



## Analisi e diritto

2/2022

[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, Bruno Celano (†), Jorge Cerdio,  
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,  
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,  
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,  
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,  
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,  
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,  
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,  
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,  
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,  
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,  
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,  
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,  
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

### *Contatti*

[analisiediritto@istitutotarello.org](mailto:analisiediritto@istitutotarello.org)

### *Realizzazione editoriale*

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

# Analisi e diritto

2/2022



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 978-884676527-7

ISSN 1126-5779

ISSN [online] 2785-7220

# Indice

## **Ricordo di Bruno Celano (Remembrance of Bruno Celano)**

- P. Comanducci  
*I miei debiti con Bruno*  
(My Debts to Bruno) 9
- M. Maldonado Muñoz, P. Luque  
*Recordando a Bruno Celano. En torno a algunos contrastes*  
(Remembering Bruno Celano. Around Some Contrasts) 13

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

- J.A. Rabanos  
*Introducción*  
(Foreword) 23
- M. Fernández Núñez  
*Elementos de una tabla periódica. La reconstrucción racional  
de derechos a partir de Teoría analítica del derecho*  
(Elements of a Periodic Table. The Rational Reconstruction  
from *Teoría analítica del derecho*) 27
- A.D. Calzetta, J.A. Rabanos  
*The Step Not Taken. Competencia, reglas determinativas  
y sistemas constitutivos en la Teoría analítica del derecho*  
(The Step Not Taken. Competence, Determinative Rules  
and Constitutive Systems in *Teoría analítica del derecho*) 51

S. Agüero San-Juan, L. Ramírez-Ludeña <i>La interpretación de las normas jurídicas. Algunas tensiones ocultas en Teoría analítica del derecho de J.L. Rodríguez</i> (The Interpretation of Legal Norms. Some Hidden Tensions in <i>Teoría analítica del derecho</i> by J.L. Rodríguez)	69
A. Sardo <i>Le connessioni contingenti fra positivismo e originalismo</i> (The Contingent Connections between Positivism and Originalism)	83
M.C. Redondo <i>Universalidad y sistemas normativos</i> (Universality and Normative Systems)	93
J.L. Rodríguez <i>Segundas respuestas a los comentarios críticos sobre Teoría analítica del derecho</i> (Second Replies to Criticisms on <i>Teoría analítica del derecho</i> )	109

### **Saggi (Essays)**

D. Canale <i>Quando gli esperti creano diritto: deferenza, opacità, legittimità</i> (When Experts Create Law: Deference, Opacity, Legitimacy)	157
---	-----

**RICORDO DI BRUNO CELANO  
(REMEMBRANCE OF BRUNO CELANO)**



# I miei debiti con Bruno

*Paolo Comanducci\**

## **Sommario**

L'autore ricorda i suoi rapporti con Bruno Celano, recentemente scomparso, ed evidenzia i debiti che ha contratto con lui sul piano umano e su quello scientifico.

**Parole chiave:** Bruno Celano. Teoria del diritto.

## ***Abstract***

The author recalls his relationship with Bruno Celano, recently deceased, and highlights the debts he contracted with him on a human and scientific level.

**Keywords:** Bruno Celano. Legal Theory.

Ho conosciuto Bruno Celano per la prima volta, oltre trent'anni fa, nella sua qualità di dottorando a Milano, nelle riunioni del collegio in via Festa del Perdono. Bastava ascoltarlo mentre esponeva il progredire della sua tesi per rendersi conto delle sue straordinarie doti di ricercatore, delle quali Riccardo Guastini, suo tutor all'epoca, dava ampia e convinta conferma. L'ho poi incontrato in innumerevoli seminari, soprattutto a Genova e a Palermo. Purtroppo, tra le tante penose conseguenze della sua terribile malattia, c'è stata quella di limitare progressivamente la partecipazione di Bruno agli incontri di ricerca. L'ho quindi frequentato poco, certo

---

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

molto meno di quanto avrei voluto, e me ne rammarico adesso: nel lungo periodo in cui ho avuto responsabilità di gestione accademica, ho spesso privilegiato il disbrigo delle questioni urgenti, trascurando in tal modo la cura di alcune relazioni umane importanti, fra le quali sicuramente annovero quella con Bruno. Un errore malauguratamente non più rimediabile. Gli ultimi contatti che abbiamo avuto sono stati solo telefonici o via skype, faticosi per lui, strazianti per me. Con Bruno sono restato in debito sul piano personale.

La nostra era una relazione di amicizia e affetto reciproci, segnata da una strana simmetria asimmetrica. Bruno mi trattava sempre con un rispetto che per me risultava esagerato, mi chiedeva sovente un giudizio passionato sui suoi lavori, oppure un consiglio su questioni accademiche. In buona sostanza, intratteneva con me una relazione da iunior a senior, dettata senza dubbio dalla differenza d'età. Anche da parte mia, c'era nei suoi confronti un grande e meritato rispetto. Ma soprattutto una sconfinata ammirazione intellettuale. Insomma, ero io che mi sentivo iunior nei suoi confronti. E da lui in effetti ho imparato ben più di quanto non sia riuscito talvolta a trasmettergli. Con Bruno sono quindi restato in debito anche sul piano scientifico.

