas sociales requieren de la existencia de una práctica en la que entre los participantes hay acuerdo en las definiciones y las aplicaciones. Este es un problema más serio que lo que a simple vista podría parecer, no porque efectivamente allí donde no haya una práctica de aplicación no habría una regla social, sino por que reconocer un estándar de conducta implica dominar una técnica, entrenarse en una práctica. La idea es que la identificación, el conocimiento de una regla requiere dominar esa técnica. Las identificaciones externas son en algún sentido rigurosas y no comprometidas, pero parciales, infradeterminadas y, como hemos visto, generalmente insatisfactorias como descripciones fidedignas para quienes participan de la práctica. En este sentido, ninguna descripción externa podría estar segura de la objeción escéptica.

Creo que, si mostramos explícitamente esta tensión y la importancia que tienen tanto el aspecto interno como el externo para dar cuenta de las reglas sociales, especialmente la regla de reconocimiento, podemos ver que lo aquí dicho es compatible con lo que sostiene Rodríguez sobre las proposiciones acerca del derecho. Para el autor la identificación de las normas del sistema jurídico requiere el previo reconocimiento de los criterios dados por ciertas reglas conceptuales que deben ser reconocidas por quien quiere realizar la identificación<sup>40</sup>. Ahora bien, lo que he

---

<sup>40</sup> Rodríguez 2021: 668. En este trabajo se ha asumido la posición (también asumida por Rodríguez) según la cual la regla de reconocimiento es una regla conceptual. En el mismo sentido puede verse Bulygin 1991A y 1991B. Para una interpretación opuesta de la regla de reconocimiento como regla de conducta cf., por ejemplo, Ruiz Manero 1991; Raz 1979.

sugerido en este trabajo es que, en el caso del derecho, quien cumple esta función de brindar estos criterios es la regla social de reconocimiento. Y, además, que para dar cuenta en forma completa de la existencia de normas jurídicas y del valor de verdad de las proposiciones sobre el derecho no puede pasarse por alto el problema de la existencia de este tipo de regla social<sup>41</sup>.

## 5. Reflexiones finales

Desde ya que un análisis satisfactorio sobre el conocimiento de normas jurídicas requiere mucho más que la comprensión de qué son y cuándo existen las reglas sociales. Como también explica Rodríguez esto no agota la complejidad del problema de la existencia de normas jurídicas, pero creo que sí es necesariamente el punto de partida<sup>42</sup>.

La existencia de reglas sociales requiere la necesaria conciliación de los aspectos interno y externo, por lo que el conocimiento de normas existentes requiere también considerar ambos aspectos. Esto implica considerar a las normas tanto en su aspecto abstracto como en su aspecto empírico.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, en esta perspectiva la genuina descripción de las reglas existentes en un ordenamiento jurídico requeriría entonces necesariamente aprender la técnica del derecho. De esta forma solo podríamos afirmar que determinadas reglas existen y pertenecen al sistema jurídico si hemos aprendido a usar las reglas de una cultura jurídica en particular. Sin embargo, si el positivismo jurídico continúa con la idea de presentarse como una teoría externa del derecho, es decir que busca explicar y describir el derecho desde el punto de vista externo, entonces el convencionalismo es lo máximo a lo que puede aspirar y efectivamente allí donde termina la convención (donde pueden registrarse aplicaciones diferentes) termina el derecho. Como Rodríguez explica, los límites de los acuerdos son los límites del derecho<sup>43</sup>.

De todas formas, las consecuencias de estos límites se presentan mucho más devastadoras si nos quedamos posicionados en un punto de vista externo. Si consideramos la situación desde el punto de vista interno, conocer las reglas implica dominar una técnica y esto es compatible con casos de error en la aplicación, casos de desacuerdo sobre la mejor forma de aplicar o entender la regla y casos de cambio

<sup>41</sup> Para un análisis más detallado sobre este punto véase, Scavuzzo 2021.

<sup>42</sup> Efectivamente en los ordenamientos jurídicos encontramos diversos tipos de reglas, sin embargo, cualquier estudio sobre el convencionalismo jurídico y el positivismo convencionalista debería considerar el debate sobre la existencia de reglas sociales en general y de la “regla de reconocimiento” en particular. En este mismo sentido, Chiassoni 2008: 106.

<sup>43</sup> Esta posición es criticada por Rapetti quien defiende la “tesis de la asimetría” entre el conocimiento desde el punto de vista interno y externo. Cf. Rapetti 2019: 259-261.



de las técnicas en cuestión. Nunca está de más aclarar que muchas de nuestras prácticas más complejas (dejando de lado los ejemplos típicos del ajedrez y el fútbol) son prácticas heterogéneas (i.e. caracterizadas por una variedad de intereses, ideologías y perspectivas en continua negociación) y, en tanto dependientes de nuestras acciones de conformidad y de rechazo, se encuentran constantemente abiertas al cambio<sup>44</sup>. De esta manera, adoptando una perspectiva interna, el conocimiento de las reglas sociales existentes es compatible con los desacuerdos y los cambios de las prácticas de las que estas forman parte.

### Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México D.F.
- Arena, F. (2014). *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid.
- Baker, G. P., Hacker, P. M. S. (1984). *On misunderstanding Wittgenstein: Kripke's Private Language Argument*, «Synthese», 58(3), *Essays on Wittgenstein's Later Philosophy*, 407-450.
- Bayón, J. C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro P. E. y Redondo M. C. (eds.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, 57-92.
- Bobbio, N. (1942). *La consuetudine come fatto normativo*, C.E.D.A.M., Padova.
- Bulygin, E. (1991a). *Sobre la regla de reconocimiento*, en Alchourrón C. E., Bulygin E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 383-391.
- Bulygin, E. (1991b). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa», 9, 257-279.
- Caracciolo, R. (2009). *Existencia de normas*, en Id., *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 183-203.
- Chiassoni, P. (2008). *Tres buenos filósofos contra las malas costumbres (jurisprudencia analítica y teoría de la costumbre)*, «Doxa», 31, 105-142.
- Dolcetti, A., Ratti, G. B. (2013). *I disaccordi giuridici rivisitati*, en Ratti, G. B., *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Madrid, Marcial Pons, 137-160.
- Guastini, R. (2017) [2014]. *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2018). *Dos concepciones de las normas*, «Revus», 35, 97-104.
- Hart, H. L. A. (2011) [1961]. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

---

<sup>44</sup> Véase Medina 2006.



- Hart, H. L. A. (2000) [1994]. *Post scriptum al concepto de derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Medina J. (2006). *Speaking from Elsewhere*, Albany, State University of New York Press.
- Medina, J. (2002). *The Unity of Wittgenstein's Philosophy, Necessity, Intelligibility and Normativity*, Albany, State University of New York Press.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Raz, J. (1979). *The Identity of Legal Systems*, en Id., *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 81-105.
- Redondo, M. C. (2013). *Los enunciados jurídicos internos. La concepción de Eugenio Bulygin*, «Análisis filosófico», XXXIII, 2, 170-185.
- Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico "interno"*, Ljubljana, Klub Revus.
- Rodríguez, J. (2016). *La regla de reconocimiento como convención constitutiva*, en Ramírez Ludueña, L., Vilajosana, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). *Normas Independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, «Doxa», 9, 281-293.
- Scavuzzo, N. (2021). *Positivismo jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?*, «Isonomía», 54, 109-133.
- Kripke, S. A. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language. An elementary exposition*, Massachusetts, Harvard University Press.
- Winch, P. (2008) [1958]. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge.
- Wittgenstein, L. (1999). *Investigaciones Filosóficas*, España, Altaya.



# Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento

*Sebastián Figueroa Rubio\**

## **Resumen**

En este artículo se revisan críticamente cinco tesis defendidas por Jorge Rodríguez en el libro *Teoría analítica del derecho* respecto de la regla de reconocimiento y la norma fundante básica.

Las tesis son las siguientes: (1.) la mejor interpretación de la norma fundante básica es aquella que la entiende como un esquema definicional; (2.) la regla de reconocimiento no es una regla convencional; (3.) la regla de reconocimiento no es una norma social de conducta; (4.) la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica; (5) la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio.

Este análisis busca defender la idea de que la regla de reconocimiento puede ser entendida como una norma social y poner en duda que pueda ser reducida a reglas de cambio.

**Palabras clave:** Regla de reconocimiento. Reglas de cambio. Convenciones. Normas sociales.

## **Abstract**

This article critically reviews five theses advocated by Jorge Rodríguez in his book *Teoría analítica del derecho* regarding the rule of recognition and the grundnorm.

The theses are the following: (1.) the best interpretation of the grundnorm is the one that understands it as a definitional scheme; (2.) the rule of recognition is not a

---

\* Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, Investigador Seal of Excellence, Università degli Studi di Genova, 4ª Planta, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, C/ Kelsen, 1 28049, Madrid, sebastian.figueroa@uam.es.

El autor agradece a los organizadores del seminario *Teoría Analítica del Derecho* realizado en la Università degli Studi di Genova en enero de 2022 y a la respuesta dada por Jorge Rodríguez en aquella ocasión. También agradece los comentarios realizados por Pablo Rapetti.

conventional rule; (3.) the rule of recognition is not a social norm of conduct; (4.) the rule of recognition is equivalent to the first historical constitution; (5.) the rule of recognition is reducible to rules of change.

The critical review of these five theses aims to defend the idea that the rule of recognition can be understood as a social norm and to question whether it can be reduced to rules of change.

**Keywords:** Rule of Recognition. Rules of Change. Conventions. Social Norms.

## I.

En *Teoría analítica del derecho* Jorge Rodríguez nos lega una obra que sorprende y que nos acompañará por mucho tiempo tanto por su claridad como por su profundidad. En este sentido, se puede entender a este libro como manifestación del brillante y generoso espíritu del autor. En estas páginas quisiera reflexionar sobre algunas de las ideas ofrecidas en el texto en torno a la regla de reconocimiento.

La importancia de la regla de reconocimiento y su símil, la norma fundante básica, es patente para la tradición y se vincula con varias problemáticas tratadas en el libro, tales como las diversas nociones de validez con que se trabaja en el discurso jurídico, la unidad y dinámica de los sistemas jurídicos, la existencia de un deber de obedecer al derecho y la conexión entre derecho y moral.

De todas formas, hay una tesis que quisiera destacar acerca de su importancia para la comprensión del derecho que se presenta en el libro en varias ocasiones. Según esta, el tipo de argumentación que lleva a defender la existencia de una regla de reconocimiento permitiría lograr una *caracterización del derecho* como realidad normativa diferente de otras que es superadora de teorías previas.

En el capítulo III de *Teoría Analítica del Derecho*, al estudiar los conceptos jurídicos fundamentales, se pasa revista a varias críticas que se pueden realizar a aquellos autores que buscan lo que es distintivo del derecho en alguna característica de las normas jurídicas, tales como la amenaza de sanción ante su incumplimiento, ciertos hechos psicológicos o el ser órdenes de superiores políticos. Al respecto, se dirá que «[l]as críticas dirigidas entre otros por Herbert Hart a cualquier pretensión reduccionista de este tipo resultan concluyentes»<sup>1</sup>. De esta forma, en vez de entender al derecho a partir de ciertas características de las normas jurídicas, se identifican a ciertas normas como jurídicas por formar parte de sistemas normativos que tiene la propiedad de ser jurídicos.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 472. Véase Rodríguez 2021: 287.

Lo anterior tiene como consecuencia dar un giro al estudio del derecho hacia a verlo como un sistema que contiene elementos de diverso tipo. En este contexto la propuesta de Hart supone entender a los sistemas jurídicos como un complejo entramado social en donde distintas clases de normas cumplen diversas funciones. Así encuentra espacio la famosa propuesta de entender al derecho como un conjunto de reglas primarias y secundarias. Más específicamente, además de reglas primarias, habría al menos tres clases de reglas secundarias (de adjudicación, de cambio y de reconocimiento), que se definen por la función que cumplen en la conformación y funcionamiento del sistema. En este comentario me centraré en la regla de reconocimiento.

Hart reflexiona acerca de las limitaciones y problemas que tendría para una comunidad el regirse solamente por un conjunto de normas primarias<sup>2</sup>. Vale la pena acá considerar dos de esos problemas. El primero es el de la *estaticidad*, según el cual, en un sistema que solo cuenta con normas primarias, tanto el cambio del contenido de las normas como la posibilidad de introducir o quitar normas del sistema es algo que ocurre de forma muy lenta y sin control. De esta forma, surgen normas de cambio cuya función sería facultar «a ciertos individuos a introducir nuevas reglas primarias para regular la vida de la comunidad, y a modificar o eliminar las existentes»<sup>3</sup>.

La regla de reconocimiento tendría por función resolver el segundo problema, conocido como *falta de certeza*. En una comunidad sin regla de reconocimiento no es posible distinguir, de entre todas las normas que pueden regular la conducta o resolver un caso, cuáles de ellas pertenecen y cuáles no pertenecen al sistema jurídico. La regla de reconocimiento aparece como una norma o un conjunto de normas que permiten hacer esa distinción, siendo su función especificar «la o las características que debería reunir una regla para ser considerada parte de un sistema jurídico»<sup>4</sup>.

Una cuestión central de la caracterización de la regla de reconocimiento realizada por Hart, y que permite distinguirla de la norma fundante de Kelsen, es que se trata de una norma social o, al menos, es lo que quisiera defender en este comentario. Que sea una regla social implica que «existiría en la medida en que sea aceptada y utilizada por los tribunales al identificar y al aplicar el derecho»<sup>5</sup>, por eso muchas veces se le caracteriza como *una costumbre judicial*<sup>6</sup>. Así, para que exista una regla de reconocimiento, debe adoptarse por parte de un grupo específico de la comunidad jurídica el punto de vista interno<sup>7</sup>. Usualmente se caracteriza este punto de vista distinguiendo a las reglas de los hábitos siendo que, si bien en ambos casos es

<sup>2</sup> Véase Hart 1963: 113-123.

<sup>3</sup> Rodríguez 2021: 473.

<sup>4</sup> Rodríguez 2021: 473.

<sup>5</sup> Rodríguez 2021: 474.

<sup>6</sup> Véase Gardner 2012: 65-74; 102-109.

<sup>7</sup> Véase Rodríguez, 2021: cap. III. 5.1.

posible identificar un patrón de conducta, en el caso de las reglas los participantes adoptan una perspectiva crítico-reflexiva ante el patrón o estándar de conducta en cuestión.

Por su parte, la perspectiva crítico-reflexiva característica de las normas tendría, a su vez, al menos dos manifestaciones claras. En primer lugar, la adopción de ciertas reacciones críticas ante la conducta desviada se considera apropiada (debido a la existencia misma de la norma) y, en segundo lugar, un conjunto de personas debe ver en dicho patrón «una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo»<sup>8</sup>.

Siguiendo a Giovanni Battista Ratti podemos decir que:

No parece descabellado afirmar que la RR está caracterizada, en la obra de Hart, por dos aspectos principales: a) es una norma positiva (positiva y consuetudinaria), que prescribe un cierto comportamiento a los jueces (o más en general, a los funcionarios) constituido por la individualización de ciertos enunciados mediante el uso de determinados criterios que ella misma proporciona; b) su carácter normativo depende de una práctica compleja, pero concordante de la identificación del derecho<sup>9</sup>.

Cómo indiqué, con independencia de sus diferencias, tanto la norma fundante de Kelsen como la regla de reconocimiento de Hart representan un giro en el análisis del derecho<sup>10</sup>. Considerando la noción de validez descriptiva o como pertenencia, tanto la norma fundante básica como la regla de reconocimiento aparecen emparentadas: ambas se presentan como normas que tienen por función, dentro de la teoría, explicar la validez del resto de las normas del sistema.

Respecto de la propuesta *kelseniana*, para predicar validez de una norma debe interpretarse una acción como creadora de derecho, interpretación que solo puede hacerse por medio de otra norma, de la cual se entiende *derivada*, pues ella es su *fundamento*<sup>11</sup>. Esto genera una relación entre normas que se presenta como una *cadena de validez*. En esta cadena inevitablemente habrá un acto creador de derecho que se comprende como instituyendo normas originarias que pertenecen al sistema y que no dependen de otras. Estas normas originarias se identifican como aquellas de la primera constitución histórica, que puede ya no estar vigente, pero que permite ver el origen del ordenamiento. La norma fundante básica en este contexto es una norma que no forma parte del sistema positivo y se presenta como una hipótesis que Rodríguez recomienda leer como un «criterio conceptual independiente que

<sup>8</sup> Hart 1963: 71.

<sup>9</sup> Ratti 2012: 316.

<sup>10</sup> En el libro de Jorge Rodríguez, primero es tratada la norma fundante básica de Kelsen, a partir del análisis de la noción de validez (véase Rodríguez 2021: Cap. IV. Secciones 1 y 2).

<sup>11</sup> Rodríguez 2021: 335-337.

permite identificar a la primera constitución histórica»<sup>12</sup>. Para Rodríguez, con esta lectura de la norma fundante se responde a la pregunta “¿Qué significa exactamente decir – como lo hace Bulygin – que las normas originarias pertenecen al sistema ‘por definición’?”<sup>13</sup>, cuestión que supone que dichas normas pertenecen al sistema a pesar de no haber sido creadas según los procedimientos regulares.

## II.

A partir de los elementos expuestos quisiera reflexionar acerca de algunas tesis que parecen defenderse a lo largo de las páginas del libro *Teoría Analítica del Derecho*. En particular me centraré en aquellas defendidas en la sección 3 del capítulo V, y que llevan a afirmar en las conclusiones que «para identificar las normas que componen un cierto sistema jurídico no se requiere apelar más que a las pautas que fijan las normas de producción jurídica (las reglas de cambio, en la terminología de Hart), y un criterio de identificación de la primera norma positiva como norma independiente o no derivada del sistema»<sup>14</sup>. Como se puede leer de la cita, Rodríguez propone, por una parte, que los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico pueden encontrarse en las reglas de cambio, lo que supone que es irrelevante la regla de reconocimiento. Por otra parte, defiende la idea de que solo sería necesario un criterio de identificación de la primera constitución en cuanto tal, lo cual supone negar que haya una regla social que haga eso, como se revisará más adelante. Esto último también implica negar la ya mencionada caracterización *hartiana* de dicha regla.

La citada conclusión doble se apoya en una interpretación de la propuesta de Bulygin que permite, a su vez, revivir algunas ideas de Kelsen, en desmedro de algunas ideas defendidas por Hart respecto de la regla de reconocimiento. Más específicamente, creo que en la argumentación presentada por Rodríguez puede encontrarse la defensa de cinco tesis que pasaré a comentar brevemente.