Dei suoi tanti insegnamenti vorrei offrire qui, brevemente, qualche randomico esempio, giacché la lista completa dei miei debiti nei suoi confronti sarebbe certamente troppo lunga.

Il libro attorno alla teoria del diritto di Kelsen<sup>1</sup>, frutto delle sue lezioni in un corso universitario a Trapani, mi hanno fornito un modello ideale di come analizzare l'opera di un autore, per di più estremamente complesso, individuando con piglio deciso le tesi principali da lui sostenute ed esponendole con chiarezza cristallina, per poi sottoporle a una critica puntuale e stringente. Scegliere ciò che è rilevante in un autore presuppone di averlo studiato a fondo. E questo è un compito che qualunque ricercatore serio non può non svolgere. Quello che però di Bruno mi ha colpito è stato il "coraggio" di scegliere, tra le idee di un autore, solo ciò che riteneva rilevante, facendo astrazione da tutto quello che si poteva, a determinati fini, tralasciare. È quanto ha fatto con Kelsen, un autore stratificato, le cui idee sono mutate nel tempo ed hanno toccato una grande varietà di tematiche. Bruno, fin dalla Introduzione, enuncia la «tesi fondamentale» da lui attribuita a Kelsen<sup>2</sup>, che, a suo parere, innerva l'intera dottrina pura: una tesi che nel volume viene analizzata in tutte le sue articolazioni e implicazioni. D'altro canto, Bruno individua un obiettivo dell'intera opera di Kelsen – «[...] navigare fra i due scogli degli opposti riduzionismi, la riduzione

<sup>1</sup> Celano 1999.

<sup>2</sup> «Il diritto è un insieme di norme, e precisamente:

(1) un insieme (di norme) che ha carattere sistematico: un sistema di norme, o ordinamento normativo (sistema normativo);

(2) un ordinamento (sistema) normativo coattivo (coercitivo);

(3) un sistema normativo che regola la sua propria produzione ("produce se stesso", o "si autoproduce")», Celano 1999: 12.

del diritto quale esso è al diritto quale esso *deve essere*, e la riduzione del diritto alla forza fisica»<sup>3</sup> –, e conclude mostrando come esso non sia stato raggiunto da Kelsen, anche perché, forse, non si tratta di un obiettivo raggiungibile.

Quando mi ero occupato di ricostruire il pensiero di un autore – cosa che mi è accaduta spesso – mai avevo avuto il coraggio e le capacità di operare una scelta ricostruttiva così radicale e fruttuosa in termini esplicativi come quella che ritroviamo nel volume di Bruno: studiandolo, credo di aver appreso come procedere, anche se devo ammettere di non essere riuscito neppure lontanamente ad avvicinarmi al modello.

Un altro aspetto del modo peculiare di Bruno di fare ricerca è quello – che talvolta esplicitava in conversazioni private – di sottoporre a una critica spietata le tesi teoriche che più gli stavano care. Suppongo che sia questo il caso della “legge di Hume”, a cui ha dedicato la sua tesi dottorale e il ponderoso libro che ne è seguito<sup>4</sup>. È il caso anche dello splendido saggio sulla denaturalizzazione della giustizia<sup>5</sup>, in cui mette alla prova una delle tesi cardine del liberalismo politico del Novecento, mostrandone le intrinseche debolezze. Una tesi normativa a cui teneva davvero molto, ed io con lui: la irrilevanza morale delle diseguaglianze che derivano dalla natura, il dovere di giudicare le persone per ciò che fanno e non per il loro essere o appartenere, sono i capisaldi di quel liberalismo egualitario che ci accomunava. Ma mentre io, in più occasioni, ho cercato di difendere a spada tratta questa posizione dalle critiche dei conservatori e dei comunitaristi, Bruno mi ha insegnato a svelarne la debolezza, già che distinguere le diseguaglianze che derivano dalla natura da quelle che derivano dalle azioni umane non pare davvero agevole: le seconde, infatti, sono spesso fortemente influenzate dalle prime. Come uscire dall'*impasse*? Gli avevo proposto di approfondire l'idea di giustizia come riparazione delle passate discriminazioni. Mi ricordo che mi disse che gli sembrava una strada promettente, che l'avrebbe esplorata. Gliene è mancato il tempo, purtroppo.

Un ultimo esempio. Mi capitò, in occasione di un congresso, di occuparmi della teoria di John Searle sui fatti istituzionali<sup>6</sup>. *En amateur*. Nello stesso periodo se ne occupò Bruno. Da professionista. Quando lessi uno dei suoi lavori dedicati al tema<sup>7</sup>, dapprima mi lusingò vedermi esplicitamente citato. Entrambi denunciavamo, infatti, l'esistenza di una contraddizione nella teoria di Searle: se i fatti istituzionali dipendono dalle credenze, allora tali credenze non possono essere false, come invece parrebbe sostenere Searle. Bruno utilizzò addirittura il mio stesso controesempio per confutare Searle, ma leggendo le sue pagine mi resi immediatamente conto della enorme differenza tra i nostri scritti. Quella che per me era stata poco più che un'intuizione,

---

<sup>3</sup> Celano 1999: 384.

<sup>4</sup> Cfr. Celano 1994.

<sup>5</sup> Cfr. Celano 2000.

<sup>6</sup> Cfr. Comanducci 2000.

<sup>7</sup> Cfr. Celano 2003.

semplificamente giustificata, nel lavoro di Bruno era diventata un'analisi fine e penetrante, una critica devastante. Bruno, mentre mi utilizzava, aveva aggiunto forza e profondità al mio argomento, mostrandomene potenzialità di cui non ero consapevole. Insomma, era migliore interprete di un mio scritto di quanto non ne fossi io stesso.

Mentre posso dolermi di non aver avuto il tempo di pagare i debiti con Bruno sul piano umano, sono consapevole invece che, seppur fossimo vissuti entrambi fino ai cent'anni, i debiti intellettuali nei suoi confronti non sarei mai riuscito a saldarli.

### **Riferimenti bibliografici**

- Celano, B. (1994). *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- Celano, B. (1999). *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, Giappichelli.
- Celano, B. (2000). *La denaturalizzazione della giustizia*, «Ragion pratica», 14, 81-113.
- Celano, B. (2003). *Intenzionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell'ontologia sociale di J. R. Searle*, in P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale: potere deontico e regole costitutive*, Macerata, Quodlibet, 71-95.
- Comanducci, P. (2000). *Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 101-15.

# Recordando a Bruno Celano. En torno a algunos contrastes.

*Mauricio Maldonado Muñoz\**, *Pau Luque\*\**

## Resumen

En este trabajo reconstruimos brevemente algunas de las aportaciones filosóficas más relevantes de Bruno Celano. En primer lugar, reconstruimos el contraste que Celano estableció entre positivismo jurídico y iusnaturalismo a partir de su enfoque trascendentalista, pluralista y nomodinámico. Nos interesa resaltar su brillante trabajo sobre la llamada paradoja de la nomodinámica, así como la falta de conexión entre positivismo jurídico y escepticismo metaético. Finalmente, concluimos con dos recuerdos personales de nuestra relación con Celano.

**Palabras clave:** Positivismo jurídico. Iusnaturalismo. Nomodinámica. Bruno Celano.

## Abstract

In this article, we briefly reconstruct some of the most relevant philosophical contributions made by Bruno Celano. First of all, we reconstruct Celano's contrast between legal positivism and natural law theory on the grounds of his transcendentalist, pluralist and nomodynamical approach. We put emphasis on his

---

\* Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, Diego de Robles s/n, Quito 170901, mmaldonadom@usfq.edu.ec.

\*\* Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Circuito Mario de la Cueva s/n, 04510, Ciudad Universitaria Ecuador, Del. Coyoacán, Ciudad de México, México, pauluque@filos.unam.mx.

brilliant work about the so-called paradox of nomodynamics and also on the lack of connection between legal positivism and metaethical skepticism. We conclude this article with two personal memories of our relationship with Celano.

**Keywords:** Legal Positivism. Natural Law Theory. Nomodynamics. Bruno Celano.

1. Escribimos esto juntos porque hay, entre nosotros, varios paralelismos normalmente espaciados por unos años (del doctorado a la paternidad, *tanto per dire*). Aquí queremos hablar, primero que todo, de uno que nos unió y que nos llevó a trabajar durante cuatro años en la coordinación de una publicación en torno a la obra de Bruno Celano<sup>1</sup>. Ambos, en la época del doctorado en la Universidad de Génova, como decimos en el prólogo a esa obra, nos vimos fundamentalmente influenciados por Bruno. Sus consejos, su erudición y su paciencia nos ayudaron a realizar una investigación seguramente mejor de la que hubiésemos podido llevar a cabo sin su invaluable ayuda. Por ello, la dedicatoria con la que cerramos ese prólogo dice esto: “A Bruno, per i tempi di Palermo e Genova”.

Ahora Bruno se ha ido. El dolor por su partida, como suele suceder en estos casos, contrasta con una especie de alegría forzosamente tenue que aparece al recordarlo, al rememorar los momentos que compartimos. La vida de Bruno presentaba asimismo un contraste fundamental. La fragilidad de su cuerpo afligido por una enfermedad autoinmune parecía confrontarse con la potencia de su mente, con la sensación de imponencia que provocaba Bruno cuando en una conversación cualquiera o en un evento académico aportaba su opinión puntillosa, siempre oportuna y brillante, sobre los temas más variados.

Los contrastes (desde la divergente influencia de sus maestros hasta el tratamiento de algunas paradojas en su obra) marcaron una parte importante de la vida de Bruno. Para empezar, ninguno de nosotros puede olvidar aquella frase suya sobre la influencia que ejercieron sobre él Peppino Nicolaci y Riccardo Guastini, sus dos maestros. “El primero me enseñó a construir un problema teórico, el segundo a destruirlo”, dice Bruno en el prólogo a un conocido libro publicado en castellano<sup>2</sup>. Al final, como resultado de esta interacción –dice siempre él– terminó siendo exactamente como era al principio. De las antítesis, Bruno, que era un filósofo tan moderno como tradicional, obtenía siempre una suerte de síntesis, aunque se tratara de sí mismo de quien hablase.

---

<sup>1</sup> Maldonado Muñoz, Luque Sánchez (eds.) 2019a, 2019b.

<sup>2</sup> Celano, 2009.