## III.

La primera tesis ya ha sido expuesta más arriba y consiste en que (1.) *la mejor interpretación de la norma fundante básica es aquella que la entiende como un esquema definicional* que permite identificar a la primera constitución histórica. Esto quiere decir que se trata de «una regla determinativa o conceptual que obviamente no ha

---

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 339.

<sup>13</sup> Rodríguez 2021: 338.

<sup>14</sup> Rodríguez 2021: 781.

sido dictada por nadie pero que debe asumirse a fin de identificar el primer eslabón de la cadena»<sup>15</sup>. De lo anterior se sigue que la norma fundante no es una norma de conducta (i.e. no prescribe la realización de ciertas conductas), ni ha sido puesta por nadie, sino que sirve como esquema de interpretación entre muchos otros posibles. En esto Rodríguez sigue de cerca la propuesta de Eugenio Bulygin<sup>16</sup>.

Las siguientes cuatro tesis son tesis específicas acerca de la regla de reconocimiento.

#### IV.

Una primera cuestión que Rodríguez defiende y que le lleva a negar el carácter de regla social de la regla de reconocimiento es que (2.) *la regla de reconocimiento no es una regla convencional*.

A esta tesis se arriba luego de una revisión crítica de la propuesta de Andrei Marmor. En lo que concierne a esto estoy de acuerdo con el autor respecto de que reconstruir a la regla de reconocimiento a partir de la noción *lewiasiana* de convención es insuficiente, así como el ejercicio realizado por algunos autores de comparar la regla de reconocimiento con las reglas constitutivas de un juego. Quisiera resaltar algunos puntos críticos de ese tipo de convencionalismo<sup>17</sup>.

Una primera cuestión es que las variaciones en los contenidos de las reglas de reconocimiento existentes a lo largo de la historia muestran que, a diferencia del ajedrez, el derecho no se trata de una actividad que se identifique por el contenido de cierto conjunto de reglas<sup>18</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con las reglas de juegos, cuyo contenido sirve para identificarlos como tales en todas partes, en el derecho no parece posible decir que

<sup>15</sup> Rodríguez 2021: 341. Dicha norma tendría el siguiente contenido «El conjunto de normas C pertenece a S» (Rodríguez 2021: 344) donde C corresponde a las normas de la primera constitución histórica. A su vez, el esquema de Bulygin se presenta en la sección 1.4. del capítulo V (Rodríguez 2021: 441, 492-494). Para el autor, en aquel «se encuentran comprendidos conjuntamente, de manera simplificada, los criterios de pertenencia de las normas a cada sistema estático y los criterios de pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico» (Rodríguez 2021: 442).

<sup>16</sup> Véase Bulygin 1976: 383-384; 1991: 314.

<sup>17</sup> Me refiero al convencionalismo *lewisiano* para diferenciarlo de otras formas de convencionalismo. Siguiendo a Juan Carlos Bayón, es plausible identificar una tesis convencionalista acerca de las condiciones de existencia del derecho que supone entender al derecho como «un producto de interacciones humanas», siendo esto «el núcleo común e irrenunciable de cualquier forma de positivismo jurídico» (Bayón 2002: 58, 83 n.11. Véase Rodríguez 2021: 487).

<sup>18</sup> Se puede defender la existencia de un contenido mínimo de derecho natural. De ser así, la variación en el contenido de las normas (e.g. cómo se regula el homicidio) es muy distinto al de las reglas del ajedrez, pero más importante aún, las normas en que se traduce dicho contenido mínimo se manifiestan de múltiples formas (e.g. por medio de normas primarias o por nombres secundarias de cambio que impongan límites a lo que se puede regular), lo cual no conlleva una caracterización de la regla de reconocimiento.



el contenido de la regla de reconocimiento permita identificar a una práctica como jurídica. La regla de reconocimiento puede hacer referencia a reyes, a jurisconsultos, a textos en tablas, entre muchas otras cosas.

Además, considero que la forma en que se presenta por dicho convencionalismo la regla de reconocimiento niega su carácter práctico. Es común en el convencionalismo *lewisiano* representar la perspectiva del participante a partir de actitudes epistémicas tales como creencias y conocimiento<sup>19</sup>. Pero, siguiendo a Hart, podemos decir que cuando estamos ante una norma las actitudes adoptadas frente al estándar es cuestión no son solamente epistémicas, sino también prácticas, es decir, no solo están basadas en lo que sé que otros harán, sino que suponen lo que se debe hacer. Esto conlleva precisamente hablar de actitudes normativas propias de una posición crítico-reflexiva. Lo anterior se vincula con la adopción y expresión de hostilidad, de actitudes reactivas, y de expectativas normativas ante los demás<sup>20</sup>.

Este punto ya había sido resaltado por el mismo Bulygin al considerar la diferencia entre hábitos y reglas para caracterizar a la regla de reconocimiento. Más específicamente indica que

En el caso de las reglas conceptuales suele haber también ciertas reacciones típicas contra aquellas personas que no las siguen o no las usan, y esas reacciones permiten distinguirlas de los meros hábitos. Pero tales reacciones son de naturaleza muy distinta a las que se dan en el caso de las normas. Sería equívoco decir que una persona que cometiera un error gramatical desobedecería las reglas de la gramática. Diríamos simplemente que tal persona es ignorante (no conoce las reglas de la gramática) o habla otro idioma<sup>21</sup>.

Como se puede ver, para el autor, incluso en el caso de lo que denomina reglas conceptuales, hay un conjunto de reacciones características que suponen adoptar actitudes reactivas y manifestar críticas (e.g. tratar a alguien como ignorante). Con-

---

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, en palabras de Josep Maria Vilajosana, «El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que el enunciado “En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R” podría analizar así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad S usa los criterios C1, C2 ... Cn (que forman la Regla de Reconocimiento de S) cada vez que tiene que identificar el derecho de S.

2. La mayoría de los juristas de S cree que l.

3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.

4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas» (Vilajosana 2016: 122).

<sup>20</sup> Sobre este modelo de normas, véase Brandom 1994: cap. 1; Brennan et.al 2013: cap 2; Figueroa Rubio 2014: 224-234. Considero que este modelo es una forma de tomarse en serio el elemento pragmático propio de la *existencia* de normas sugerido por Rodríguez (2021: Cap. I. sec. 2.4.), pero no desarrollado en el libro (aunque su utilidad se puede ver en la sección 1.4 del capítulo VI y en la sección 6 del capítulo IV).

<sup>21</sup> Bulygin 1976: 388.

sidero que esto contribuye a comprender a la regla de reconocimiento como una norma social incluso cuando se le considera como un esquema conceptual. A su vez, permite clarificar en qué consiste el carácter normativo de la regla de reconocimiento al que hace referencia Ratti en el texto antes citado.

#### IV.

Cabe indicar que en el libro de Rodríguez se cuestiona que la regla de reconocimiento sea una norma convencional, en especial una convención constitutiva, pero no una norma social necesariamente. Si se considera lo sugerido en la sección anterior, habría una posibilidad de entender tanto la lectura de Hart como la de Bulygin de forma similar y, con ello, entender a la regla de reconocimiento como norma social.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en el libro se llega al estudio de la regla de reconocimiento como una convención a partir de analizar las respuestas de Hart a las críticas realizadas por Raz y Dworkin a la tesis de las normas como prácticas<sup>22</sup>, lo cual conlleva una crítica general a la idea de que sea una norma social.

Así podemos identificar la tercera tesis diciendo que (3.) *La regla de reconocimiento no es una norma social de conducta.*

Aun cuando se reconozca que no toda regla que forma parte de un sistema jurídico es una norma social, como el mismo Hart hace<sup>23</sup>, cabe todavía la pregunta acerca de si la regla de reconocimiento si puede ser entendida como tal. Donde hay una norma social hay un tipo de práctica que se caracteriza por las actitudes que los miembros de un grupo adoptan hacia el estándar como he indicado. Como Rodríguez señala, dichas actitudes permiten evitar los problemas de reducir a las normas a regularidades de conducta, así como a formulaciones normativas canónicas<sup>24</sup>.

En este contexto, cuando en el libro se realizan las críticas al convencionalismo, se descarta que pueda entenderse a la regla de reconocimiento como una norma de conducta, es decir, teniendo un elemento prescriptivo<sup>25</sup>. Quisiera revisar algunas de las razones dadas para dicho rechazo.

En primer lugar, se indica que «interpretada como una prescripción [...] no podría ser una regla última, porque siempre se podría seguir preguntando por el fundamento del deber de obedecerla»<sup>26</sup>. Sospecho que esto supone olvidar que se trata de una regla social, no una negación de tal carácter. No toda regla social requiere

<sup>22</sup> Véase Rodríguez 2021:189-191, 284-287, 474-475.

<sup>23</sup> Véase Hart 1963: 137; Rodríguez 2021: 474.

<sup>24</sup> Véase Rodríguez 2021: Cap. I. sec. 2.4.

<sup>25</sup> Véase Rodríguez 2021: 339, 482.

<sup>26</sup> Rodríguez, 2021: 482.

de un fundamento externo para ser obedecida. Por una parte, se puede argumentar, como hace Michael Bratman, que los elementos propios de la perspectiva interna suponen la adopción de una política compartida que da fuerza normativa al comportamiento conjunto<sup>27</sup>. Pero aun cuando se niegue este tipo de lectura, hay que tener en cuenta que la participación de las personas y, con ello, el mantenimiento de la norma social en el tiempo, puede tener muchos posibles fundamentos (i.e. su utilidad para la sociedad, la tradición, la comodidad que genera para algunos, un fundamento moral) los cuales son adoptados de diversas formas por sus participantes. En esto consiste la denominada aceptación plural de normas<sup>28</sup>.

Esto permite hablar de un genuino carácter prescriptivo. Las reglas sociales van generando una presión normativa sobre los miembros del grupo a lo largo del paso del tiempo, presión que se refuerza por diversos caminos (educación, acostumbramiento, etc.), generándose muchas veces un efecto bola de nieve.

Lo que se necesita es que haya un estándar ante cuya desviación (e.g. la utilización de otros criterios para identificar la norma relevante para el caso) se pueda adoptar una reacción hostil frente a la cual no se reaccione hostilmente<sup>29</sup>. En este sentido, para el modelo *hartiano*, tanto la presión social como la desviación misma pueden funcionar como fundamentos de las acciones de quienes actúan como participantes de la regla social. Una regla de reconocimiento también podría interpretarse así, como basada en diversos fundamentos o en ninguno en especial y leerse como producto de una historia que la sustenta y refuerza.

Sospecho que dichas ideas no solo permiten entender a la regla de reconocimiento como una norma social, sino también como una norma que es vivida por los participantes como prescriptiva.

Otra razón que se da para descartar el carácter prescriptivo de la regla de reconocimiento es que “no se podría sostener que la regla de reconocimiento, entendida como una regla de conducta, sea una regla jurídica válida” (Rodríguez, 2021: 482). Esto es algo que precisamente Hart reconoce y que no se ve como problemático dentro del libro *Teoría Analítica del Derecho* al estudiar la norma fundante básica de Kelsen, cuestión que hemos revisado en la sección I. La regla de reconocimiento estaría entre aquellas normas de las cuales no tiene sentido preguntarse si son válidas atendiendo a la idea de validez como creación regular de normas<sup>30</sup>. Esto se debería a su carácter último, esto es, a que «se trata de una regla que proporciona criterios para establecer la validez de las demás reglas del sistema, pero que no está ella misma subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas»<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Véase Bratman 2021.

<sup>28</sup> Véase Rapetti 2017. Esta idea también se puede expresar desde una perspectiva realista (véase Ratti 2012).

<sup>29</sup> Véase Figueroa Rubio 2014.

<sup>30</sup> Véase Rodríguez 2021: 338.

<sup>31</sup> Rodríguez 2021: 473.

## V.

Pero de aceptarse lo anterior, puede afirmarse, según lo indica el libro, que “esa regla última equivaldría a la primera constitución histórica kelseniana” (Rodríguez, 2021: 484). Creo que esto puede entenderse como una cuarta tesis, a saber, que (4.) *la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica.*

Al ser la regla de reconocimiento una norma positiva, que forma parte del sistema y, a la vez, una norma originaria (por última), coincide sistemáticamente dentro de la teoría con la primera constitución histórica de Kelsen. Y como ya se ha indicado, en el libro *Teoría Analítica del Derecho* se afirma que “si lo que se tiene en mira es la validez como pertenencia de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita identificar a la primera constitución como parte del sistema” (Rodríguez, 2021: 340), por lo que sería necesario otra norma o criterio conceptual que la identifique como tal.

En este punto quisiera indicar algunas razones que me inclinan a resistir dicha equiparación entre regla de reconocimiento y primera constitución histórica.

La primera es que la regla de reconocimiento es una regla social actual, una *costumbre judicial* cómo se indicó, y no una norma que puede ya no estar vigente como ocurre con la primera constitución histórica. Como se argumentó, esto no supone quitarle un carácter histórico a la regla de reconocimiento, todo lo contrario. Lo que si supone es que la regla de reconocimiento está presente en todo orden jurídico medianamente complejo y que puede ser identificada como parte de la realidad social al tiempo que se identifica un orden jurídico.

La segunda es que, como regla social, no ha sido dictada por alguien, como lo puede ser, y habitualmente lo es, una primera constitución<sup>32</sup>. En este sentido, no hay un acto de creación normativa que deba interpretarse como tal a partir de otra norma, es el carácter mismo de costumbre judicial lo que la conforma como norma. Como se ha visto, no requiere de otra norma que haga de su *fundamento*.

En caso de que haya una primera constitución la regla de reconocimiento puede incluirla como parte del sistema. En la medida en que la comunidad jurídica lea su historia de tal manera, alguna de las propiedades relevantes para ser identificada como norma del sistema pueden ser satisfechas por la primera constitución.

## VI.

Además de los argumentos aludidos en las secciones anteriores, en el libro se asesta un golpe final a la idea de regla de reconocimiento al mostrarla como una

---

<sup>32</sup> Véase Gardner 2012: 65-74.

herramienta teórica que no tiene una especial capacidad explicativa. Esto conforma la quinta tesis que afirma que (5) *la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio*.

Esta tesis nos indica que debido a que «donde haya reglas de cambio, la regla de reconocimiento deberá incorporar una referencia a cualquier mecanismo que ellas prevean para modificar el derecho [...] el contenido de la regla de reconocimiento quedaría absorbido por el de las reglas de cambio»<sup>33</sup>.

Ante esta tesis, quisiera presentar algunos argumentos para discutir.

El primero es que, aunque se dé dicha identidad de contenidos, las reglas de cambio no tienen que coincidir con la costumbre judicial que es la regla de reconocimiento. Las reglas de cambio pueden ser normas cuyo modelo es la legislación, esto es, dependientes de la decisión de una autoridad que las crea y, a su vez, expresadas en disposiciones normativas que tienen carácter autoritativo<sup>34</sup>.

La aceptación por parte de los miembros del grupo relevante se mantendría como algo que distingue a la regla de reconocimiento de las reglas de cambio<sup>35</sup>. Así, puede afirmarse que mientras la regla de reconocimiento depende de la aceptación de un grupo de personas para su existencia, las reglas de cambio pueden prescindir de ello. Esto se debe, en parte, a que las reglas de cambio son vistas como parte del sistema, debido a que se identifican utilizando los criterios que forman parte del contenido de la costumbre judicial que es la regla de reconocimiento.

Por otra parte, no es del todo claro por qué la regla de reconocimiento debe hacer referencia a los mecanismos por medio de los cuales se modifican, introducen o eliminan las normas del sistema. Por una parte, con Ratti puede decirse que la regla de reconocimiento puede hacer referencia a las fuentes y no necesariamente a las normas, permitiendo distinguirla del contenido específico de estas últimas<sup>36</sup>. Por otra parte, se puede diferenciar entre normas que identifican a un órgano como generador de normas jurídicas y normas que dicen cómo este órgano puede introducir, quitar o alterar normas del sistema, ya sea dándole la potestad para hacerlo, ya sea generando procedimientos para ello. La regla de reconocimiento sería parte de las primeras, dirigidas a quienes deben identificar normas para aplicarlas, mientras que las reglas de cambio serían parte de las últimas, dirigidas a quien desee y tenga

<sup>33</sup> Rodríguez 2021: 484.

<sup>34</sup> Esto no supone negar que las personas puedan articular lingüísticamente el contenido de una costumbre, pero sí que esto no define a la costumbre como tipo de norma, por una parte, y que dicha articulación está sujeta a desacuerdos que la de una norma legislada no.

<sup>35</sup> Véase Hart 1963: 136-137.

<sup>36</sup> Ratti 2012. En esta línea Hart indica que «los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales» (Hart 1963: 126).

la potestad para modificar, quitar e introducir normas<sup>37</sup>.

En ambas posibilidades puede entenderse que un tipo de norma implica a la otra, pero esto no quiere decir que el contenido de unas quede absorbido por el de las otras. A su vez, que cumplan distintas funciones dentro del sistema (i.e. una vinculada con la solución de la falta de certeza y otra con la estaticidad) puede llevarnos a ver que cada una de ellas «regula diferentes acciones, o a diferentes agentes, o a la misma acción del mismo agente de manera distinta»<sup>38</sup>.

Esto último es importante porque se indica en *Teoría Analítica del Derecho* que «no parece que pueda otorgarse a la regla de reconocimiento ninguna función que no sea ya acabadamente satisfecha por las reglas de cambio»<sup>39</sup>, pero las reglas de cambio no tienen por qué cubrir cómo se identifican todas las reglas del sistema, aunque pueden ayudar a hacerlo, claro está. Esto permite dar un paso más en la exploración acá realizada, pues de lo anterior se sigue que puede ser el caso que haya coincidencia de contenidos entre ambas normas, pero también puede ser el caso que no. La regla de reconocimiento puede incorporar criterios que no tengan que ver con la función de las reglas de cambio, considerando como propiedades para identificar normas jurídicas aquellas que no permiten que operen las reglas de cambio sobre estas. La regla de reconocimiento puede referir a normas que no se pueden, de hecho, introducir o eliminar, así como a normas que no se definen por poder serlo. En el primer caso podemos imaginar una comunidad en que el Estado y la iglesia no están separados y se incluya dentro de la regla de reconocimiento a aquellas normas que se encuentran en la biblia, las normas presentes en esta fuente pasarían a formar parte del sistema, aunque no puedan ser modificadas. En el segundo caso se puede considerar a la costumbre, por ejemplo<sup>40</sup>. En este sentido, la regla de reconocimiento de una comunidad puede volver más o menos estático un sistema, acentuando el problema por el cual funcionalmente existen reglas de cambio.