2. Bruno se ocupó del contraste entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico partiendo de un enfoque “trascendentalista” (el derecho es un sistema objetivo de valores), pluralista (los valores están o pueden estar plausiblemente en conflicto entre ellos) y nomodinámico (el fenómeno de la autoridad, particularmente de la autoridad interpretativa, es decisivo en cuanto a la determinación del contenido del derecho, de modo que el derecho será algo inevitablemente distinto respecto de la representación fiel o no del hipotético sistema objetivo de valores mencionado).

El derecho tiende a transformar todos los problemas sustantivos en problemas formales (problemas procedimentales y de competencia). Esta es la que Bruno llama “paradoja de la nomodinámica”. Para preguntas sustanciales del tipo “¿qué se debe hacer en el caso X?”, el derecho ofrece respuestas formales del tipo “¿quién es competente y bajo qué procedimientos para decidir qué se debe hacer en el caso X?”, lo que redundando en el problema del desplazamiento –y quizás la posible irrelevancia práctica– del problema de la corrección a manos del problema de la definitividad de las decisiones adoptadas por los jueces de cierre. Así, Celano acepta que la decisión de un juez de cierre no puede considerarse infalible, aunque tal cosa no tenga, después de todo, gran relevancia. En general, Bruno sostiene:

ogni qual volta si ponga il problema della conformità di un X (comportamento, decisione, norma, o altro) a una norma giuridica (o un insieme di norme giuridiche) N, sia essa sostanziale o procedurale, il diritto tende indefinitamente a trasformare una questione di questo tipo in una questione di carattere procedurale, nel senso precisato: “chi è competente a decidere, e in che modo, se X sia o no conforme a N?”. Questa tendenza non può mai essere compiutamente realizzata [...], perché il problema sostanziale si riproduce sempre: ciò che l'organo competente deve stabilire è, per l'appunto, quale sia la risposta a quest'ultimo (“X è conforme a N, o no?”). Resta comunque aperta la possibilità, se N non è del tutto indeterminata, che un privato risponda sensatamente a questa domanda in modo opposto rispetto all'organo competente, e che la sua sia la risposta giusta [...] Le decisioni giuridicamente riconosciute – anche se, nel merito, sbagliate (stiamo assumendo, si ricordi, che il contenuto delle norme rilevanti non sia del tutto indeterminato) – avranno effetti giuridici. Anche la loro invalidazione, di regola, richiederà un organo competente, e l'esecuzione della procedura appropriata. Se vi siano o no criteri sostanziali di correttezza di una decisione diventa tendenzialmente (mai del tutto, come si è detto: il problema sostanziale si ripropone sempre) irrilevante. Il diritto, in altri termini, ha un aspetto nomodinamico: che cosa sia diritto dipende, in parte, da norme – esse stesse norme giuridiche – che attribuiscono poteri, che istituiscono autorità: poteri normativi, ossia poteri conferiti e disciplinati da norme di produzione o applicazione di norme [...] Da ciò, ho sostenuto, una conseguenza paradossale (possiamo chiamarlo “il paradosso della nomodinamica”): il diritto genera e autorizza giudizi di validità (legittimità, liceità, o comunque si voglia dire) contraddittori. Ad esempio, “la norma N1 è valida (legittima, o comunque si voglia designare la conformità di una norma a una norma di livello superiore)” e “la norma N1 (la stessa norma, cioè) non è valida (legittima,

eccetera)”. Un’ulteriore implicazione: la soglia oltrepassata la quale qualcosa – una norma, un atto, una decisione, un trattamento, una vicenda – asume carattere giuridico (diventa, cioè, giuridicamente rilevante) non è definita dal diritto stesso. Quale sia questa soglia dipende piuttosto, sostengo [...], da assunti, presupposti, credenze tacite, disposizioni, abilità, stati e processi mentali, che costituiscono lo sfondo sul quale si staglia la forma “sistema giuridico”<sup>3</sup>.

En sustancia, esta idea aparecía ya en “Giustizia procedurale pura e teoria del diritto”, publicado por primera vez en 2002. Este ensayo era, según podemos encontrar en un viejo correo intercambiado con Bruno, el que prefería sobre cualquier otro. Dice lo siguiente: “è un saggio che mi è particolarmente caro (cioè, meno odioso) rispetto ai tanti altri”. La paradoja de la nomodinámica fue uno de los temas que lo acompañaron hasta el final de su vida. Según sabemos, tenía planeado tomarse un año sabático para trabajar específicamente sobre este aspecto que es, sin duda, uno de los puntos más relevantes de su obra.

Retomando el contraste entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, al cerrar su argumento –refiriéndose al inescapable contraste entre un hipotético sistema objetivo de valores y el contenido efectivo del derecho en cuanto sistema dinámico (y aquí aparece la mencionada paradoja)– Bruno señala que una de las consecuencias que de allí se siguen es que el positivismo jurídico no debe comprometerse necesariamente con el escepticismo ético. A diferencia de Guastini o Bulygin, Celano sostiene que es completamente compatible adherir al positivismo jurídico (metodológico) y, concomitantemente, a cualquier posición (meta)ética. No se trata, por ende, de abandonar el positivismo jurídico, si acaso de liberarlo de algunas ataduras seguramente innecesarias.