## VII.

Jorge Rodríguez indica que, si ninguna de las razones dadas anteriormente fun-

---

<sup>37</sup> Véase Gardner 2012: 102-106; Kramer 2018: 97-103. Estos autores incluyen dentro de su argumentación la idea de que la regla de reconocimiento generaría deberes para quienes aplican el derecho, dado su carácter prescriptivo, mientras que las otras normas no. No he profundizado en esta idea como para dar apoyo a dicha diferencia.

<sup>38</sup> Gardner 2012: 106.

<sup>39</sup> Rodríguez 2021: 485.

<sup>40</sup> En el libro, al revisar las críticas de Dworkin se estudia esta posibilidad respecto de los principios, cuya inclusión en un sistema jurídico puede no estar completamente regida por reglas de cambio (véase Rodríguez 2021: 727-728).

ción, y la regla de reconocimiento es absorbida por las reglas de cambio del sistema, no quedarían más que tres salidas:

- a) Aceptar ello como tal y entender a la regla de reconocimiento como una regla de cambio última;
- b) Considerarla un esquema definicional como propone Bulygin; o
- c) Entenderla como la regla conceptual que atribuye validez a la primera constitución histórica<sup>41</sup>.

La consecuencia fuerte para los intentos realizados en este comentario es que bajo ninguna de las tres opciones, se dice, puede entenderse como una regla «seguida» o «practicada» por los jueces y demás funcionarios de una comunidad<sup>42</sup>, pero creo que esto hay que verlo con cuidado, especialmente porque, al considerar b, Bulygin entiende que, a pesar de ser una regla conceptual, la regla de reconocimiento tiene, al menos, dos propiedades más: es el esquema definicional en uso y se pueden identificar reacciones críticas características ante quienes no utilizan los criterios propios de ella (e.g. se le puede llamar ignorante). Como he indicado, me parece que ambas cuestiones muestran a la comprensión de Bulygin como algo cercano a lo que Hart entendía por regla social. Esto es así con independencia de si se la quiere leer como regla conceptual o como una regla de conducta.

Fuera de ello, he intentado dar algunas razones para seguir manteniendo que la regla de reconocimiento es una regla social distinta de las reglas de cambio y, con ello, evitar la necesidad de decidir entre las tres opciones propuestas en *Teoría Analítica del Derecho*. También espero con esto hacer más difícil el arribo a la conclusión de que «para identificar las normas que componen un cierto sistema jurídico no se requiere apelar más que a las pautas que fijan las normas de producción jurídica (las reglas de cambio, en la terminología de Hart), y un criterio de identificación de la primera norma positiva como norma independiente o no derivada del sistema»<sup>43</sup>.

## Referencias bibliográficas

- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, P., Recondo M. C. (comps.), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Brandom, R. (1994). *Making it Explicit*, Cambridge, Harvard University Press.

<sup>41</sup> Véase Rodríguez 2021: 485-487.

<sup>42</sup> Rodríguez 2021: 486.

<sup>43</sup> Rodríguez 2021: 781.

- Bratman, M. (2021). *Shared Intention, Organized Institutions*, en Shoemaker, D. (ed.), *Oxford Studies in Agency and responsibility* (vol. 7). Oxford, Oxford University Press, 54-80
- Bulygin, E. (1976). *Sobre la regla de reconocimiento*, reimpresso en Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1991), *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 383-391.
- Bulygin, E. (1991). *Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*, «Doxa», 9, 311-318.
- Figueroa Rubio, S. (2014). *Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje*, en Id. (ed). *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Santiago, Universidad Diego Portales Ediciones, 217-246.
- Gardner, J. (2012). *Law as a Leap of Faith*. Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1963). *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Kramer, M. (2018). *H.L.A. Hart*, Cambridge, Polity Press.
- Rapetti, P. (2017). *Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica*, «Isonomía», 47, 39-80.
- Ratti, G. B. (2012). *Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico*, en Luque Sánchez, P., Ratti, G.B. (eds), *Acordes y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 315-328.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Vilajosana, J.M. (2016). *¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?*, en Ramírez, L., Vilajosana, J. (eds), *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 119-142.



# La indeterminación del derecho: una cuestión de grado

*Paolo Comanducci\**

## Resumen

El autor critica la postura de Rodríguez sobre interpretación jurídica, haciendo hincapié sobre cuatro asuntos: 1) las fuentes de indeterminación del derecho; 2) la idea de interpretación correcta; 3) la relevancia del contexto en la interpretación jurídica; 4) la escasa utilidad de la clasificación de las teorías de la interpretación.

**Palabras claves:** Jorge L. Rodríguez. Interpretación. Indeterminación del derecho.

## *Abstract*

The author criticizes Rodríguez's position on legal interpretation, emphasizing four issues: 1) the sources of indeterminacy of law; 2) the idea of correct interpretation; 3) the relevance of the context in legal interpretation; 4) the limited usefulness of the classification of interpretation theories.

**Keywords:** Jorge L. Rodríguez. Interpretation. Indeterminacy of law.

## 1. Introducción

Mi comentario versa fundamentalmente sobre el capítulo VI del magnífico libro de Jorge L. Rodríguez, intitulado «Interpretación, indeterminación y conocimiento del derecho»<sup>1</sup>.

---

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

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 553-669.

La estrategia expositiva de Rodríguez, y también el contenido sustancial de sus tesis, es tomado de la obra de Hart<sup>2</sup>. En este capítulo, en efecto, encontramos una *pars destruens*, que consiste en criticar dos posturas sobre la naturaleza de la interpretación jurídica, que Rodríguez llama respectivamente «la tesis de la única respuesta correcta» (el hartiano “noble sueño”) y «la tesis de la indeterminación radical» (la hartiana “pesadilla”), y una *pars construens*, que consiste en presentar y justificar una tercera alternativa (la hartiana “vigilia”<sup>3</sup>), que se coloca en el medio entre las primeras dos, y que hoy goza de amplia difusión y crédito. Como es conocido, según Hart la interpretación es a veces una actividad cognitiva, la comprensión de significados, cuando el texto es claro o el caso de aplicación es fácil, y en ocasiones una actividad discrecional, de elegir entre posibles significados, cuando el texto es oscuro o el caso es difícil.

Ya que el capítulo es muy extenso, como lo es también el libro, me voy a concentrar solo sobre algunos puntos, subrayando también que estoy de acuerdo con muchas de las cosas que Rodríguez escribe en este capítulo. Por ejemplo, no tengo observaciones relevantes sobre la primera *pars construens*, relativa a los enunciados interpretativos (§ 1.1), ni sobre la primera *pars destruens*, relativa a la reconstrucción y crítica de la tesis de la única respuesta correcta (§ 1.2), ni sobre la tercera y última *pars construens*, relativa a los problemas de interpretación en el derecho, la argumentación de la interpretación, los desacuerdos interpretativos<sup>4</sup> y el conocimiento del derecho (§§ 2-5). Tengo por supuesto discrepancias acerca de algunas de las afirmaciones de Rodríguez en estas páginas, pero no me voy a detener sobre ellas.

Centraré en cambio mi contribución sobre la segunda *pars destruens*, que critica la tesis de la indeterminación radical (§ 1.3), y la segunda *pars construens*, que presenta la tesis de la indeterminación parcial del derecho (§ 1.4), con las que no estoy de acuerdo de manera significativa. Se trata claramente de piezas del capítulo VI muy conectadas entre sí, porque la postura afirmada por Rodríguez en la segunda *pars construens* surge justamente de las críticas que Rodríguez mueve a algunas de las tesis del realismo jurídico en la segunda *pars destruens*. Así que voy a comentar conjuntamente las dos partes, presentando básicamente cuatro observaciones.

<sup>2</sup> Me refiero en particular a Hart 1977, pero, por supuesto, Rodríguez usa también a Hart 1963.

<sup>3</sup> La etiqueta de «vigilia» para la postura intermedia entre “noble sueño” y “pesadilla” ha sido introducida por Moreso 1997: 186.

<sup>4</sup> Esta última es una discusión totalmente interna al positivismo jurídico normativista, y un realista como yo no tiene razón para entremeterse en ella.

## 2. Las fuentes de indeterminación del derecho

Criticando a Brian Leiter<sup>5</sup>, Rodríguez escribe:

Es posible que frente a una formulación normativa existan diversos criterios interpretativos que eventualmente den lugar a resultados diferentes, entre otros factores, pero eso no necesariamente potencia la indeterminación del derecho. [...] los distintos métodos de interpretación difieren en sus resultados precisamente en cuanto a sí cierto caso, que cae en la zona de penumbra de aplicación de una regla, debe o no considerarse comprendido dentro de su alcance [...]. Cuando los cánones interpretativos difieren en sus resultados, lo que hacen es establecer distintas delimitaciones admisibles de la textura abierta de las reglas. No se trata aquí de dos problemas diferentes sino de dos nombres distintos para un mismo problema<sup>6</sup>.

Rodríguez relata aquí, en una nota, una sugerencia privada de Giovanni Battista Ratti, en mi opinión muy acertada, a la que Rodríguez no responde adecuadamente, ya que él, como Hart, hace hincapié más bien en la vaguedad – y no en la ambigüedad – en la aplicación de una norma frente a un caso. Según relata Rodríguez, Ratti «ha observado que la textura abierta consistiría en un problema de indeterminación semántica de un significado ya asignado a un texto respecto de algún caso problemático, en tanto que la presencia de cánones interpretativos que dan lugar a significados alternativa o conjuntamente atribuibles a un texto tendría que ver justamente con la atribución de un significado a los textos, con lo cual se trataría de dos problemas distintos»<sup>7</sup>. Dicho de otra forma, lo que Ratti parece afirmar es que el uso de los cánones interpretativos tiene una prioridad – en sentido lógico y no necesariamente empírico – respecto a la decisión relativa a si un caso recae o no en el alcance de una norma, ya que los cánones sirven justamente para pasar de una disposición a una norma, por medio de la interpretación. Así que no parece posible, ya por sí solo, afirmar, como hace Rodríguez, que la textura abierta – a la que es reducible también la existencia de criterios interpretativos en conflicto – es sustancialmente la única fuente de indeterminación del derecho.

Yo estoy convencido, en cambio, que las fuentes de indeterminación del derecho están lejos de acabarse en la textura abierta de una lengua natural. Entre otros factores de indeterminación, destacaría aquí al menos la pluralidad de cánones interpretativos y las diferencias entre interpretación legal y comunicación ordinaria.

---

<sup>5</sup> Rodríguez hace referencia sobre todo a Leiter 2007.

<sup>6</sup> Rodríguez 2021: 581-82.

<sup>7</sup> Rodríguez 2021: 582.

## 2.1. La pluralidad de cánones interpretativos

Rodríguez, en contra de la segunda tesis atribuida por él a la postura del realismo genovés en tema de interpretación<sup>8</sup>, afirma que esta tesis

[...] es en realidad el resultado de una falacia de generalización inadecuada. En muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no vale irrestrictamente para cualquier formulación normativa: podría haber algunas que se correspondan con una única norma. La existencia de diferentes criterios o métodos de interpretación en el derecho hace que muchas veces una misma formulación normativa pueda recibir más de una alternativa de interpretación, pero no existe ningún argumento conceptual que excluya la posibilidad de que frente a cierto texto todos esos diferentes criterios interpretativos confluyan en una sola. Respecto de algunas formulaciones normativas la comunidad jurídica no solo converge en admitir un conjunto de métodos interpretativos utilizables, sino también en el uso de un método concreto y en la identificación de un significado específico<sup>9</sup>.

Sostiene Rodríguez que «no existe ningún argumento conceptual...», y probablemente tiene razón: existe al menos un mundo posible donde se da una situación en que los cánones, frente a cierto texto, confluyen necesariamente en una sola interpretación. Pero ese mundo no es lo en que vivimos. Dicho de otra manera, hay argumentos empíricos que respaldan la postura atribuida por Rodríguez al realismo genovés. Como ya dije, la pluralidad de criterios interpretativos, que son un conjunto conflictivo, en unión con la ambigüedad de las disposiciones, siempre puede dar lugar a normas diferentes. Y hay que subrayar con fuerza que de hecho hay criterios, habitualmente empleados por los juristas, cuyo uso necesariamente lleva a resultados interpretativos diferentes y a veces contradictorios: por ejemplo, el criterio analógico versus el criterio *a contrario*, el criterio literal versus el criterio de la disociación, etc. Volvamos al ejemplo tan habitual en la teoría del derecho. “Prohibida la entrada de perros al parque” es un enunciado que, según el canon interpretativo que se use, puede expresar al menos las normas siguientes, que difieren claramente entre sí y en ocasiones son contradictorias: 1) Prohibida solo la entrada de perros al parque (criterio *a contrario*); 2) Prohibida la entrada de perros y otros animales parecidos al parque (criterio analógico); 3) Prohibida la entrada de perros y leones al parque (criterio *a fortiori*); 4) Prohibida la entrada no de todos los perros al parque, por ej. pueden entrar los perros lazarillos (criterio de la disociación); etc. Y si esto sucede con la interpretación de un enunciado atómico, la situación resulta todavía más compleja si se trata de la interpretación de disposiciones jurídicas que

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 587: «Las disposiciones o formulaciones normativas admiten siempre una pluralidad de interpretaciones alternativas, por lo cual no existe correspondencia biúnívoca entre formulaciones normativas y normas».

<sup>9</sup> Rodríguez 2021: 588.

pertencen a un conjunto amplio, y que por lo tanto pueden ser interpretadas con los criterios sistemáticos, dar lugar a un “combinato disposto” (lectura combinada de diferentes disposiciones), etc.

Tampoco podría servir, para encontrar una correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas, el uso de meta-criterios que nos guíen en la elección del criterio interpretativo que hay que usar: no conozco contextos empíricos donde haya meta-criterios de elección de los criterios interpretativos tan precisos y universalmente aceptados como para evitar el fenómeno de la no correspondencia biunívoca entre disposición y norma.

## 2.2. Diferencias entre interpretación legal y comunicación ordinaria

En la comunicación ordinaria, el lenguaje en función prescriptiva presenta varias diferencias relevantes con el lenguaje en función descriptiva, porque en el primero a veces puede haber intereses contrapuestos entre emisor y auditorio, y esto puede afectar a la cooperación comunicativa; y porque siempre hay asimetría de posiciones, dado que el emisor pretende mandar al auditorio, que a su vez está en la condición de elegir si obedecer o no. El lenguaje jurídico en función prescriptiva se distingue parcialmente, a su vez, del lenguaje prescriptivo ordinario, ya que hay siempre en él autoridades con competencia para mandar, a veces de manera definitiva, y hay casi siempre intereses contrapuestos entre él que emite mandatos jurídicos y quienes deben obedecerlos.

En la discusión teórica contemporánea sobre interpretación, una de las críticas más comunes en contra del escepticismo ha sido aquella basada en los estrechos vínculos entre el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico. Se ha afirmado en efecto que en el derecho está vigente el mismo código semiótico que en el lenguaje ordinario, y que, por lo tanto, los intérpretes del derecho, al menos en muchas situaciones, podrían sencillamente comprender el mensaje de las autoridades legales. La textura abierta – se afirma – afecta del mismo modo las leyes como la conversación cotidiana.

Básicamente, la cuestión parece ser la de las similitudes y diferencias entre el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico en las diversas situaciones de comunicación: los partidarios de la “vigilia” tienden a enfatizar las similitudes, los partidarios de la “pesadilla” a subrayar las diferencias. Para los escépticos, en efecto, el lenguaje jurídico, también por la presencia de contrastes de intereses y de autoridades, como acabo de afirmar, tendría características específicas que lo diferencian del lenguaje ordinario. Esta tesis ha sido muy bien ilustrada recientemente por un volumen de Francesca Poggi<sup>10</sup>, que ha utilizado la teoría de Grice de las implicaturas conversacionales para adaptarla al lenguaje prescriptivo e intentar aplicarla en el marco

<sup>10</sup> Poggi 2020: 414.

jurídico, mostrando las profundas diversidades entre conversación ordinaria e interpretación jurídica<sup>11</sup>.

Mi conclusión, a diferencia de Hart y Rodríguez, es entonces que la indeterminación ocupa un lugar central, y no periférico, en el derecho. Por otro lado, habría que precisar qué significa, en el léxico de los partidarios de la “vigilia”, indeterminación “radical”: ¿es un problema cuantitativo, en el sentido que hay mucha indeterminación en el derecho? y entonces es una cuestión empírica; ¿o es una cuestión conceptual? Personalmente, estoy de acuerdo con Leiter, y me parece mejor configurarla como una cuestión empírica. Lo que, en mi opinión, es interesante es detectar – y prever – el grado de indeterminación de un (sector de un) derecho, que es una cuestión empírica cuya solución tendría además una grande relevancia práctica.

### 3. La idea de interpretación correcta

Rodríguez afirma, como Hart, que en los casos fáciles hay pautas de corrección de las interpretaciones. Sin embargo, Rodríguez y todos los formalistas y los partidarios de la “vigilia” nunca han estado en condición de ofrecer criterios de corrección universalmente aceptados en abstracto. Y en concreto, la idea de corrección – lo adelanto – para mí es contextual y se acompaña de la cláusula implícita “*rebus sic stantibus*”.

Escribe Rodríguez:

La pregunta relevante no es si *decidir* de acuerdo con el significado claro es un acto de conocimiento o de decisión, pues por definición se trata de una decisión [ya que la toman los jueces]: lo relevante es si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Si la respuesta a esa pregunta es que no hay ninguna pauta de corrección semejante, lo cual equivaldría a sostener que no existen normas antes de las decisiones de los intérpretes, el escepticismo radical tendría razón y el grueso de nuestras prácticas jurídicas sería una mera ficción<sup>12</sup>.

La idea de la *error theory* aplicada al funcionamiento de la jurisdicción me fascina, pero no hace falta traerla a colación ahora<sup>13</sup>. Me parece que es suficiente preguntarse ¿quién decide – si no son los órganos, jueces o funcionarios – que una

<sup>11</sup> Para una descripción del libro de Poggi, véase Comanducci 2021.

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 589.

<sup>13</sup> A los que les parece un disparate la idea que el juego de la jurisdicción se reduzca desde siempre a un autoengaño colectivo y una ficción, suelo invitarlos a reflexionar sobre el ejemplo de la religión que, al menos para los ateos racionalistas como él que escribe, representa un engaño y una ficción que hace miles de años son compartidos por gran parte de la humanidad.

interpretación es correcta? Como decía Kelsen, tratando de las así llamadas «normas irregulares» (leyes inconstitucionales y sentencias contrarias a la ley): hay algunos que afirman que esta es una norma irregular, o una interpretación incorrecta o una decisión judicial equivocada. Opiniones, respetables por supuesto, pero sin posibilidad de probar su verdad o falsedad con métodos intersubjetivamente aceptados. Las «normas irregulares», pensaba Kelsen, y yo estoy de acuerdo con él, si y hasta que no son modificadas, siguen siendo derecho válido (yo preferiría decir “vigente”).

Si alguien tiene una pretensión de corrección cuando presenta una interpretación – que sea un juez, un abogado, un funcionario, un profesor de derecho o un ciudadano cualquiera –, está usando una estrategia retórica, es decir con finalidades persuasivas. “Correcto”, cuando se usa la palabra presentando una interpretación, es vehículo de una valoración positiva, no es neutral. Pero hay por supuesto usos neutrales de “corrección”, a los que también Rodríguez hace referencia, por ejemplo, cuando se juzga, de forma no comprometida, si una interpretación es o no correcta. Ahora bien, para poder juzgar de la corrección, en cualquier dominio, hace falta poseer y aplicar pautas de corrección. Y para que el juicio sea de tipo binario (correcto – incorrecto) se necesitan criterios precisos y aceptados de corrección. ¿Es esto el caso en materia de interpretación jurídica? ¿Dónde encontramos estos criterios? El lenguaje jurídico, como parte de una lengua natural, no ofrece pautas precisas, unívocas y aceptadas. Lo único que podemos encontrar es el consenso, en un momento y una situación determinados, de la “comunidad” jurídica acerca de una específica interpretación de una disposición particular. En este sentido, es correcta una interpretación no porque se adecua a pautas de corrección sino más bien porque goza de un consenso contingente. Y además habría que analizar con detenimiento la idea de consenso en el marco jurídico que es bien problemática y compleja. En efecto, no todas las opiniones están en el mismo nivel, hay opiniones más influyentes que otras: los órganos autoritativos tienen más peso que los ciudadanos no juristas, solo para hacer un ejemplo claro. Y a veces es suficiente una única opinión para que cambie lo que se considera la interpretación correcta de una disposición. Entonces el consenso no es solo un fenómeno agregativo de opiniones, sino a veces una cuestión cualitativa de quiénes son los que están de acuerdo.

Un punto en que podría quizás coincidir con Rodríguez<sup>14</sup> es la idea de que existe un significado anterior a la interpretación. Pero hay que entendernos. Si estamos haciendo referencia a la interpretación de jueces, abogados o ciudadanos (los destinatarios de las disposiciones legales), entonces el significado que preexiste a la interpretación susodicha es aquello atribuido por los productores de la disposición a la misma disposición, aun si no siempre es posible determinarlo, y si a veces no existe solo uno, ya que el órgano productor es colegiado. En cualquier situación co-

---

<sup>14</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 589.

municativa que usa el lenguaje verbal o escrito, necesariamente quien confecciona el mensaje le atribuye un significado. Así que parecería que yo coincidiera con Rodríguez. Pero, por otro lado, esta última atribución de significado no es una actividad cualitativamente distinta de la interpretación llevada a cabo por los destinatarios de la comunicación. Desde este punto de vista, podríamos entonces afirmar que no existe un significado anterior a la interpretación, ya que es la interpretación – en este caso la del productor de la disposición – la que atribuye un significado a la disposición misma. Así que, en este sentido, yo no estaría de acuerdo con la afirmación de Rodríguez.

#### 4. La relevancia del contexto en la interpretación jurídica

La mayoría de los autores, y Rodríguez también, cuando hablan de la corrección de la interpretación lo hacen a través de afirmaciones – del tipo “la interpretación X es correcta o incorrecta” – que tienen apariencia de universalidad y atemporalidad. Pero, por supuesto, si estas afirmaciones fueran universales y atemporales, resultarían todas falsas, ya que las interpretaciones “correctas” de un enunciado pueden cambiar en el tiempo y en diferentes lugares. Para que consigan tener valor de verdad, solo deben hacer referencia a situaciones particulares. En otras palabras, resulta relevante, en la discusión entre “pesadilla” y “vigilia”, la idea de contexto espaciotemporalmente determinado. Es solo en el interior de un contexto que podemos sensatamente hablar de corrección de una interpretación. Aun sí, claramente, no resulta nada fácil determinar con precisión de qué contexto se trate. A los fines de definir un contexto, tienen relevancia, además del tiempo, el lugar (país, región, jurisdicción, etc.), la rama del derecho (civil, penal, procesal, etc.), los lenguajes a disposición, los criterios interpretativos hegemónicos, etc.

Lo repito: lo que en mi opinión es interesante es detectar (y prever) el grado de indeterminación de un (sector de un) derecho, que es una cuestión empírica cuya solución tendría grande relevancia práctica. Y el grado de indeterminación es inversamente proporcional al grado de consenso que tiene una cierta interpretación.

Rodríguez habla del consenso en el interior de una «comunidad jurídica», y eso conlleva la idea de la relevancia del contexto, constituido, entre otros factores, por un emisor, un auditorio, unas convenciones lingüísticas, unas interpretaciones consolidadas, unas autoridades. Cualquier afirmación de corrección de una interpretación puede ser verdadera solo si se supone que, al menos implícitamente, contenga la cláusula “en este contexto”, es decir: en el momento actual, en esta comunidad, siempre que una autoridad no interprete diversamente, etc.

Además, la diferencia entre textos claros y oscuros – o bien casos fáciles y difíciles – es contingente, depende del contexto. Diacrónicamente todos los casos claros pueden llegar a ser oscuros, y viceversa.



Veamos otra cuestión conectada. Rodríguez afirma, teniendo como blanco crítico las posturas de los genoveses: «Esta relativa indeterminación del derecho haría que la operación de interpretación no sea siempre puramente cognoscitiva. [...] a veces, frente a los casos fáciles o claros, interpretar constituiría una tarea meramente descriptiva de usos lingüísticos, pero en ocasiones, frente a los casos difíciles o problemáticos, el intérprete prescribiría cómo debería entenderse el texto legal de que se trate»<sup>15</sup>. En mi opinión, la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones no pasa por la disyuntiva casos fáciles / difíciles. Como ya lo explicaba claramente Tarello<sup>16</sup>, la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones radica en dos diversas actitudes y relativos actos lingüísticos, que pueden darse igualmente frente a casos fáciles o difíciles: la actitud de describir usos lingüísticos («rilevare», en el léxico de Tarello, o sea detectar interpretaciones) y la actitud de adoptar, proponer de seguir, o bien prescribir estos usos.

Rodríguez reafirma así su tesis:

[...] el hecho de que estemos de acuerdo en nuestros juicios [interpretativos] es lo que hace posible la existencia de las reglas. [...] pero no es a esos acuerdos a lo que acudimos para evaluar como correcta o incorrecta la conducta de quien pretende seguir una regla. Para ello lo que se requiere es dominar la práctica de seguirla, y es ese dominio lo que nos permite juzgar una cierta aplicación de la regla como correcta, no una consulta a los demás sobre la cuestión<sup>17</sup>.

Pero ¿quién es que juzga si alguien domina o no la práctica de seguir la regla, es decir, si puede juzgar que una interpretación es correcta o no? Volvemos a la respuesta de antes: en el derecho y en un contexto, los órganos autoritativos. Más allá de eso solo hay opiniones y preferencias personales.

Las convenciones en el marco jurídico en gran medida dependen (o toman origen) – no «de nuestro acuerdo», sino – de lo que deciden los órganos y resulta por tanto falsa la analogía con el lenguaje ordinario. Si se quiere seguir con esta analogía, se podría reflexionar sobre la pareja gramática / diccionario, para entender las relaciones entre los usos lingüísticos efectivos y los usos “correctos”, es decir entre las interpretaciones efectivas y aquellas “correctas”. Gramáticas y diccionarios son metalenguajes, que hablan de un mismo lenguaje objeto, una lengua natural, el español, el italiano, el francés, etc. Las gramáticas son directamente normativas, ya que prescriben reglas de usos correctos del lenguaje, mientras que los diccionarios son directamente descriptivos, ya que brindan informaciones sobre los usos corrientes del lenguaje. Pero las gramáticas, indirectamente, reflejan los usos lingüísticos corrientes, y son por lo tanto también descriptivas; y los diccionarios eligen sólo

<sup>15</sup> Rodríguez 2021: 594.

<sup>16</sup> Cfr. Tarello 1980: 61 ss.

<sup>17</sup> Rodríguez 2021: 599.

algunos de los sentidos en que se usan las palabras de una lengua, y son por lo tanto también normativos. Sin embargo, el determinante en última instancia de la corrección, incluso en el lenguaje ordinario, *dans la longue période*, son los usos efectivos, y así ocurre en la interpretación jurídica, donde, además, los órganos autoritativos pueden “constituir” la corrección apoyándose en la amenaza del uso de la fuerza, poder que les falta en absoluto a los gramáticos.

## 5. ¿En qué se diferencian “vigilia” y “pesadilla”?

Rodríguez escribe:

[...] la posición [escéptica moderada] de Guastini se vuelve inestable y sujeta al siguiente dilema: o bien mantiene a ultranza la idea de que la interpretación en función práctica es una operación siempre adscriptiva y que nunca disponemos de pautas objetivas para evaluar su corrección o incorrección, en cuyo caso [...] su posición devendría prácticamente indistinguible del escepticismo radical, o bien preserva la idea de que hay interpretaciones admisibles y otras que no lo son, lo cual dependerá de las pautas de corrección existentes en cada comunidad jurídica, con lo que al menos frente a ciertos casos dispondríamos de pautas objetivas de evaluación de los resultados de la interpretación en función práctica como correctos o incorrectos, pero entonces el escepticismo moderado se tornaría indiscernible de la tesis de la indeterminación parcial que se examinará a continuación<sup>18</sup>.

Hablar de «pautas objetivas» me parece cuestionable: claramente no se trata de una objetividad ontológica, como máximo sería epistémica. Se podría por lo tanto hablar de “pautas intersubjetivamente aceptadas” pero solo en el interior de un contexto, como ya afirmé hace poco. Parecería entonces que, como sugiere Rodríguez, la distancia entre el escepticismo moderado y los partidarios de la tesis de la indeterminación parcial se achicara mucho y casi desvaneciera.

De todas formas, la discusión acerca de si una teoría de la interpretación es escéptica moderada – y afirma la indeterminación del derecho, pero de manera no demasiado radical –, o intermedia – y afirma la indeterminación parcial del derecho – me aparece hoy bastante inútil (en italiano se diría “stucchevole”, empalagosa, que genera hastío o aburrimiento), dado que su solución depende en gran medida de cuestiones de definición. Pero más allá de los intentos clasificatorios, el punto dirimente sigue siendo el de la normatividad del significado, que los escépticos niegan, al menos diacrónicamente, y los partidarios de la “vigilia” aceptan. Es decir, el punto dirimente es cómo contestar a la pregunta sobre las pautas de corrección de la interpretación. Entiendo que, a un juez como es Rodríguez, le cueste aceptar la falta

<sup>18</sup> Rodríguez 2021: 593.

de “objetividad” de estas pautas, que determina, además, como consecuencia, la asunción de una fuerte responsabilidad política de los jueces en el desarrollo de sus actividades interpretativas, y no solo en la calificación de los hechos del caso. Pero el teórico Rodríguez debería quizás sugerirle al juez Rodríguez que *ad impossibilia nemo tenetur*: hay que resignarse frente al hecho de que la jurisdicción es ejercicio discrecional de poder normativo en el que las ideas de verdad y corrección no juegan otro papel que lo de cautivantes artefactos retóricos.

### Referencias bibliográficas

- Comanducci, P. (2021). “*Facciamo a capirci*”. *Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica*, «Lo Stato», 9(16), 429-40.
- Hart, H.L.A. (1963). *The Concept of Law* (1961), trad. esp. de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Hart, H.L.A. (1977). *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, «Georgia Law Review», 11, 5, 969-89.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Pisa, ETS.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - São Paulo, Marcial Pons.
- Tarello, G. (1980). *La interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.



# Discutiendo con Jorge Rodríguez

Riccardo Guastini\*

## Resumen

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

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

## Abstract

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

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

## Premisa

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

---

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

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

## 1. Positivismo jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Jerarquías normativas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. La cláusula alternativa de Kelsen

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



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

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

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

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

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

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

#### 4. Normas de competencia

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

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

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

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

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

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

## 5. Interpretación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# El canto del cisne. Jorge Rodríguez y la tradición analítica\*\*

Mauro Barberis\*

## Resumen

El objeto de esta intervención es el enfoque analítico adoptado por Jorge Rodríguez desde el título de su *Teoría analítica del derecho* (2021): enfoque típico de la Escuela de Buenos Aires y también de la Escuela de Génova, al menos desde el encuentro de la una con la otra. En esta sede, esta auténtica tradición de investigación será objeto de críticas externas, pero no ajenas, realizadas a partir de otra tradición teórica que se podría calificar como post-analítica, y que por simplicidad llamaré evolucionismo jurídico. En particular, primero se explicitarán cuatro tesis representativas de la tradición argentino-genovesa: el normativismo, el no cognitivismo ético, las teorías del sistema jurídico y de la interpretación. Luego, para cada una de estas tesis se imaginarán las alternativas que el evolucionismo jurídico podría proponer y, más en general, se imaginará una mayor apertura de la tradición argentino-genovesa y otras tradiciones analíticas a las ciencias empíricas y las doctrinas normativas.

**Palabras clave:** Teoría analítica. Norma. No cognitivismo. Sistema jurídico. Interpretación.

## Abstract

The subject of this intervention is the analytical approach adopted by Jorge Rodríguez from the title of his *Teoría analítica del derecho* (2021): an approach typical of the Buenos Aires School and the Genoa School too, at least since the meeting of the one with the other. This authentic tradition of investigation is here object of ex-

---

\* Traducción al español de Julieta A. Rabanos.

\*\* Università di Trieste, Dipartimento IUSLIT, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste (Italia), barberis@units.it.

Agradezco a la traductora, Julieta A. Rabanos, las sugerencias dadas también para “civilizar” un texto originalmente controvertido. Sin embargo, la responsabilidad del resultado sigue siendo del autor.

ternal but not alien criticism, brought by another tradition that could be termed as post-analytic, and that for simplicity I will call legal evolutionism. In particular, four representative theses of the Argentine-Genoese tradition are made explicit: normativism, ethical non-cognitivism, theories of the legal system and of interpretation. For each of such theses the alternatives that legal evolutionism could propose are imagined, and with them a greater openness of the Argentine-Genoese and other analytic traditions to empirical sciences and normative doctrines.

**Keywords:** Analytical Theory. Norm. Non-cognitivism. Legal System. Interpretation

Il prode cavalier non s'era accorto  
che andava combattendo ed era morto.  
(J.L. Borges - F. Berni, 1984)

## Premisa

Sucede, en ocasiones, que una tradición de investigación produzca sus mejores frutos cuando parece irse agotando. El fenómeno, que llamaré *Canto del Cisne*, o *Fruto Tardío*, se repite con la tradición analítica argentino-genovesa y con el último libro de Jorge Rodríguez, titulado *Teoría analítica del derecho* (2021; de ahora en adelante, citado aquí como TAD)<sup>1</sup>. En las próximas tres secciones, justificaré esta afirmación con: 1) un estado de la cuestión de tal tradición analítica; 2) una síntesis de las tesis del libro más representativas de la misma tradición; y 3) una síntesis de las objeciones a cada una de esas tesis formulables desde un punto de vista post-analítico, que llamaré evolucionismo jurídico.

El presente trabajo es la segunda versión de un comentario hecho en el marco del debate sobre el libro de Rodríguez, celebrado en Génova en enero de 2022, y no consigue subsanar todos los defectos que presentaba la primera versión. Eliminadas las expresiones innecesariamente polémicas, el texto de esta segunda versión no señala suficientemente todos los méritos de la obra de Rodríguez, que el propio autor – con demasiada modestia – presenta como una sistematización de sus ideas. En este sentido, pido de antemano disculpas por la vaguedad de mis críticas, casi todas metodológicas, que habrían merecido más ejemplos, mucha más profundización y un aparato de notas infinitamente mayor.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021.



## 1. *Érase una vez la teoría analítica del derecho*

Siguiendo un lugar común que después criticaré, por “filosofía/teoría analítica” entiendo provisionalmente el análisis del lenguaje relativo al derecho o a cualquier otro tema. Práctica ciertamente indispensable, pues sirve para aclarar de qué se está ocupando uno; en este sentido, de hecho, cualquier estudioso serio es un analista, lo sepa o no. Sin embargo, como decía John L. Austin, el análisis del lenguaje (ordinario) es la primera palabra pero no la última, y de hecho puede incluso convertirse en un obstáculo para la investigación: especialmente cuando se refiere a fenómenos, como el derecho, que se prestan a ser reducidos a lenguaje<sup>2</sup>.

El pecado original de la teoría analítica del derecho es justamente éste: la reducción del derecho a lenguaje o, peor, a legislación. Este auténtico error categorial – la confusión del objeto con el método – es cometido sobre todo por la teoría analítica continental. De hecho, es sobre todo en el *civil law*, donde la ley es la fuente principal desde hace al menos dos siglos, que la reducción del derecho a lenguaje ha entrado en el sentido común. Al error categorial se le ha añadido luego la falacia del objetualismo: el positivismo jurídico ha buscado, en el mundo, un objeto que corresponda a la palabra “derecho”, y ha creído encontrarlo en la ley.

Tal reducción, propuesta por Norberto Bobbio desde el ensayo inaugural de la teoría analítica italiana<sup>3</sup>, resulta infundada por al menos dos razones. Si la reducción es fruto de una teoría de la dependencia lingüística *directa* – en virtud de la cual existirían sólo normas formuladas lingüísticamente –, la reducción pretende *demasiado* y es fácilmente confutada. El mismo Rodríguez aduce contraejemplos obvios de normas no formuladas, basándose en la *practice theory* de Herbert Hart y, todavía anterior, en el análisis del *rule-following* de Ludwig Wittgenstein.

En cambio, si la reducción es fruto de una teoría de la dependencia lingüística *indirecta* – en virtud de la cual sí existen normas no formuladas, pero siempre formulables lingüísticamente con base en el principio de expresibilidad (*effability principle*) de John Searle –, esta pretende *demasiado poco*. De cualquier objeto, relación o proceso, en efecto, se puede decir que existe bajo la condición necesaria – aunque no suficiente – de que se pueda nombrarlo, formular su sentido o concepto en palabras: lo inefable no existe, y no puede ser pensado<sup>4</sup>. Pero entonces no se entiende por qué el fenómeno jurídico debería tener una relación privilegiada con el lenguaje, o en cualquier caso una relación diferente de aquella que, con éste, tienen todos los otros fenómenos sociales e incluso naturales.