3. Cuatro años después de trabajar en la coordinación del libro sobre la obra de Bruno, en 2020, nos encontramos por fin frente a la ansiada meta. Revisando los muchos correos que intercambiamos entonces, vemos en ellos la imagen de la tenacidad y la meticulosidad que lo caracterizaban. El titánico trabajo que realizó para responder a sus críticos es la muestra de su dedicación y del irreductible compromiso que tenía con su trabajo de académico. El pensador que conocimos, el que generosamente nos ofreció también su amistad, está también en esas letras, esos correos que hacen las veces del intercambio epistolar de otros tiempos. Uno de los últimos correos termina con un agradecimiento, una breve confesión sobre la propia vanidad (que a nosotros nunca nos pareció tal) y un abrazo caluroso. Ese abrazo nos ha llevado a otros que, por fortuna, pudimos darnos en persona en Palermo y Génova. Esos recuerdos tienen una voz específica (dulce y serena, como era la voz de Bruno)

---

<sup>3</sup> Celano, 2019: 68-70.

y algunas imágenes precisas que aún podemos repasar de memoria.

*Discussendo con Bruno Celano*, obra en dos volúmenes, pretende ser nuestro homenaje a un maestro y a un amigo. Quizás para ayudar a resolver otro contraste, aquel entre la grandeza de la obra de Bruno y el relativo desconocimiento que existe en torno a ella en algunas latitudes. Esto se ha dado por efectos de la inexorable enfermedad de Bruno, que lo constriñó a quedarse afincado en Palermo, sin poder viajar, moverse con libertad para asistir a muchos congresos en los que hubiese podido participar, muchas invitaciones que hubiese podido aprovechar. ¿Cómo resistirse al jardín de los senderos que se bifurcan?

Con dos comentarios personales a manera de epílogo.

### **Mauricio**

Conocí a Bruno en 2014. Yo había llegado a Génova hacia pocos meses y no sabía prácticamente nada de él. Había escuchado que era un gran filósofo, había leído algún trabajo suyo (que no había comprendido en toda su dimensión), pero nada más. Recuerdo haber pensado que un viaje podría ayudarme a despejar algunas dudas, pero no sabía a donde debía ir, ni tenía entonces muy claro lo que quería hacer con mi investigación, de manera que procedía a tientas. De todos modos, en el doctorado uno puede permitirse algunas licencias. Después de breves cavilaciones, decidí que viajaría a Palermo. Allí conocí a Matija Zgur, quien habría de recordarme, unos días después de la muerte de Bruno, la frase que habíamos repetido muchas veces, una frase de Bobbio: “quel che conta nella vita sono i rapporti che hai avuto con gli altri... contano i buoni rapporti”. En medio de largas conversaciones, repetíamos cada tanto una parte que habíamos aislado: “i buoni rapporti”, imitando el acento de Bobbio. Ya entonces pensábamos en Bruno cuando lo decíamos. Y pensábamos, por supuesto, en quienes queríamos ser cuando hubiese pasado el doctorado y cuando pasasen los años y también debiéramos hacer algunos balances provisorios sobre nuestras vidas.

En ese balance provisorio, ahora que escribo esto, recuerdo esas palabras y pienso en los encuentros personales que tuve con Bruno. No muchos, a decir verdad, pero todos muy importantes y entrañables para mí. Encuentros que atesoro y que puedo rememorar nítidamente. La primera vez que lo vi en su oficina y me habló de las dificultades de su enfermedad y de su trabajo académico (que realizaba de una manera envidiable en las condiciones más adversas). Las veces sucesivas en que lo vi en Palermo. “Perché non diresti che la amicizia sia un valore oggettivo?”, me preguntó en medio de una conversación que tuvimos en una de esas ocasiones. He vuelto muchas veces a esa pregunta. En otra oportunidad, en un hermoso encuentro entre los doctorandos de Palermo y Génova, pidió que fuésemos al pasillo contiguo al aula en que se realizaba el encuentro, se disculpó porque por alguna razón –creo que por una cita médica– no podía estar en mi presentación del día siguiente, me

habló de las intenciones contrafactuales (que yo no había considerado en el trabajo que presenté entonces y que no he podido aún desarrollar como quisiera). Recuerdo especialmente su viaje a Génova en diciembre de 2016. Si no me engaño, ese viaje se dio en buena parte por mi iniciativa y discreta insistencia. Para Bruno era muy difícil viajar, y me parece que ya no lo hacía sino cuando debía ir al hospital en que se atendía una vez al año en Milán. Pero Bruno quería volver a Génova. Recuerdo particularmente la cena en el Tralalero junto a los amigos y maestros genoveses. Lo recuerdo al inicio de la cena cuando me acerqué y tuve que decirle que era yo, porque Bruno veía muy poco, y recuerdo la expresión de su cara, la de alguien que se ha convertido de algún modo en un amigo, o que allí, con esa expresión, ha revelado que te considera alguien importante. Recuerdo el abrazo que le di inmediatamente y la alegría que me daba verlo en ese lugar del mundo en particular.

Sin embargo, recuerdo también que no pude volver a verlo. Bruno volvió a ir una vez más a Génova, pero yo me había ido ya. Ahora he vuelto a leer los correos de aquel entonces. Yo quise volver varias veces a Italia, pero diversas obligaciones, a las que siguió después la pandemia, hicieron que lo pospusiera mucho más tiempo del que hubiera querido. En un correo, Bruno me decía “devi passare assolutamente da Palermo”, cuando le hablaba de mi posible viaje y de la pena que me daba no haber podido coincidir con él nuevamente en Génova. Bruno ya no está. La ilusión que tenía de poder verlo otra vez debe ser apagada con el dolor que ello implica. También aquí los senderos se bifurcan. Porque pensar en su partida me lleva inexorablemente a pensar en las ocasiones en que compartí su gratísima compañía y en las ocasiones que hubiese querido tener para compartirla una vez más; para decirle que, aunque él quizás no lo supiera del todo, había hecho mucho por mí, y que al pensar en esa frase de Bobbio pienso en él y en la influencia que tuvo sobre tantas personas. Decirle, quizás, que sí, que la amistad es un valor objetivo.

## Pau

En el año 2012, Celano formó parte de mi tribunal de tesis. En mi tesis, yo discutía y criticaba algunas ideas de Celano acerca del particularismo. Llegó el día de defensa de la tesis. Celano se desplazó a Génova para estar presente. Era, ya a aquellas alturas, un gran esfuerzo para él hacer esos viajes. Cuando le tocó intervenir, destruyó, con la delicadeza y la compasión propias de alguien que te quiere, todos y cada uno de mis argumentos y objeciones. No quedaba nada en pie de mi tesis. Y yo era feliz. Siempre supe que Celano no iba a darme la razón; pero no sabía, hasta ese momento, que Celano iba a darme su cariño.

Al terminar la defensa de tesis, me acerqué a saludar a los miembros del tribunal (que, además de Celano, eran J.J. Moreso y Paolo Comanducci). Celano me dijo que le había encantado la tesis. Y, a continuación, me regaló un libro: *Nemesis*, de Philip Roth. Yo citaba en algún momento de la tesis alguna novela de Roth y Celano pensó

que me gustaría el regalo. Me advirtió, en el momento de regalármelo, que cuando él empezó a leerlo no sabía de qué iba esa novela. Y tampoco me lo quiso desvelar en ese momento. Fuimos a comer, con él y con algunas de las personas que más quiero en este mundo, y platicamos de un montón de cosas. Descubrí que ambos adorábamos a Nick Cave, sobre todo un disco de covers que hizo en los años ochenta que se titula *Kicking Against the Pricks*. A Celano le hacía soltar carcajadas la letra de una de las canciones de ese disco: “Jesus Met the Woman at the Well”. Escúchenla, tiene un humor muy fino y a la vez muy duro, algo que, creo, casaba muy bien con la personalidad de Celano. Años más tarde, me casé y la canción que sonó, a gran volumen, en el camino hasta el altar fue “Jesus Met the Woman at the Well”. En las fotos que tengo de ese trayecto hasta el altar salgo sonriendo. Por la felicidad del momento, claro. Pero también porque me acordé de la risa de Celano, años atrás, al repetir, en voz alta, los versos de la canción. Nunca le conté a Celano que esa era la canción que había sonado en mi boda. No sé por qué. Supongo que hay formas de complicidad humanas que solo lo son si nunca se explicitan.

Unas semanas después de mi tesis, leí *Nemesis*, el libro de Philip Roth que Celano me había regalado. Cuenta la historia de Bucky Cantor, un chico joven en un barrio judío en Newark en los años cuarenta del siglo XX. Bucky es muy atlético, despierto, compasivo e inteligente. Y cuando un brote de polio empieza a hacer estragos en ese barrio, Bucky dedica todo su empeño en ayudar a su gente. Por alguna razón, Bucky no se contagia. Se expone una y otra vez. Se arriesga para echar una mano a los demás en lo que necesiten. Pero no le pasa nada. La maestría de Roth al contar cómo Bucky parece indestructible a la par que generoso es deslumbrante. Bucky va creciendo y creciendo en el corazón del lector. Y, así, con la crueldad intrínseca de toda historia bella, Roth va preparando al lector para la tragedia: Bucky, al final, se contagia. Y queda paralítico, en silla de ruedas. La vida, desplegada en todo el esplendor de un cuerpo en constante y virtuoso movimiento, claudica.

Celano me había regalado *Nemesis* porque hablaba de alguien cuyo cuerpo, a una edad muy temprana, como al propio Celano, le había empezado a abandonar. Le escribí a Celano para decirle que me había gustado mucho el libro. Él me respondió que, cuando lo empezó, no sabía que el libro iba sobre enfermedad y discapacidad. En ese correo –fechado el 6 de julio de 2012–, yo le decía a Celano que la última palabra de *Nemesis* es “invencible”. Y en el suyo –fechado el 7 de julio de 2012–, él me respondía que el libro le había “tocado” y respecto a esa última palabra del libro, “invencible”, me decía: “Anch’io sono rimasto molto colpito da questo. Mi è rimasto in mente, come un chiodo fisso”.

En 2018, murió Philip Roth. Escribí –el 23 de mayo de 2018– a Celano para decirle que había pensado en él al saber que Roth había muerto. También le dije que le agradecía mucho aquel regalo que me había hecho seis años atrás y que ese día, el día en que había muerto Roth, lo había invertido en recordar que Bucky Cantor era uno de mis héroes. “Igual que tú Bruno”, añadía yo al final. A vuelta de

correo –fechado el 24 de mayo de 2018–, Celano, tras confesar que estaba muy triste por la muerte de Roth, me preguntaba, con un tono un poco ofendido –como solo se ofenden las personas que en algún momento, o en muchos, se dieron cuenta de que la modestia genuina forma parte de la vida buena–: “¿Yo soy un eroe?”. No me escondo: me gustó un poco incomodarlo haciéndole saber que, en mi cabeza, Bucky Cantor y Bruno Celano ya eran la misma persona. Así que de vez en cuando releo *Nemesis*, o algún libro filosófico del propio Celano, y debato con Bruno porque, como dice Riccardo Guastini en su *Farewell* a Celano, la “discussione non ha fine”.