<sup>2</sup> Pino 2022: 103: «Può certamente essere controversa l’affermazione che il diritto sia un fenomeno *essenzialmente* linguistico, o *esclusivamente* linguistico», pero no que «il diritto – e specialmente il diritto contemporaneo – abbia una *dimensione* linguistica» (última cursiva modificada).

<sup>3</sup> Bobbio 1950.

<sup>4</sup> Cfr. Barberis 1990a y, más en general, Barberis 1990b.

¿Por qué, entonces, la creencia en esta relación privilegiada todavía echa raíces en la teoría analítica, al menos aquella continental? Por al menos cuatro motivos que, tomados en conjunto, explican su evidencia: una evidencia, en cambio, sólo aparente.

El *primer* motivo es aquel que los teóricos continentales llaman a veces *legicentrismo*: la convicción de que el único derecho “verdadero” es la legislación. Ésta se diferenciaría del “derecho mudo” consuetudinario<sup>5</sup> tanto por su calidad de democrática, típica de la legislación parlamentaria (pero no de otras legislaciones), como por el hecho de estar canónicamente formulada. “Formulación canónica” quiere decir que la ley existe sólo en virtud de su propia formulación, promulgación y publicación en debida forma por parte de cualquier legislador competente.

El *segundo* motivo, consecuencia del anterior, es la falacia que los evolucionistas llaman *constructivismo*: la creencia de que las instituciones humanas nacen sólo a partir de proyectos, y no también como efectos no intencionales de los proyectos mismos<sup>6</sup>. Esta creencia, sin embargo, podría ser rebautizada como *creacionismo*, por analogía con el rechazo teísta del evolucionismo<sup>7</sup>. Los positivistas continentales, en efecto, tienden a concebir al derecho no solo como un mero producto humano, sino como creación *ex nihilo* por parte de un Legislador omnipotente y omnisciente. A los evolucionistas les parece obvio lo contrario: los seres humanos siempre hacen el derecho, pero no siempre saben el derecho que hacen.

El *tercer* motivo detrás del reduccionismo lingüístico es la viscosidad de las tradiciones disciplinarias: y no me refiero solo al positivismo jurídico, sino también a la propia tradición analítica. Para quien ha sido adiestrado en tal tradición, como quien suscribe estas páginas, el análisis lingüístico se vuelve un automatismo intelectual, una suerte de segunda naturaleza. Un ejemplo: cuando en aquel lejano 2001 osé criticar la teoría genovesa de la interpretación (con argumentos que hoy considero bastante ingenuos) alguien me confió que, para quienes interrogaban a los estudiantes con base en los manuales de la Escuela, mis objeciones de entonces no sonaban tanto equivocadas como casi inconcebibles.

El *cuarto* motivo para la reducción del derecho a lenguaje es que proporciona un pretexto óptimo para omitir o no tomar en consideración disciplinas, como las ciencias naturales o sociales, que son más complejas y agotadoras que el análisis del lenguaje. Sin embargo, no debe pensarse tanto en pereza intelectual como en las condiciones nacionales e internacionales de la división del trabajo de investigación teórica-jurídica. En regiones como América Latina o Europa del Este, por ejemplo, donde en otros tiempos cultivar estudios diferentes podía ser costoso o peligroso, fue más fácil dedicarse al análisis lingüístico o a la lógica. Por lo demás, yo mismo

---

<sup>5</sup> Sacco 2015.

<sup>6</sup> Así, Popper 1975: 68-69.

<sup>7</sup> Barberis 2015.

admito que es preferible especializarse en el análisis del lenguaje en vez de hacerse pasar por todólogo.

Un ejemplo paradigmático de reduccionismo lingüístico es, a mi parecer, la parábola del realismo genovés. En sus orígenes, sus palabras claves eran las mismas que las de los realismos jurídicos escandinavo y norteamericano: hechos, no palabras; investigación empírica, no cuestiones conceptuales. Sin embargo, después de la muerte de Giovanni Tarello (el fundador de la Escuela), las investigaciones históricas, sociológicas y económicas fueron casi abandonadas, hasta que el encuentro con el neo-kelsenismo y el neo-formalismo puso una lápida sobre cualquier ambición extra-analítica. Como si anti-dogmatismo, interdisciplinariedad y curiosidad intelectual fuesen lujos, y no las condiciones mismas de la vitalidad de una tradición de investigación.

## 2. Jorge Rodríguez y la teoría analítica

El título *Teoría analítica del derecho* – y no “Una” *teoría analítica del derecho* – nos advierte que no lidiamos con la teoría del derecho de Rodríguez – a pesar del hecho que el autor habla de una «sistematización de mis ideas sobre diferentes tópicos de la teoría general del derecho»<sup>8</sup> –, sino con una suerte de *suma* de la teoría jurídica analítica en general. El estilo cristalino del autor permite incluso al lector no especialista el consultar como un manual, sino todas las ochocientas páginas del libro, al menos la síntesis proporcionada por las tres primeras secciones de cada capítulo<sup>9</sup>. Otras veces, sin embargo, Rodríguez parece operar con contribuciones analíticas más recientes un poco como Triboniano con el derecho romano, con el objetivo de salvarlas del olvido.

Digo esto también para justificar mi comentario, que es parcial en los dos sentidos principales del adjetivo: no total, y no imparcial. El comentario es parcial en el sentido de no total pues, en vez de centrarse en temas substanciales (al igual que los otros contribuyentes a este debate), busca considerar casi solo cuestiones metodológicas. Además, el comentario no es imparcial pues, como analista decepcionado (que trabajó treinta años dentro de la tradición que ahora critico), el análisis del lenguaje me resulta hasta demasiado familiar: al punto tal de que podría realizar advertencias a los jóvenes para que no repitan mis mismos errores.

El libro se presenta como impersonal, olímpico, y universal. Impersonal: cualquier analista del lenguaje jurídico – por supuesto: que fuese bueno como Rodríguez, y que tenga la amplitud de sus intereses conceptuales – habría podido escribirlo. Olímpico: el libro mira a su objeto, el derecho, a través del velo del lenguaje y adoptando el principio de la *Wertfreiheit*. Sobre todo, universal: el autor no siempre

<sup>8</sup> TAD: 18.

<sup>9</sup> Véase aún TAD: 18.

parece leer las teorías, propias y ajenas, como condicionadas por el contexto de pertenencia – por ejemplo, de *civil law* o de *common law* –, y a veces incluso las discute como si fueran propuestas desde *Nowhere*, fuera de una época y de una cultura particular.

Yo haré justamente lo contrario: extraeré/abstraeré del libro cuatro tesis que, lejos de ser adscribibles a una Teoría Analítica del Derecho olímpica, son humanas y contextualizadas. En particular, las cuatro tesis me parecen representativas de una tradición analítica específicamente continental-y-latinoamericana y, aún más particularmente, de una suerte de sincretismo argentino-genovés. En todo caso, nada de realmente general, en el sentido de “universal” típico de expresiones como “teoría general del derecho” y “*general jurisprudence*”. Más bien, estamos tratando aquí con una teoría de *nuestro* derecho, manejado por nosotros los juristas de *civil law*.

La *primera* tesis de Rodríguez, que se pretende general pero que parece en realidad típica de la tradición continental y del sincretismo argentino-genovés, se refiere al concepto de *norma*. “Norma” es entendida, *à la génnoise*, como significado de una disposición legislativa y no, *à la Hart*, como práctica social: ¿no ha quizás admitido el propio Hart, en el *Postscript* (1994), que su *practice theory* no vale para la legislación? A pesar de asumir que típicamente las normas son formuladas, Rodríguez admite que «no todas las normas deben su existencia a la formulación de ciertas expresiones en el lenguaje, rechazándose por igual tanto la reducción de las normas a *reglas*, entendidas como normas expresamente formuladas en el lenguaje, como a meras *regularidades* de conducta»<sup>10</sup>.

Supongo que todos los analistas continentales y argentino-genoveses se reconocerán en este análisis, al admitir la existencia – a título de excepción – de costumbres, precedentes y jurisprudencias, normas todas privas de una formulación canónica, constitutiva o creativa de la norma misma. Los precedentes, o mejor dicho la jurisprudencia, son tal vez considerados por ellos como una forma extraña de legislación, creada por aquel legislador aún más extraño que es el juez, quien normalmente no decide por iniciativa propia. Los precedentes parecen más bien costumbres judiciales donde – como en todas las costumbres – es la conducta misma (aquí, las decisiones de casos similares) la que actúa como norma<sup>11</sup>. De hecho, Rodríguez no habla de los precedentes y, en cuanto a las costumbres, parece seguir sobre todo a Georg-Henrik von Wright, al asimilarlas por un lado a prescripciones implícitas y, por otro lado, a reglas determinativas<sup>12</sup>.

La *segunda* tesis, que también se presenta como general, es el no cognitivismo (meta)ético. Rodríguez habla de esto en el segundo capítulo<sup>13</sup> y luego en el sépti-

<sup>10</sup> TAD: 18.

<sup>11</sup> Barberis 2016.

<sup>12</sup> TAD: 49-50.

<sup>13</sup> TAD: 135 ss.

mo<sup>14</sup>, tomando a la posición opuesta, el cognitivismo (meta)ético, merecidamente más en serio que los analistas continentales. La metaética, por lo demás, se encuentra así tanto sobre- como infra-valorada. Está sobrevalorada cuando el autor la vuelve la cuestión principal en relación con la cual el positivismo jurídico se distinguiría del iusnaturalismo: cuando en cambio Jeremy Bentham, John Austin y todos los utilitaristas son sí positivistas, pero también cognitivistas.

La metaética es infravalorada, en cambio, cuando Rodríguez se limita a reformular con mayor claridad las distinciones ya petrificadas en el debate continental, cuidándose bien de volverlas a poner en discusión. En particular, él reconduce la propia distinción entre cognitivismo y no-cognitivismo a las respectivas concepciones de los desacuerdos éticos: meros desacuerdos de creencia para los cognitivistas, también de actitud para los no-cognitivistas. De esta manera, el tema de los valores sólo es rozado, mencionando en el último capítulo el confuso debate acerca de la normatividad del derecho (sobre el cual volveré en la próxima sección).

La *tercera tesis, soi-disant* general pero en realidad típica únicamente de los teóricos del *civil law*, se refiere al concepto de *sistema jurídico*. Aquí, Rodríguez retoma (los desarrollos de) la clásica teoría de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, luego transportada por Giovanni Battista Ratti a las costas genovesas<sup>15</sup>. Teoría con un gran mérito, entre otros: recordarnos que la idea misma de sistema es una proyección de la actividad de sistematización y de su producto, la sistemática, típicas de la doctrina continental. Teoría con un defecto doble, sin embargo: hablar no del derecho sino de su representación lingüística, y hablar sobre éste como si se tratara de un mero conjunto de normas.

Rodríguez, en efecto, retoma la última versión de la teoría de Alchourrón y Bulygin, que representa un sistema jurídico (por ejemplo, el argentino o el inglés) como un ordenamiento formado por un conjunto dinámico – o sucesión – de conjuntos estáticos – o momentáneos – de normas. Representación atomista: los conjuntos son identificados sólo a partir de las normas que los conforman. Representación extraña para los juristas positivos: estos no identifican en absoluto al derecho argentino o inglés de esta manera. Representación sustituible, como veremos, por una representación alternativa: no atomista, sino individualista-metodológica.

Una *cuarta tesis*, siempre con pretensiones de generalidad pero representativa sobre todo del sincretismo argentino-genovés, se refiere a la *interpretación*: tema originalmente extraño a *Normative Systems*, pero importado en gran medida de la teoría de la interpretación “genovesa”<sup>16</sup>. También aquí, se trata de un tema típico – aunque no exclusivo – de la teoría analítica continental: es en el derecho formulado lingüísticamente, la legislación, en donde se da interpretación como atribución

<sup>14</sup> TAD: 671 ss.

<sup>15</sup> Alchourrón & Bulygin 1976 y 2005, y Ratti 2008.

<sup>16</sup> Ver TAD, sobre todo TAD: 553-597.

de significados a textos. En el *common law* en sentido estricto, derecho judicial no canónicamente formulado, al máximo se da *adjudication*, que es cosa diferente.

También Rodríguez, como todos los teóricos analíticos post-hartianos, adopta la tripartición de las teorías de la interpretación de Hart, y luego declara su adhesión al escepticismo moderado: oxímoron, éste, difundido por nosotros los “genoveses” con el objetivo de refinar la teoría de la interpretación de Tarello, rebautizada como escepticismo extremo. Sin embargo, en una inspección más cercana, al escepticismo moderado adherían el propio Hart (con su teoría mixta), Hans Kelsen (con su metáfora del marco de significado), e incluso Guastini (que critica la metáfora *core/penumbra* de Hart pero acepta la del marco de Kelsen, sin advertir las analogías entre las dos).

También en este resumen sumario, la teoría analítica del derecho de Rodríguez parece detenida en las posiciones de sus padres del siglo XX, siempre haciendo abstracción de su propia colocación espaciotemporal. Todas sus actualizaciones, tal vez realizadas con el objetivo de salvar del olvido muchas discusiones más recientes, no escapan a esta impresión de *déjà-vu*. ¿Existen alternativas? A mi parecer, sí, cómo veremos en la próxima sección. Para buscarlas, sin embargo, uno necesita ser siempre consciente de hablar desde adentro de una tradición de investigación, por definición no universal-y-eterna, sino cultural-e-histórica.

### 3. La vía de fuga evolucionista

Criticando el lugar común mencionado al principio, el verdadero carácter distintivo de la tradición de investigación que se dice analítica (por oposición a la que se dice especulativa), no es el análisis del lenguaje. La verdadera distinción está en otra parte: en la diferente relación entre ciencia y filosofía. En pocas palabras, la tradición especulativa rechaza el primado de la ciencia sobre la filosofía; la tradición analítica, por su parte, lo acepta. El análisis del lenguaje, por así decir, es un lujo: nace como crítica del lenguaje de la ciencia, luego extendida al lenguaje ordinario y técnico-jurídico. Ahora bien, ¿cuál es la relación de los analistas continentales del derecho con la ciencia?

Para mostrar cuán diferentes eran de los filósofos especulativos tradicionales, los teóricos analíticos continentales han mostrado (desde los padres fundadores) un interés desproporcionado por la doctrina o dogmática jurídica y por la interpretación doctrinal, que los juristas de *civil law* decoran precisamente con el nombre de “ciencia jurídica”. Los más conscientes entre ellos – Kelsen, Alf Ross... – han incluso propuesto, ante la indiferencia de los juristas positivos, sustituir a la dogmática con algo más “científico”, que finalmente se ocupase del derecho y no sólo de la interpretación de su lenguaje. Un programa demasiado ambicioso, sin embargo, para los analistas continentales.

También aquellos analistas que se declaraban realistas se sustrajeron a la apertura de la cultura jurídica a las ciencias sociales: sociología, politología, economía, antropología... La híper-especialización de la investigación científica hizo el resto: o uno se volvía todólogo, fingiendo conocer disciplinas que de hecho se ignoraban; o se concentraba en el análisis del lenguaje jurídico, en la lógica, en los casos mejores acerca de la teoría de la argumentación. Sobre todo, se seguía hablando – no del derecho como fenómeno social, sea como sea concebido, sino – del lenguaje jurídico, indefinidamente<sup>17</sup>.

Con una paradoja: mientras que la doctrina más actualizada se confronta con las ciencias sociales – los constitucionalistas, con la ciencia política; los privatistas, con el análisis económico; los penalistas, con la criminología; y todos los otros, con la informática –, la teoría analítica no lo hace. En particular, mientras las ciencias (sin demasiada diferencia entre naturales y sociales) adoptaban explícita o implícitamente el modelo evolucionista, en sus versiones naturalistas (*blind variation/selective retention*) o culturalistas (los efectos no intencionales de la acción humana, intencional por definición), los analistas, no: excepto afirmar, al principio, que hubiera sido adecuado hacerlo.

Solo por esto, aquí, llamo evolucionista a la teoría del derecho que opongo a la teoría analítica: cuando para distinguirlas bastaría ya decir que la teoría analítica se ocupa principalmente del lenguaje y la teoría evolucionista, principalmente, del mundo (lenguaje incluido). Va de suyo que una teoría evolucionista no está obligada a ocuparse de los mismos temas de los que se ocupan los analistas, o el propio Rodríguez. Sin embargo, dado que quien no sigue los ejemplos de los analistas está siempre bajo sospecha de querer eludir los problemas por ellos planteados, aquí intentaré mostrar que la teoría evolucionista puede dar respuestas diferentes – y tal vez, incluso mejores – a esos los mismos problemas.

La *primera* tesis evolucionista, relativa a las normas jurídicas, se refiere a las normas no formuladas o, mejor dicho, no formuladas canónicamente. A las costumbres, cierto, que como nos ha mostrado Bruno Celano (hoy quizás el mayor analista italiano del derecho) son explicables con las convenciones y la teoría de los juegos<sup>18</sup>. Pero aquí estoy pensando sobre todo en los precedentes o, mejor dicho, en las jurisprudencias (series de precedentes): auténticas costumbres judiciales, acerca de las cuales – si no erro – no hay rastro en las páginas de Rodríguez. Y esto a pesar de que su importancia, incluso en el *civil law*, no pueda ser sobrevalorada.

Ello así porque es sobre todo a través de los precedentes judiciales, y solo después a través de la legislación, que evoluciona el derecho, volviéndose – no un mero conjunto, sino – un auténtico sistema normativo. Ciertamente, es sólo cuando se convierte en legislación que el derecho se institucionaliza de modo definitivo, diferenciándose

<sup>17</sup> Cfr. Barberis 1997.

<sup>18</sup> Celano 2010.



de otros sistemas normativos como costumbre, religión o moral. Para adquirir conciencia del proceso, sin embargo, se necesita conocer la historia, o al menos leer las páginas de Niklas Luhmann acerca de los procesos de diferenciación del derecho de los otros sistemas sociales<sup>19</sup>. “Sociología del derecho”, dirá alguno, con un matiz de desprecio.

Para nada. Ni sociología ni historia, sino *teoría* del derecho o, mejor dicho, del fenómeno jurídico, lenguaje jurídico incluido. En las páginas de Luhmann – basta pensar en su ensayo dedicado a la constitución como adquisición evolutiva<sup>20</sup> – hay mucha más teoría del derecho que en libros enteros dedicados al análisis de las relaciones entre (el concepto de) derecho y (el concepto de) moral. Allí, el término “moral”, analizado por Luhmann no menos seriamente que por los analistas, indica uno o todos los sistemas normativos no jurídicos: costumbre, religión, moral, política, economía... El autor los llama “el ambiente del sistema jurídico” y también “el no-derecho”.

La *segunda* tesis evolucionista es relativa a la *metaética*, y supera a la típica alternativa analítica entre cognitivismo y no-cognitivismo ético. Como decía antes, Rodríguez roza este tema enorme mencionando la no inolvidable discusión reciente acerca de la normatividad del derecho<sup>21</sup>, con los analistas que se dividen entre partidarios de la unidad o de la fragmentación del discurso ético y práctico<sup>22</sup>. Pálido eco, esta discusión, del debate más profundo que tuvo lugar entre el siglo XIX y el siglo XX en Europa, desde Max Weber hasta Bernard Williams, pasando por Isaiah Berlin, a propósito de monismo y pluralismo de valores<sup>23</sup>.

Aquí, sin embargo, a costa de suscitar la sospecha académica analítica de siempre (es decir, hablar de historia, de sociología, de economía; en breve, de otra cosa, del mundo y no del lenguaje jurídico), es necesario salir de la siembra kelseniano-bulyginiana y referirse a la metodología evolucionista compartida por Karl Popper y la Escuela austríaca de economía, desde Carl Menger hasta Friedrich Hayek. En particular, los Austríacos – originalmente docentes de economía en las Facultades de Derecho del Imperio Austro-Húngaro – tienen dos tesis distintivas: el individualismo metodológico y el subjetivismo metaético<sup>24</sup>.

Por “individualismo metodológico” se entiende la tesis de que, para explicar fenómenos complejos como mercado, derecho y Estado, es necesario reconstruirlos a partir de las acciones individuales de las cuales han ido evolucionando y, sobre todo, a través de las cuales siguen funcionando. “Subjetivismo metaético”, en cambio, in-

<sup>19</sup> Cfr. Luhmann 1990.

<sup>20</sup> Luhmann 1996.

<sup>21</sup> TAD, 671 ss., especialmente TAD: 779 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Stelmach. Brožek 2011; Bertea. Pavlakos 2011; Bix 2021.

<sup>23</sup> Barberis 2008: 163-197.

<sup>24</sup> Para introducciones bastante sintéticas a los textos originales de la Escuela, y a sus desarrollos sucesivos hasta hoy, ver al menos Milford 1996 y 2001; y Butler 2014.



dica la tesis de que valores supuestamente objetivos, como los precios de los bienes en la macroeconomía, son reducibles a evaluaciones subjetivas de los individuos en la microeconomía. Combinando las dos tesis, y extendiéndolas de la economía a otros sistemas sociales, se obtiene una metaética, e incluso teorías del sistema y de la interpretación, tal vez mejores que las teorías analíticas *mainstream*.

La aplicación del método austríaco a la metaética es inmediata: los juicios individuales de valor son subjetivos, es más, idiosincráticos y arbitrarios; los valores colectivos que se forman a partir de estos, en cambio, son lo suficientemente objetivos como para permitir que se formen expectativas acerca de las acciones ajenas.

Pasando a la *tercera* tesis, relativa al *sistema*, se vuelve quizás más claro por qué la teoría del ordenamiento como sucesión de conjuntos de normas, que cambian de identidad al variar de cada norma individual, no es sólo contraintuitiva para el jurista positivo: ¿qué jurista ha identificado así, alguna vez, el derecho italiano o argentino, por no hablar del derecho inglés?

Dicho de otra manera, esta clásica teoría presenta el defecto de ser atomista, de reducir sistemas sociales complejos como el derecho a la simplicidad ilusoria de meros conjuntos, cada uno concebido como un todo reducible a la suma de sus propias partes. No es de esta manera que cualquier teoría de los sistemas concibe a su propio objeto<sup>25</sup>. Los sistemas, incluso los sistemas jurídicos, sí son conjuntos, pero de múltiples relaciones entre las partes, cuyo “todo” es por tanto irreducible a la suma de estas partes. El individualismo metodológico implica por tanto una suerte de holismo, un sistema de múltiples relaciones entre las partes, que no debe confundirse con el organicismo (la concepción de las partes como miembros de un organismo), que era precisamente el objetivo crítico de los individualistas metodológicos austríacos.

En el caso del derecho, por otro lado, entre las relaciones identificativas del sistema se deben contar no sólo las relaciones entre normas, sino también las relaciones entre las normas y las instituciones que las producen o las aplican: el normativismo analítico necesita una sana inyección de institucionalismo. Es gracias a la institución de los tribunales, a través de las *rules of adjudication* de Hart, que el derecho comienza a diferenciarse de los otros sistemas sociales. Es gracias a la institución de los parlamentos, a través de las *rules of change* hartianas, que el derecho se vuelve legislación, respondiendo a exigencias regulativas crecientes<sup>26</sup>.

De aquí se siguen consecuencias importantes también para la *cuarta* tesis, relativa a la *interpretación*. Los teóricos analíticos continentales en general, y los argentino-genoveses en particular, la conciben como atribución de significado a textos. De aquí su escepticismo moderado, que propongo llamar “realismo interpretativo inge-

<sup>25</sup> Ver paradigmáticamente Bertalanffy 1968.

<sup>26</sup> Para una reformulación de la teoría de las normas secundarias de Hart como proceso de institucionalización, ver Barberis 2017: 118-125.

nuo”. En efecto, si se consideran a los textos normativos como descontextualizados (aislados del mundo y del contexto sistémico e institucional), y a los intérpretes como *uti singulos* (cada uno luchando con un texto y solo con un texto), es difícil no concebir la interpretación como más o menos impredecible, discrecional, arbitraria.

No así, en cambio, si se consideran los textos normativos en sus contextos de aplicación judiciales, sistémicos e institucionales<sup>27</sup>. Mirando a las aplicaciones no *uti singulae* – como precedentes – sino *uti universae* – como jurisprudencias mayoritarias gobernadas por el principio de inercia de Chaïm Perelman<sup>28</sup> –, como por arte de magia la interpretación no parece ya impredecible; y una dosis de certeza – es decir, previsibilidad y estabilidad – vuelve a ser la condición misma de la existencia del derecho, como de cualquier otra institución. Es ésta la teoría de la interpretación que propongo llamar “realismo interpretativo *maduro*”.

Una última observación acerca de la teoría del derecho del futuro. Todos nosotros, estudiosos de *humanities*, nos ocupamos de fenómenos que parecen viejos como el mundo, o al menos como el derecho: un poco como Internet les parece a los nativos digitales, esta institución a cuya aparición nosotros migrantes digitales hemos asistido durante nuestra vida. Para los nativos, el mundo se ha vuelto inconcebible sin Internet: justamente como, para nosotros, lo sería sin religión, derecho, política... El experimento mental que propongo consiste justamente en esto: mirar al derecho como si no tuviera siglos, sino como si estuviera naciendo ahora mismo.

Es decir, pensar sí en el derecho como un sistema de normas (y de instituciones), pero no creado arbitrariamente por alguien, sino producido día a día por individuos cuyas acciones, tomadas individualmente, son obviamente impredecibles; pero que, consideradas colectivamente, forman sistemas normativos sí siempre cambiantes, pero lo suficientemente estables como para permitirnos vivir seguros. Sin embargo, antes de eso y, sobre todo, se debería dejar de pensar que la tarea de nosotros – teóricos del derecho – pueda reducirse al análisis del lenguaje. Hay otro mundo, un mundo entero e infinitamente más interesante, allá afuera.

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1976). *Sobre el concepto de orden jurídico*, «Crítica», VIII, 23, 2-23.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2005). *Normative Systems* (1971), trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli.

<sup>27</sup> Ver Poggi 2020.

<sup>28</sup> Olbrechts-Tyteca, Perelman 1966: t. I, 112-114.

- Barberis, M. (1990a). *Regole e linguaggio: primi elementi per la critica del prescrittivismismo*, en Comanducci, P. & Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 9-27.
- Barberis, M. (1990b). *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Barberis, M. (1997). *La cosa-diritto. Tarello e la definizione del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, 2, 271-292.
- Barberis, M. (2008). *Etica per giuristi* (2006), trad. cast. *Ética para juristas*, Madrid, Trotta.
- Barberis, M. (2015). *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 67-101.
- Barberis, M. (2016). *Un'altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale*, en Storti, C. (ed.), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 207-232.
- Barberis, M. (2017). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Bertalanffy, L. von (1968). *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, Milano, ILI.
- Berteau, S., Pavlakos, G. (eds.) (2011). *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford-Portland (Or.), Hart.
- Bix, B. (2021). *The Normativity of Law*, en Spaak, T., Mindus, P. (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press, 585-605.
- Bobbio, N. (1950). *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 4, 342-367.
- Butler, E. (2014). *Austrian Economics: A Primer* (2010), trad. it. *La scuola austriaca di economia. Un'introduzione*, Soveria Mannelli (Cz.), Rubbettino.
- Celano, B. (2010). *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne.
- Luhmann, N. (1990). *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Luhmann, N. (1996). *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), trad. it. en Zagrebelsky, G., Portinaro, P.P., Luther, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 83-129.
- Milford, K. (1996). *Introduzione*, en C. Menger, *Sul metodo delle scienze sociali* (1883), Macerata, Liberilibri, xiii-xl.
- Milford, K. (2001). *Introduzione*, en C. Menger, *Principi fondamentali di economia* (1871), Soveria Mannelli (Cz.), Rubbettino, 7-40.

- Olbrechts-Tyteca, L. & Perelman, C. (1966). *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation* (1958), trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi (2 volumenes).
- Pino, G. (2022). *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Pisa, ETS.
- Popper, K. R. (1975). *The Poverty of Historicism* (1944-45), trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli.
- Ratti, G. B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Sacco, R. (2015). *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino.
- Stelmach, J. & Brożek, B. (eds.) (2011). *The Normativity of Law*, Kraków, Copernicus Center Press.

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

Jorge L. Rodríguez\*

## Resumen

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

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

## Abstract

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Ratti concentra la atención en la negación, en particular cuando ella afecta a normas condicionales, y en el condicional, planteando tres problemas a su respecto. Nuevamente: yo concuerdo en que, fundamentalmente, una representación adecuada de las normas condicionales es una de las asignaturas pendientes más problemáticas de la lógica deóntica. Pero las dificultades que plantea Ratti no permiten concluir lisa y llanamente que tales conectivas signifiquen algo distinto cuando ocurren en normas que cuando ocurren en enunciados descriptivos. Así, en primer lugar, Ratti no niega que, valga la redundancia, la negación pueda anteponerse a una norma con el mismo significado que ella posee en el lenguaje descriptivo y que ello de por resultado otra norma: de hecho, admite expresamente que pueden negarse normas categóricas. Es más: tenemos en carpeta desde hace tiempo la producción de un trabajo en conjunto sobre negación de normas, y si bien nos hemos demorado en su concreción, ello no se debe a que estemos en desacuerdo sobre esto. La duda de Ratti se refiere a qué es lo que cabría entender por la negación de una norma condicional. Si se tiene una norma con una estructura como  $p \rightarrow Oq$ , lo cual se corresponde con lo que Alchourrón denominara *concepción puente* de las normas condicionales<sup>1</sup>, según la cual una norma condicional sería un enunciado condicional en el que el operador deóntico aparece solo en el consecuente, no en el antecedente, ordinariamente diríamos que una norma contradictoria respecto de ella sería la que correlacionara una consecuencia normativa incompatible con el mismo antecedente de hecho, por ejemplo  $p \rightarrow P\sim q$ . Pero la negación de  $p \rightarrow Oq$  en sentido estricto no sería un enunciado condicional, sino que daría por resultado una conjunción del antecedente con el consecuente negado, esto es,  $p \wedge P\sim q$ .

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

<sup>1</sup> Cfr. Alchourrón 1993, 1996.

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

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

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

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

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



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

En este punto debo formular una aclaración: en el texto del libro solo consigné las críticas que ofrece Soeteman<sup>2</sup> a una lógica de la satisfacción como la propuesta por Hofstadter y McKinsey<sup>3</sup>. Comentando una versión preliminar del libro, José Juan Moreso me advirtió que en realidad esas críticas eran algo injustas, puesto que existen sistemas de lógica de la satisfacción más sofisticados que eluden buena parte de los problemas de la propuesta de Hofstadter y McKinsey. Por ejemplo, en su libro *Indeterminación del derecho e interpretación constitucional*<sup>4</sup>, Moreso presenta una teoría del sentido de las oraciones normativas sobre la base de su satisfacción o eficacia que permite superar algunas de las objeciones que yo reproduje en el texto, dado que para Moreso, la norma *Op* es satisfecha o eficaz si y sólo si *p* sucede *siempre* en la historia de la norma, mientras que *Pp* es satisfecha o eficaz si y sólo si *p* sucede *alguna vez* en la historia de la norma. Esto es suficiente para justificar la validez del principio según el cual *Op* implica *Pp*, y evitar así la consecuencia, que se sigue en el sistema de Hofstadter y McKinsey, de que *p* implicaría *Op*, *Pp* implicaría *p* y, consiguientemente, que *Pp* implicaría *Op*. Afortunadamente, gracias a esta observación de Moreso pude incorporar al menos en nota una observación al respecto.

Ratti señala que, si bien la lógica de la satisfacción puede presentar ciertos ajustes para reconstruir el comportamiento lógico de las modalidades deónticas, ese no sería su objetivo principal, el cual estaría dado por reconstruir las inferencias que se pueden realizar con el *contenido* de las normas. “Obligatorio pagar impuestos” y “Obligatorio no pagar impuestos” serían incompatibles porque “Pagar impuestos” y “No pagar impuestos” no son estados de cosas compatibles. Y a esto agrega que, si las calificaciones normativas se entienden como indicadores de fuerza ilocucionaria, sería posible además, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, distinguir entre el acto de promulgar y el acto de rechazar un mismo contenido proposicional, lo que podría dar lugar a otro tipo de conflicto: un conflicto de ambivalencia<sup>5</sup>.

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

<sup>2</sup> Cfr. Soeteman 1989: 80-81.

<sup>3</sup> Cfr. Hofstadter, McKinsey 1939.

<sup>4</sup> Cfr. Moreso 1997.

<sup>5</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, es correcto, tal como observa Ratti, que en los sistemas de lógica de proposiciones normativas propuestos por Alchourrón y Bulygin, incluso el que desarrollan desde el punto de vista de la concepción expresiva de las normas<sup>6</sup>, pese a que cuando se concibe así a las normas para Alchourrón y Bulygin no podría admitirse relaciones lógicas entre ellas, la lógica de proposiciones normativas tendría verdades lógicas específicas. Ello es producto de que en todos los casos Alchourrón y Bulygin presuponen que los sistemas normativos considerados se encuentran clausurados bajo la noción de consecuencia lógica, lo que provoca, tal como lo expone

<sup>6</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

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

En el libro yo critico en este punto la propuesta de Alchourrón y Bulygin, porque es perfectamente concebible un sistema de lógica de proposiciones normativas que, como el esbozado por von Wright en uno de sus últimos trabajos<sup>7</sup>, no presuponga clausura lógica y, por consiguiente, no tenga leyes lógicas específicas. Desde luego un sistema semejante no sería más que la lógica ordinaria aplicada a sistemas normativos o, como lo diría Ratti, una teoría de conjuntos relativa a sistemas de normas expresamente formuladas. De hecho, la postura de Alchourrón y Bulygin en cuanto a las relaciones entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas da lugar a un aparente dilema para esta última. Porque si se asume lo que Alchourrón y Bulygin denominan la *concepción hilética* de las normas, de acuerdo con la cual ellas serían entidades semejantes a las proposiciones de modo que no se tomarían en cuenta factores pragmáticos para caracterizarlas, y se descarta, tal como lo postulo en *TAD*, que desde este punto de vista pueda rechazarse que las normas posean valores de verdad, la distinción entre normas y proposiciones normativas no podría mantenerse, al menos en los términos en los que la presentan Alchourrón y Bulygin, dado que las propias normas serían proposiciones acerca de lo que debe ser el caso. Si en cambio se asume lo que Alchourrón y Bulygin denominan la *concepción expresiva* de las normas, según la cual ellas se caracterizarían en el plano pragmático como el resultado de actos de prescribir y, por ello, no serían susceptibles de valores de verdad, a juicio de Alchourrón y Bulygin no sería posible admitir relaciones lógicas entre las normas, de modo que no podría sostenerse el contraste entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas sencillamente porque no habría nada parecido a la primera.

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

---

<sup>7</sup> Cfr. von Wright 2000.

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

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

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

Como bien señala José Juan Moreso, además de una profunda amistad nos liga una trayectoria académica largamente compartida como – hoy por cierto bastante avejentados y desgraciadamente huérfanos – *Bulygin's boys and girls*. Y en honor a ello, para comenzar mi respuesta a su comentario quisiera recordar algo que le oí decir a Bulygin en la primera conferencia suya en la que estuve presente. Refiriéndose entonces al positivismo, y con claro afán provocador, Bulygin afirmó entonces que, cuando como juez se encontraba con un caso frente al cual las normas jurídicas producían un resultado injusto, como buen positivista que era *no* las aplicaba. Esto, que así dicho podría para muchos sonar paradójico, en realidad no lo es si es que se acepta algo que Moreso controvierte centralmente en su comentario: que la asunción de una postura positivista no conlleva necesariamente ninguna conclusión normativa respecto de qué es lo que se debe hacer frente a una norma jurídica que reputamos injusta o, para decirlo de otro modo, que si bien el positivismo se compromete con un cierto modo de caracterizar e identificar al derecho sin recurrir consideraciones morales, ello no implica que identificar una norma como jurídica determine de manera concluyente que ella debe ser cumplida o aplicada sino precisamente lo contrario: que, como lo señalara Hart, el hecho de que una norma posea una fuente social adecuada para considerarla parte del derecho existente no ofrece una respuesta concluyente sobre el deber de obedecerla o aplicarla<sup>8</sup>. No se me ocurre una manera más simple y breve para explicar lo que pienso sobre la *normatividad* del derecho.

---

<sup>8</sup> Cfr. Hart 1961: 259-260.