### Referencias bibliográficas

- Celano, B. (2002). “Giustizia procedurale pura e teoria del diritto”, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale, Atti del XXII Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica*. Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, n. 3, Milano, Giuffrè.
- Celano, B. (2009). *Derechos, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Maldonado Muñoz, M., Luque Sánchez, P. (eds.) (2019a), *Discutendo con Bruno Celano, vol. I. Contributi*, Madrid, Marcial Pons.
- Maldonado Muñoz, M., Luque Sánchez, P. (eds.) (2019b). *Discutendo con Bruno Celano, vol. II. Col senno di poi. Perplexità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche di Bruno Celano*, Madrid, Marcial Pons.

**TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. UN DEBATE  
SEGUNDA 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 los últimos dos comentaristas principales del seminario, así como tres comentarios adicionales, 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 27 and 28 January 2022, a seminar was held at the University of Genoa to discuss a recent book: “*Teoría Analítica del Derecho*” (2021), by Jorge L. Rodríguez (Universidad de Mar del Plata).

This section collects the contributions of the last two main commentators at the seminar, as well as three additional comments and the author’s responses to each of them.

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

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia. julieta.rabanos@giuri.unige.it.

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).

Como indicado en el fascículo anterior de *Analisi e diritto* (2022-1), 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 comentadora/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 toda/os la/os comentadora/es 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, entiende, 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* han sido dedicados, en gran medida, justamente a la discusión de “*Teoría Analítica del Derecho*”. En este segundo fascículo de la revista, se recogen las intervenciones de los últimos dos comentadores principales del seminario, así como tres comentarios adicionales, y las réplicas del autor a cada uno de ellos. Eventualmente, un próximo fascículo recogerá comentarios ulteriores y sus réplicas.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 17.

La discusión de las páginas que siguen tendrá lugar en este orden. En primer lugar, Miguel Fernández Núñez propone un análisis metateórico acerca de la teoría de los derechos de Rodríguez, con el objetivo particular de identificar cuáles son sus aportes mayoritarios y mostrar cuáles son sus tensiones, y el objetivo último de identificar algunas decisiones que una teórica de los derechos puede (y debe) tomar en virtud del tipo de teoría que desea construir. En segundo lugar, Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos proponen un análisis crítico de la posición de Rodríguez acerca de normas constitutivas, reglas que confieren potestades y el concepto de potestad jurídica (competencia), con el objetivo de mostrar cuál es el paso que Rodríguez no ha dado con respecto a estos temas en su obra, y argumentar cuál es el paso que debería dar ir más allá (y por qué debería adoptarlo).

En tercer lugar, Sebastián Agüero-SanJuan y Lorena Ramírez-Ludeña se centran en las propuestas de Rodríguez acerca de cómo concebir a las normas jurídicas y a la actividad interpretativa, analizándolas críticamente y planteando ciertas tensiones no resueltas en la obra si se entiende a estos dos tópicos como complementarios. En cuarto lugar, Alessio Sardo propone un análisis acerca de los elementos comunes entre el originalismo y el positivismo jurídico con el objetivo de colmar una pequeña laguna que encuentra en la obra de Rodríguez, y de repensar las relaciones entre el positivismo jurídico y los paradigmas de la interpretación dominantes.

Finalmente, María Cristina Redondo propone discutir un conjunto de ideas planteadas por Rodríguez al momento de analizar las normas jurídicas como razones para la acción y presenta críticas acerca de las tesis de Rodríguez sobre aquello que significa asumir una concepción universalista de las razones que un sistema jurídico ofrece, y de la distinción propuesta entre problemas derrotabilidad vinculados con la identificación y aplicación de normas.

Al final del fascículo, y bajo el título de “Nuevas respuestas a los comentarios críticos sobre *Teoría analítica del derecho*”, se pueden 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.



# Elementos de una tabla periódica. La reconstrucción racional de derechos a partir de *Teoría analítica del derecho*

Miguel Fernández Núñez\*

Vincere la materia è comprenderla, e comprendere la materia è necessario per comprendere l'universo e noi stessi: [...] quindi il Sistema Periodico di Mendeleev, che proprio in quelle settimane imparavamo laboriosamente a dipanare, era una poesia, più alta e più solenne di tutte le poesie digerite in liceo: a pensarci bene, aveva perfino le rime!