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

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

De hecho, en el texto que cita Moreso, Chalmes propone un *test de eliminación* a fin de determinar si una disputa sobre una oración S es meramente verbal respecto del término T, que consiste básicamente en eliminar el término T y observar si subsisten desacuerdos<sup>9</sup>. En nuestro caso, si eliminamos la palabra “derecho” de las disputas entre positivistas y antipositivistas, creo que subsistirían notorias discrepancias entre sus puntos de vista, lo que evidencia la existencia de un desacuerdo profundo acerca de qué aspectos del fenómeno jurídico resultan relevantes para su explicación.

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

---

<sup>9</sup> Cfr. Chalmers 2011.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



poniendo tal cosa, pues un modo simple de presentar la diferencia entre una visión objetivista y una escéptica en metaética consiste en sostener que, si bien podríamos tener acuerdos en juicios morales no básicos, la existencia de diversos marcos o códigos morales se pondría de manifiesto cuando alcanzamos el nivel de nuestros juicios morales más básicos y, en este punto, el acuerdo ya no sería posible si partimos de marcos distintos. Sin embargo, aceptando para la ética un modelo coherentista podría igualmente concebirse más de un código moral coherentista no enteramente compatibles entre sí, sin asumir ninguna forma de fundacionalismo. De hecho, la primera objeción que suele dirigirse al coherentismo es que, si la coherencia es condición suficiente de la justificación, siempre puede haber sistemas alternativos que estén igualmente justificados<sup>10</sup>.

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

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

---

<sup>10</sup> Cfr. Russell 1912: 71.

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

El positivismo como *approach* – que en lo sucesivo llamaré “la actitud positivista” – propone y usa una definición de “derecho” tal, que la fuerza laudatoria de la palabra y de sus principales derivados queda cancelada [...] Según la actitud positivista, que algo sea o no un orden jurídico o una regla jurídica depende de su estructura y función y no de su contenido valorativo. “Derecho injusto” no es una contradicción, “derecho justo” no es una tautología<sup>11</sup>.

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

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

---

<sup>11</sup> Carrió 1990: 386.

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

[...] si se rechaza tanto el iusnaturalismo definicional como el positivismo ideológico, debería concluirse que no es posible sostener que una norma jurídica, por el solo hecho de ser tal, genere un deber moral siquiera *prima facie* de obedecerla<sup>12</sup>.

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

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

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

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 789.

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

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

Entre los muchos temas que hemos discutido en profundidad con Pablo Navarro, uno de aquellos en los que hemos tenido mayores diferencias es el de las relaciones entre la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa de las normas. Como es bien sabido, Moreso y Navarro propusieron diferenciar esos sentidos en los que puede hablarse de la aplicabilidad de las normas<sup>13</sup>. La idea general sería que una norma es externamente aplicable a un caso si existe un deber de usarla como fundamento de una decisión a su respecto, en tanto que resultaría internamente aplicable a cierto caso si lo regula. La aplicabilidad externa coincidiría básicamente con la noción que reconstruyera Bulygin en *Tiempo y validez*<sup>14</sup>: una norma  $N_1$  sería externamente aplicable en un tiempo  $t$  respecto de cierto caso individual  $c$ , que es una instancia de un caso genérico  $C$ , si y solo si otra norma  $N_2$  que pertenece al sistema jurídico en  $t$  obliga o permite aplicar  $N_1$  a los casos individuales que son instancias de  $C$ . En cambio, una norma  $N$  sería internamente aplicable en un tiempo  $t$  respecto de cierto caso individual  $c$  si y solo si  $c$  es una instancia de un caso genérico  $C$ , y  $C$  es definido por los ámbitos de validez espacial, material, personal y temporal de  $N$ .

A comienzos de este milenio participamos en un proyecto de investigación subsidiado por la fundación Antorchas con Pablo Navarro, Claudina Orunesu y Germán Sucar cuyo objetivo central consistía en examinar esta distinción y su repercusión para diversos problemas de la teoría del derecho<sup>15</sup>. En las muchas reuniones que organizamos, la mayoría de ellas en Cosquín, tuvimos larguísimas discusiones en las que nunca terminamos de ponernos de acuerdo. De hecho, tengo en mi computadora guardado un largo manuscrito de un proyecto de libro que nunca llegamos a publicar porque ninguno estaba enteramente satisfecho con sus conclusiones. Navarro siempre trató de sostener la independencia conceptual entre la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa, esto es, que una norma puede ser externamente aplicable sin ser internamente aplicable, y puede ser internamente aplicable sin ser externamente aplicable. Por mi parte, siempre traté de justificar que la aplicabilidad interna debía considerarse al menos como condición necesaria de la aplicabilidad externa,

<sup>13</sup> Cfr. Moreso, Navarro 1997; Moreso, Navarro 1998.

<sup>14</sup> Cfr. Bulygin 1982.

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

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

Mi justificación para sostener esta idea ha sido la siguiente. Bulygin señaló con acierto que resultaría enteramente superfluo dictar una norma  $N_2$  que establezca el deber de *cumplir* con lo prescripto por otra norma concreta  $N_1$ , porque en tal caso  $N_2$  no exigiría nada que no resulte ya exigido por  $N_1$ , y porque para que resulte exigible la conducta a la que se refiere  $N_1$  no se necesita ninguna norma adicional<sup>16</sup>. Del mismo modo, resultaría enteramente superfluo que una norma dispusiera el deber de *aplicar* otra norma concreta a un caso. En situaciones ordinarias no se necesita que una norma jurídica aclare que otra debe ser aplicada a los casos que ella regula: basta con que el legislador dicte ciertas normas regulando ciertos casos, pues se asume que los jueces y demás órganos de aplicación deben usar esas normas como fundamento de sus decisiones en los casos que ellas regulan. No obstante, hay circunstancias en las que puede tener perfecto sentido el dictado de una norma que establezca sobre los jueces el deber de aplicar cierta *clase de normas* para la resolución de cierta *clase de casos*. Los ejemplos más claros de ello son las disposiciones contenidas en las partes generales de los códigos que regulan diversos aspectos vinculados con las condiciones temporales, espaciales y personales de aplicación de las restantes normas que los integran. En tales casos, por razones prácticas o de técnica legislativa, algunas de las condiciones de aplicación de las normas no surgen de su propia formulación, sino que están especificadas en normas especiales que se refieren a la aplicabilidad de otras normas. Este procedimiento no es desde luego necesario: bien podría formularse un código incorporando en cada norma todas sus condiciones de aplicación. El resultado sería reiterativo y engorroso, pero nada sustancial cambiaría en cuanto a las soluciones previstas por el sistema.

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

---

<sup>16</sup> Cfr. Bulygin 2006: 99-100.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

*Premisas:*

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



de permuta que no estén regulados en el Código Civil.

2) El pacto comisorio está regulado en las normas referidas a la compraventa.

3) El pacto comisorio no está regulado por las normas relativas a la permuta en el Código Civil.

4) El caso C es un caso de pacto comisorio en la permuta.

#### *Conclusión*

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

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

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

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

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

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

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

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

mostrar que la aplicabilidad interna no es condición necesaria de la aplicabilidad externa. Si existe una contradicción entre dos normas que regulan cierto caso, puede ocurrir que el propio sistema suministre un criterio unívoco para resolver ese conflicto o no. En caso de no existir un criterio semejante, tendremos dos normas que regulan un caso y ninguna pauta general que obligue al juez a privilegiar una de ellas en particular. Si bien el juez no puede sino escoger alguna de las normas en conflicto, los argumentos que utilice para hacerlo no podrá derivarlos del sistema, porque por hipótesis en este caso no existen. Lo que aquí ocurriría entonces es que el juez no aplica una de las normas que tenía el deber de aplicar. En otras palabras, el sistema de normas externamente aplicables sería en este caso inconsistente: las normas en conflicto serían no solo internamente aplicables sino también externamente aplicables. Si en cambio el sistema sí suministra un criterio unívoco para privilegiar a una de las normas en conflicto, el deber del juez será utilizar esa norma como fundamento de su decisión. Pero en tal caso resultaría enteramente artificioso sostener que las dos normas son internamente aplicables pero solo una resulta externamente aplicable, del mismo modo que lo sería sostener que la norma irlandesa que sanciona el aborto regula los abortos cometidos en China. Tendría sentido decir que las dos normas en conflicto siguen siendo internamente aplicables si no contamos con un criterio de preferencia en el sistema que lo resuelva, como en el supuesto anterior. Pero si tal criterio existe e impone un deber sobre todos los jueces de dejar de lado una de las normas en conflicto, decir que ese criterio afecta la aplicabilidad externa pero no la interna es artificioso, porque en realidad la norma preterida es, como dicen Alchourrón y Bulygin, “tan inaplicable como si hubiera sido derogada”<sup>17</sup>. De todos modos, debería advertirse que para poder sostener que en casos de conflicto dos normas son internamente aplicables pero solo una es externamente aplicable, esto requeriría una modificación de la noción de aplicabilidad externa: una norma externamente aplicable a un caso ya no sería simplemente una norma a cuyo respecto existe otra que establece el deber de aplicarla, sino que una norma sería externamente aplicable a un caso si otra establece el deber de aplicarla y además no está en conflicto con otra norma que sea preferida en virtud de un cierto criterio de preferencia<sup>18</sup>. En otras palabras, se estaría generando una situación anómala de divorcio entre las normas que regulan ciertos casos y las normas que los jueces deben aplicar sobre la base de una definición *ad hoc* que excluye de la noción de aplicabilidad externa los casos de conflicto.

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

<sup>17</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bilidad, el principio de justificación y el de legalidad<sup>19</sup>. Si esto es correcto, de ello se sigue que:

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

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

La idea de que la aplicabilidad interna es condición necesaria y a la vez suficiente (con la salvedad antes indicada) de la aplicabilidad externa tiene su fundamento en el carácter secundario y subsidiario del sistema normativo relativo a los jueces respecto del sistema normativo relativo a los súbditos. De acuerdo con Hart, las reglas de adjudicación, entre las que se cuentan aquellas que atribuyen potestades, confieren facultades e imponen deberes sobre los jueces, buscan remediar la insuficiencia de la presión social que subyace a un sistema exclusivo de reglas primarias, por lo cual constituyen un complemento del régimen simple de reglas primarias, que facultan a ciertos órganos a determinar si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria<sup>20</sup>. En sentido similar, Alchourrón y Bulygin sostienen que el sistema del juez es secundario con respecto al sistema del súbdito, ya que presupone la existencia de este último<sup>21</sup>. Dado que los jueces están obligados a resolver los conflictos de intereses fundando sus decisiones en el sistema primario, las normas del sistema del juez tienen que referirse directa o indirectamente a las normas de aquel sistema y son, por consiguiente, normas de segundo nivel.

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

---

<sup>19</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1971: 236-237.

<sup>20</sup> Cfr. Hart 1961: 114 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1971: 191.

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

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

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

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

Como ya he adelantado, en mi libro he objetado la clásica distinción entre una concepción semántica o hilética de las normas y una concepción pragmática o expresiva, tal como fuera postulada por Alchourrón y Bulygin<sup>22</sup>. Según esta distinción, mientras para la concepción semántica las normas serían entidades abstractas, sig-

<sup>22</sup> Cfr. Alchourrón, Bulygin 1981; Alchourrón, Bulygin 1979: 37 ss.



nificados, para la concepción pragmática las normas se interpretan ambiguamente como actos de prescribir o como el resultado de tales actos. Desde mi punto de vista, esta distinción resulta problemática por diversas razones que he tratado de reseñar<sup>23</sup>, y propuse por ello sustituirla por una distinción alternativa entre una concepción cognoscitiva o representativa y una concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas. Desde el primer punto de vista, las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que describen o representan correlaciones entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales a su respecto o, lo que sería equivalente, que expresan nuestras creencias sobre qué mundos son normativamente ideales respecto del mundo real. Desde el segundo punto de vista, en cambio, las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real o, lo que sería equivalente, que expresan nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real. En *TAD* he tratado de justificar mi opción por una concepción no cognoscitiva de las normas. De todos modos, en cualquiera de estas dos maneras de concebir a las normas, ellas son entendidas como entidades abstractas.

Ahora bien, esto conduce inmediatamente al problema que resalta Scavuzzo: si las normas son entidades abstractas, significados, ¿cómo se concilia esto con la defensa de una concepción positivista del derecho, de conformidad con la cual las normas jurídicas deben su existencia y contenido a ciertos hechos sociales? Una posible respuesta fue intentada por Hart con su concepción práctica de las reglas<sup>24</sup>. De acuerdo con ella, la existencia de las reglas jurídicas dependería de una forma de práctica social que comprende tanto pautas de conducta regularmente seguidas por la mayoría de los miembros del grupo como una actitud normativa distintiva hacia tales pautas de conducta (“aceptación”), que consistiría en una disposición de los miembros del grupo para tomar tales pautas de conducta como guías para su conducta futura y como estándares de crítica de la conducta de otros que pueden legitimar reclamos y diversas formas de presión para la conformidad.

El problema es que la concepción práctica de las reglas ha sido merecedora de justificadas objeciones, entre otros por Raz y Dworkin<sup>25</sup>. De hecho, el propio Hart ha reconocido su inadecuación al aceptar que dicha concepción desconoce la diferencia que media entre *consensos por convención*, en los que el hecho de que todos acepten una regla es lo que constituye la razón para hacer lo que ella dispone, y *consensos por convicción*, esto es, la existencia de prácticas sociales concurrentes pero en las que cada individuo adhiere a la regla por sus convicciones personales.

---

<sup>23</sup> Esas razones han sido desarrolladas con mayor profundidad en Navarro, Rodríguez 2022.

<sup>24</sup> Cfr. Hart 1994: 254.

<sup>25</sup> Cfr. Raz 1975: 53-58; Dworkin 1986: 135-137.



Al aceptar esta objeción Hart sostuvo que la concepción práctica solo resultaría aplicable a aquellas reglas que constituyen prácticas convencionales, en el sentido de que la conformidad general hacia ellas por un grupo social es parte de la razón por la cual sus miembros la aceptan<sup>26</sup>.

En mi análisis de la noción de deber u obligación jurídica en *TAD* resalté que, de acuerdo con Raz, una regla no necesita ser de hecho seguida para ser una regla. Podría considerarse que una regla no es una regla social a menos que de hecho sea regularmente seguida dentro de un cierto grupo social, pero ese requisito es solamente necesario para que sea una regla *social*, no para ser una regla<sup>27</sup>. Hart tiene razón al señalar que la noción de obligación o deber está incuestionablemente ligada a la existencia de reglas o normas y no puede explicarse simplemente apelando a regularidades de conducta o hábitos sociales. Del mismo modo, la noción de obligación o deber *jurídico* está ligada a la existencia de reglas o normas *jurídicas*. Pero que las reglas en general, o las reglas jurídicas en particular, sean de hecho seguidas, que haya quienes las acepten y las utilicen para justificar sus acciones y criticar a quienes no las siguen, esto es, que asuman el punto de vista interno frente a ellas, aunque pueden ser requisitos necesarios para poder hablar de reglas seguidas dentro de una cierta comunidad, o de reglas que integran un sistema jurídico vigente en un grupo social, no son necesarios para dar cuenta de la noción de obligación en general, ni tampoco de la noción de obligación jurídica. La existencia de un deber jurídico depende básicamente de la pertenencia de una norma de obligación a un sistema jurídico, y serán en todo caso los criterios para determinar cuándo una norma pertenece a un sistema jurídico los que permitirán determinar cómo diferenciar entre el derecho y otros sistemas normativos.

¿Y cuáles serían esos criterios desde una visión positivista del derecho? A mi juicio, para el positivismo jurídico se requiere de ciertos hechos sociales más o menos complejos de producción normativa para poder determinar, a la luz de ciertas reglas conceptuales que configuran los criterios de identificación de un sistema jurídico, que esos hechos cuentan como la creación de una norma válida. Redondo ha resaltado correctamente que, si se concibe a las normas como entidades semánticas, su existencia es abstracta, de modo que una proposición acerca de la existencia de una norma sería una proposición abstracta<sup>28</sup>. Y si las normas son entidades abstractas, los conjuntos de normas también lo son, de modo que predicar la pertenencia de una norma a tales conjuntos será igualmente una proposición abstracta. No obstante, formular proposiciones acerca, por ejemplo, de lo que exige el derecho argentino, no simplemente de lo que se debe hacer *simpliciter*, obliga a acotar esos conjuntos de normas mediante ciertos criterios que remiten a ciertos hechos sociales, porque

<sup>26</sup> Cfr. Hart 1994: 255-256.

<sup>27</sup> Cfr. Raz 1975: 53-54.

<sup>28</sup> Cfr. Redondo 2018: 22 y 38-49.

es en virtud de ellos que podemos decir que ciertas normas valen en Argentina y no, por ejemplo, en Uruguay. Por otra parte, las normas jurídicas tienen también una dimensión temporal de existencia que puede recogerse a través de la asociación de diferentes conjuntos a los distintos actos de producción normativa<sup>29</sup>, de modo que concebir a los sistemas jurídicos como conjuntos de entidades abstractas no impide dar cuenta de la validez temporal de las normas.

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

De conformidad con una famosa crítica de Dworkin, el positivismo, comprometido con la idea de que la existencia de una regla jurídica dependería de un acuerdo social a su respecto, no podría explicar el hecho de que en la práctica muchas veces se presentan desacuerdos acerca de lo que el derecho exige<sup>30</sup>. Porque si el derecho es un fenómeno convencional, y la existencia de acuerdos en cuanto al modo de aplicar las reglas determina los límites de tal convención, allí donde existan discrepancias al respecto el derecho simplemente no ofrecería ninguna respuesta, lo cual no parece compadecerse con lo que se conoce como el *argumento del contraste con la práctica*, esto es, que muchas veces los juristas discrepan sobre el contenido del derecho y esas discrepancias no parecen ser discrepancias sobre cómo debería ser resuelto un caso que el derecho simplemente no soluciona.

En *TAD*, he sostenido que esta crítica es meramente ilusoria y deriva de una comprensión equivocada sobre los alcances de la tesis de las fuentes sociales del derecho y de su naturaleza convencional<sup>31</sup>. El positivismo no puede sostener que la existencia de una norma jurídica depende de la existencia de un acuerdo respecto de sus casos de aplicación, porque si lo hiciera estaría identificando a las normas con meras regularidades de conducta. Wittgenstein sostenía que la comprensión de una regla se pondría de manifiesto en la práctica de seguirla, y seguir una regla consistiría en una habilidad práctica, en el dominio de una técnica<sup>32</sup>. Pero esto no significa que la única realidad de una norma convencional sea la práctica de su aplicación a casos particulares, porque esa práctica estará conformada por un conjunto de aplicaciones que pueden resultar compatibles con una multiplicidad de reglas distintas,

<sup>29</sup> He tratado de reconstruir tales criterios en el capítulo V de mi libro.

<sup>30</sup> Cfr. Dworkin 2006: capítulo I.

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

<sup>32</sup> Cfr. Wittgenstein 1953: §431.

lo que conduciría al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein<sup>33</sup>. Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer ninguna pauta de corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasadas de acuerdo con alguna regla.

En síntesis, la tesis de las fuentes sociales supone adoptar una concepción convencionalista acerca del derecho, al menos en el sentido de que existen ciertas prácticas sociales compartidas de identificación y reconocimiento de su contenido<sup>34</sup>. Pero el acuerdo que resulta relevante para identificar el contenido del derecho desde tal concepción no es un acuerdo explícito sobre los casos de aplicación de las reglas jurídicas, sino el que recae sobre los criterios que guían el uso de tales reglas. Esto es lo que Juan Carlos Bayón denominó *convencionalismo profundo*, e implica que una comunidad puede compartir ciertos criterios de corrección sin que cada uno de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones<sup>35</sup>. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica respecto de un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que esa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, porque es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas.

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

---

<sup>33</sup> Cfr. Kripke 1982.

<sup>34</sup> Cfr. Hart 1994: 256-266.

<sup>35</sup> Cfr. Bayón 2002.

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

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

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

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

---

<sup>36</sup> Cfr. Bulygin 1990.

- d) que la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica, y
- e) que la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio.

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

En primer lugar, me parece muy importante a fin de examinar una construcción compleja como la de la norma fundante básica de Kelsen tomar en consideración, tal como lo resaltara Bulygin, los distintos sentidos en los que puede hablarse de la validez de las normas<sup>37</sup>. Desde este punto de vista, y diferenciando centralmente un sentido descriptivo de validez como pertenencia de una norma a un sistema y un sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria, Bulygin ha señalado que la norma fundante básica sería o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez como pertenencia, puesto que no se requeriría de ninguna norma adicional para justificar la pertenencia a un sistema jurídico de su primera norma positiva (la primera constitución histórica de Kelsen), o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria, puesto que el deber de cumplir con esa primera constitución histórica no podría ser establecido meramente por una norma supuesta e hipotética como la norma fundante kelseniana, sino que a tal fin se requeriría de una norma en sentido pleno, que no podría ser jurídica sino moral.

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

---

<sup>37</sup> Cfr. Bulygin 1990.

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

Nada obsta a que uno se pregunte de dónde proviene la competencia del primer constituyente. O, en palabras de Kelsen, ¿qué es aquello que permite interpretar al acto del primer constituyente como un acto creador de derecho y no meramente como un acto de fuerza? Alchourrón y Martino han señalado que Kelsen asigna a la norma fundante diversas funciones, entre las cuales se cuentan la de conferir fuerza vinculante a las restantes normas del sistema y, además, la de identificar a las normas válidas que integran un sistema jurídico, y afirman que para poder cumplir la primera función la norma fundante debería ser interpretada como una norma de conducta, una prescripción, mientras que para poder cumplir con la segunda debería ser entendida como una regla conceptual<sup>38</sup>. Sin embargo, a juicio de los autores, ninguna norma podría cumplir esas dos funciones, lo cual tornaría a la norma fundante en una imposibilidad, algo que habría conducido al propio Kelsen a abandonar en su último período de producción la doctrina de la norma fundante básica.

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

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

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

---

<sup>38</sup> Cfr. Alchourrón, Martino 1991.

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

En lo que hace concretamente a la regla de reconocimiento, mi análisis en el libro siguió sintéticamente los siguientes pasos. Al hacerse cargo de las críticas a la concepción práctica de las reglas, Hart sostuvo, como se adelantó, que si bien su caracterización de las reglas sociales no valdría para cualquier tipo de reglas, sí se aplicaría a un tipo especial de ellas: las reglas convencionales y, más específicamente, que la regla de reconocimiento sería una regla convencional en ese sentido. Sin embargo, ha sido materia de controversia el verdadero alcance del compromiso de Hart con una interpretación convencionalista de la regla de reconocimiento: para la época en que Hart escribiera el *Postscript* ya se había publicado y devenido clásico el estudio de David Lewis sobre las convenciones, no obstante lo cual resulta difícil sostener que la regla de reconocimiento constituya una convención en el sentido de Lewis<sup>39</sup>. De hecho, la regla de reconocimiento no parece satisfacer las condiciones de Lewis para calificarla como una convención. En primer lugar, no parece que tenga sentido pensar que la regla de reconocimiento tiene por fin solucionar un problema de coordinación, y ni siquiera es claro qué problema de coordinación podría plantearse con carácter previo a la existencia de la regla de reconocimiento de un cierto sistema jurídico. En segundo lugar, si se interpreta que la naturaleza de la regla de reconocimiento es prescriptiva puesto que impone sobre los jueces y demás funcionarios el deber de utilizar como fundamento de sus decisiones un cierto conjunto de normas que la propia regla de reconocimiento identifica, dicho rasgo no es fácil de conciliar con la noción de convención de Lewis, porque Lewis reconstruye esta noción en términos puramente descriptivos, de los que no es posible derivar sin premisas adicionales obligación alguna. Finalmente, un rasgo característico de las convenciones es su *arbitrariedad*, esto es, que frente a una práctica convencional ha de ser posible especificar una práctica alternativa a la vigente que, de haber sido seguida, habría sido preferida sobre ella. Esta idea de arbitrariedad no parece veri-

---

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



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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>40</sup> Cfr. Marmor 2009.



f) se incurriría en circularidad, porque para identificar la regla de reconocimiento Hart considera que debe examinarse la práctica de los jueces, pero para poder identificar a los jueces es preciso acudir a las reglas de adjudicación válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento<sup>41</sup>.

Comentando estas ideas, Figueroa observa que el hecho de que, concebida como una prescripción la regla de reconocimiento no sería una norma válida, es algo reconocido por el propio Hart, y yo mismo he sostenido que si se toma en cuenta un sentido descriptivo de validez como fuerza obligatoria jurídica, la primera constitución histórica no sería válida ni inválida en este sentido. De modo que concuerdo aquí con Figueroa en que, si se la entiende como una regla última en el sentido de Hart, esto es, como una regla que proporciona criterios para establecer la validez de las demás reglas del sistema, pero que no está ella misma subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, esto no resultaría un problema en sí mismo. Ahora, esto tiene perfecto sentido si se interpreta que la regla de reconocimiento se limita a especificar los criterios de validez del sistema, no si se la entiende como una norma de conducta que establece deberes, porque en este último caso resultan válidas al menos dos de las restantes observaciones de Bulygin. En primer lugar, que uno podría seguir preguntándose por el fundamento del deber que ella impone, por lo que no podría ser una regla última. Figueroa observa al respecto que podría interpretarse que la regla de reconocimiento, como regla social, podría basarse en diversos fundamentos o ninguno en especial, y leerse como producto de una historia que la sustenta y refuerza, lo que entiendo que se orienta a sostener que no se requeriría de otra norma que imponga el deber de obedecerla, o que la respuesta a esta pregunta sería más compleja. De hecho, en un trabajo aun no publicado examinando las ideas de Bulygin sobre la regla de reconocimiento, Figueroa sostiene que si no se aceptara esta lectura prescriptiva de la regla de reconocimiento no tendríamos una explicación sobre el deber de los jueces de usar ciertos criterios de identificación del derecho<sup>42</sup>.

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

---

<sup>41</sup> Cfr. Bulygin 1991b.

<sup>42</sup> Cfr. Figueroa 2022.

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

De todos modos, y ese ha sido el paso siguiente de mi análisis, existe una dificultad en esta reconstrucción. Hart parece aceptar, al igual que Kelsen, que los criterios de validez de todas las reglas de un sistema jurídico, con excepción de una, son suministrados por otras reglas positivas: aquellas que confieren la potestad para crearlas; en términos del propio Hart, las reglas de cambio. La única excepción se daría con una norma como “Aquello que la Reina en Parlamento sanciona es derecho”, a cuyo respecto no tendría sentido, según Hart, predicar su validez o invalidez porque no existiría ninguna otra regla que suministre el criterio para evaluar su propia validez. Esa regla última equivaldría a la primera constitución histórica kelseniana. Ahora bien, Hart reconoce que existe una cierta superposición entre el contenido de la regla de reconocimiento y el de las reglas de cambio, porque donde existan reglas de cambio, la regla de reconocimiento debería incorporar una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas<sup>43</sup>. Lo que he sostenido en *TAD* al respecto es que esa conexión es más estrecha de lo que parece reconocer Hart, porque donde haya reglas de cambio, la regla de reconocimiento debería incorporar una referencia a cualquier mecanismo que ellas prevean para modificar el derecho, los que no se circunscriben a la creación o derogación de normas en forma deliberada por un órgano determinado, esto es, la legislación, sino también procedimientos para modificar la constitución vigente, para introducir o eliminar nuevas normas mediante precedentes judiciales, o cualquier otro. En otras palabras, el contenido de la regla de reconocimiento quedaría absorbido por el de las reglas de cambio. Con relación a cualquier norma del sistema, salvo la última, las reglas de cambio resultarían suficientes para identificar su validez, en el sentido de pertenencia al sistema. Contra esto Figueroa observa que esa coincidencia de contenidos podría no darse porque la regla de reconocimiento podría incorporar criterios que no tengan que ver con la función de las reglas de cambio. A su juicio, las reglas de cambio no tendrían porqué determinar cómo se identifican todas las reglas del sistema: podría ocurrir que la regla de reconocimiento se refiera a normas que no se pueden introducir o eliminar (las reglas escritas en el Código de Hammurabi) o reglas que no se definen por poder serlo (como los principios y las costumbres).

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

---

<sup>43</sup> Cfr. Hart 1961: 119.

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

Frente al problema señalado indiqué en *TAD* que a mi juicio solo existirían tres salidas. La primera consistiría en aceptar en todos sus términos esta objeción y, no obstante, conservar la terminología de “regla de reconocimiento” para aludir simplemente a la regla de cambio última. Bajo esta intelección la regla de reconocimiento sería una regla conceptual o constitutiva, pero no especificaría *todos* los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico. La segunda sería reunir en un conjunto a la totalidad de los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico, y denominar ahora “regla de reconocimiento” a ese conjunto. La tercera consistiría en denominar “regla de reconocimiento” a aquella regla conceptual que identifica como perteneciente al sistema a la regla de cambio última (o la primera norma positiva). Esto justificaría considerar que, además de las reglas de cambio, que atribuyen potestades para crear ciertas normas, todo sistema jurídico debe poseer una regla adicional de reconocimiento que permita identificar a la primera norma positiva como regla del sistema<sup>44</sup>.

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

---

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

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

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

Al respecto diría lo siguiente. En primer lugar, Caracciolo, al terciar en la discusión entre Bulygin y Ruiz Manero sobre el carácter de la regla de reconocimiento, sostenía que deberían distinguirse criterios externos e internos de identificación, que podrían ser idénticos pero también podrían no coincidir plenamente, y que los segundos tendrían para los aceptantes un carácter vinculante no limitado a su función estricta de identificación de normas<sup>45</sup>. No tengo problema en aceptar esto, pero debería advertirse que, aunque se expresen reacciones críticas frente a quienes no siguen los criterios de identificación del derecho aceptados en cierta comunidad, esto no justifica concluir que tales criterios posean, por decirlo de algún modo, un carácter prescriptivo, dado que también la falta de seguimiento de reglas constitutivas o conceptuales puede dar lugar a reacciones críticas. En esto creo que concordaríamos con Figuroa.

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

---

<sup>45</sup> Cfr. Caracciolo 1991.

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

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

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

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

A fin de ofrecer algunas respuestas a sus observaciones me parece importante puntualizar mis coincidencias y también mis discrepancias – que no son tantas ni tan profundas – con la concepción escéptica que Comanducci defiende. Pero como paso previo creo importante formular una aclaración respecto del modo en el que he presentado la discusión entre estas diferentes concepciones de la interpretación. Comanducci observa que la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones no se vincula con la disyuntiva entre casos fáciles y difíciles. Citando a Tarello<sup>48</sup>, resalta que la diferencia entre describir y prescribir interpretaciones radica en dos diversas actitudes y dos diversos actos lingüísticos, que pueden darse tanto frente a casos fáciles o difíciles: la actitud de describir usos lingüísticos y la actitud de adoptar, proponer, o bien prescribir esos usos.

<sup>46</sup> Cfr. Hart 1977.

<sup>47</sup> Cfr. Moreso 1997: 218 ss.

<sup>48</sup> Cfr. Tarello 1980: 61 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Con respecto a la tesis (2), es correcto a mi juicio que no hay correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas. Primero porque hay normas que son el resultado de la interpretación de más de una formulación normativa o disposición, y segundo porque una misma disposición resulta ordinariamente ambigua. Mi problema es la extensión de la afirmación según la cual *toda* disposición es susceptible de una pluralidad de significados alternativos. Chiassoni ha llamado a esto *la tesis de la ambigüedad metodológica universal*, que sostendría que, desde el punto de vista de las reglas de interpretación, todas las disposiciones serían ambiguas puesto que cada una sería susceptible de ser traducida en normas explícitas diferentes y alternativas<sup>50</sup>.

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

---

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

<sup>50</sup> Cfr. Chiassoni 2019: 172.



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

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

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

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

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

Una consecuencia que parece seguirse de la distinción tajante entre disposiciones y normas tal como la presenta el escepticismo es que los legisladores no producen normas jurídicas sino disposiciones, esto es, textos, tal como lo enuncia la tesis (3). Mi discrepancia aquí no se centra en esta idea sino, en todo caso, en pensar, como a veces se ha sostenido, que esto implica que esas disposiciones carecen de significado antes de la intervención de los intérpretes. Como es conocido, Guastini ha distinguido entre un *escepticismo interpretativo radical*, que sostendría que no existe ningún significado antes de la interpretación, y que llevaría a su juicio a una serie de consecuencias inaceptables, entre ellas la inexistencia de reglas o convenciones lingüísticas, y otro *moderado*, que si bien se comprometería con la idea de que siempre es posible interpretar un texto de múltiples formas distintas y que, por ello, no existirían criterios de verdad para los enunciados interpretativos formulados en función práctica, consideraría que interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*, admisibilidad que estaría determinada por el uso común, los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas<sup>51</sup>.

---

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

Chiassoni ha sostenido que no es algo accidental que las disposiciones jurídicas sean oraciones que los legisladores formulan utilizando las palabras y las reglas gramaticales y sintácticas de un cierto lenguaje natural, y que por ello podría sostenerse que el significado jurídico correcto de las disposiciones coincide, al menos presuntivamente, con el significado que depende de las convenciones lingüísticas. Pero aclara que del hecho de que esto *pueda ser* así no se sigue que lo *sea*, o que deba necesariamente ser así, señalando que el paso de la afirmación de que las disposiciones son parasitarias de un cualquier lenguaje natural a la conclusión de que su significado jurídico coincide, al menos presuntivamente, con su significado convencional lingüístico requeriría de premisas adicionales de carácter ético-normativo<sup>52</sup>. Esto es a mi juicio correcto. Resulta sensato pensar que si un legislador formula disposiciones en un cierto lenguaje, pretende que ellas sean en principio interpretadas de acuerdo con la gramática y léxico de ese lenguaje natural. Pero esto registra un sinnúmero de excepciones, pues muchos vocablos que poseen en el lenguaje ordinario un cierto sentido tienen en el derecho un sentido bien diferente. De todos modos, si se toma en consideración, no ya las convenciones lingüísticas del lenguaje natural en el que han sido formuladas las disposiciones jurídicas, sino el conjunto más específico de las convenciones interpretativas vigentes dentro de la comunidad jurídica de que se trate, no se advierte por qué habría que rechazar la idea de que los legisladores producen textos que cuentan ya con un cierto significado antes de la intervención de los intérpretes.

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

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

---

<sup>52</sup> Cfr. Chiassoni 2019: 180-181.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6. Positivismo, jerarquías normativas y realismo. Respuesta a Riccardo Guastini

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

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

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

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

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

Obviamente [...] es posible sostener que el escepticismo moral es un ingrediente conceptual del “genuino” positivismo jurídico. Entonces, por definición, ambas concepciones [NdA: Caracciolo se refiere al realismo moral y al positivismo jurídico] serían incompatibles [...] Sin embargo, la cuestión interesante consiste en mostrar que esta condición es lógicamente independiente de las otras dos: los argumentos a examinar aquí se dirigen a cuestionar esa independencia. De esta manera, no se trata de una trivial cuestión verbal<sup>53</sup>.

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

---

<sup>53</sup> Caracciolo 2000.



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

Un segundo punto que le merece a Guastini una evaluación crítica es mi tratamiento de las jerarquías normativas. Como es sabido, Guastini ha propuesto distinguir cuatro sentidos en los que suele hablarse de jerarquías normativas: una *jerarquía estructural o formal*, que consistiría en la relación que se verifica entre las normas sobre la producción jurídica y aquellas cuya producción es regulada por las primeras; una *jerarquía material o sustancial*, que consistiría en la relación que se verifica entre dos normas cuando una tercera establece que una de las dos anteriores es inválida si es incompatible con la otra; una *jerarquía lógica o lingüística*, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando una se refiere a la otra, y una *jerarquía axiológica*, que sería aquella relación que se verifica entre dos normas cuando el intérprete atribuye a una un valor superior al de la otra<sup>55</sup>.

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

<sup>54</sup> Cfr. Caracciolo 1993.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **7. El canto del cisne. Respuesta a Mauro Barberis**

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

claridad en el análisis<sup>56</sup>. El análisis filosófico persigue la elaboración de una explicación sistemática de la estructura de nuestros aparatos conceptuales, que nuestra práctica cotidiana revela que dominamos tácita o inconscientemente. Evocando a Robert Brandom, podría decirse que su utilidad consiste en *hacer explícito lo que está implícito* en nuestras prácticas y nuestros aparatos conceptuales. El positivismo, por su parte, ha insistido en el carácter social del derecho al sostener la tesis de que su existencia y contenido depende exclusivamente de hechos sociales complejos, que pueden ser identificados sin recurrir a consideraciones morales. Pero eso no significa que el positivismo se comprometa con la idea de que el derecho positivo se origine únicamente en la legislación, ni que la tarea judicial sea meramente declarativa del derecho preexistente, ni que en esa tarea los jueces estén obligados a aplicar toda norma positiva cualquiera sea su contenido.

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

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

---

<sup>56</sup> Cfr. Rabossi 1977.



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

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

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

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

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



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

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

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

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

## Referencias bibliográficas

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

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

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







Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2022