Primo Levi, *Il sistema periodico*

## Resumen

La principal preocupación de este ensayo es metateórica, y puede ser enunciada del siguiente modo: las reconstrucciones racionales de conceptos jurídicos fundamentales responden a ciertas exigencias (teóricas y prácticas). En función de cuáles sean tales exigencias, el teórico prestará atención o desatenderá (o bien, si no es plenamente consciente de ello, deberá prestar atención o desatender) las potenciales virtudes que su reconstrucción racional podría reunir. En concreto, en este ensayo expongo y analizo críticamente las teorías de los derechos de Hohfeld y Kelsen, para establecer cuáles son las principales configuraciones de los derechos que establecen y cuáles son las que soslayan o precluyen. El propósito mediato de mi análisis es determinar, dentro de la concisa teoría de los derechos de J. L. Rodríguez, cuáles son los aportes mayoritarios y qué tensiones muestra. El propósito último consiste en la identificación de algunas decisiones que el teórico de los derechos puede y debe tomar en virtud del tipo de teoría que pretenda construir.

**Palabras clave:** Metateoría. Teorías de los derechos. Reconstrucción racional. Derechos.

---

\* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, 28049, Madrid, miguel.fernandez@inv.uam.es.

Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato postdoctoral REQ2021-Margarita Salas, financiado por el Ministerio de Universidades (Next Generation EU), y en el seno del Proyecto I+D+i “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID 2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, de la Universidad de Girona. La ponencia en que se basa este artículo se ha visto sumamente beneficiada de los comentarios de María Beatriz Arriagada, a quien va mi agradecimiento.

## *Abstract*

The main concern of this essay is metaphilosophical and can be stated as follows: rational reconstructions of fundamental legal concepts respond to certain (theoretical and practical) requirements. Depending on what these requirements are, the theorist will pay attention or neglect (or, if she is not fully aware of it, she must pay attention or neglect) the potential virtues that her rational reconstruction might fulfill. Specifically, in this essay I critically expose and analyse Hohfeld's and Kelsen's theories of rights, in order to establish which main configurations of rights they establish and which ones they overlook or preclude. The mediate purpose of my analysis is to determine, within J.L. Rodríguez's concise theory of rights, what are the major contributions and what tensions it displays. The ultimate purpose is to identify some decisions that the rights theorist can and should make in virtue of the kind of theory she aims to formulate.

**Keywords:** Metaphilosophy. Theories of Rights. Rational Reconstruction. Rights.

## **0. Introducción**

En este artículo examino algunos elementos relevantes del capítulo III de *Teoría analítica del derecho* (*TAD*). Dicho capítulo está integrado por dos conjuntos de cuestiones: por una parte, la teoría de conceptos jurídicos fundamentales, y por otra, la cuestión de la demarcación del derecho respecto de otros dominios normativos, y, más concretamente, la cuestión de los criterios reduccionistas de identificación de normas jurídicas. La delimitación del derecho frente a otros campos normativos es una cuestión muy relevante para *TAD*, aunque es ampliamente tratada a lo largo del libro, y, especialmente, es problematizada en el segundo capítulo. Dada su relativa autonomía, dejaré de lado el segundo conjunto de cuestiones para centrarme en la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.

El estudio de Rodríguez consta de un examen metateórico de las teorías de conceptos jurídicos fundamentales en la tradición continental (fundamentalmente, Kelsen) y en la tradición anglosajona (los angloamericanos Bentham, Austin y Hohfeld, aportes profundizados posteriormente por los nórdicos Ross, Kanger y Lindahl) – una reconstrucción que no por ser panorámica es menos minuciosa e incisiva –, una crítica de algunos elementos de las teorías examinadas, y, en continuidad con lo anterior y como conclusión del capítulo, la propuesta de una reconstrucción alternativa profundamente tributaria de las aportaciones de Hohfeld y Kelsen. Integra tales aportaciones tras la enmienda de algunos errores y limitaciones de aquellas, perfeccionada con algunos rudimentos de lógica deóntica, y atenta a

algunas propiedades nomodinámicas de los sistemas jurídicos constitucionales. Se trata, a mi entender, de una reconstrucción elegante y muy sólida.

De modo que Rodríguez recoge y hace propias las teorías de los derechos de Hohfeld y Kelsen, las que son vistas generalmente como las reconstrucciones racionales clásicas más articuladas de los derechos y las más influyentes tradicionalmente en la iusfilosofía y la cultura jurídica anglosajona y continental, respectivamente. Aunque en su integración, Rodríguez evidencie concordancias y propicie las convergencias entre tales aportes, examinados de cerca, estos presentan importantes discordancias y rehúyen, en buena medida, la complementariedad. En este artículo me propongo identificar algunas tensiones, caracterizar y demarcar los modelos conceptuales y explicitar sus presupuestos (las exigencias teóricas y prácticas) de las principales teorías clásicas de los derechos, como casos paradigmáticos de modelos conceptuales de conceptos jurídicos fundamentales. Examinó las principales virtudes predicables del explicatum en reconstrucciones racionales (la semejanza con el explicandum, la fecundidad y la sencillez), para concluir la mayor semejanza con el explicandum del modelo kelseniano, la mayor fecundidad y sencillez del modelo hohfeldiano. Entretanto, evaluó en detalle los modelos conceptuales, caracterizando la visión de los derechos que arrojan: un modelo más reformador en el caso de Hohfeld, más continuista en el caso de Kelsen; un modelo de posiciones atómicas en el caso de Hohfeld, (algunas atómicas y) moleculares en el caso de Kelsen; un modelo de posiciones normativas, más abstractas y genéricas, el hohfeldiano, y un modelo de posiciones jurídicas, más concretas y específicas, el kelseniano; un modelo sintáctico, el hohfeldiano, un modelo sintáctico y semántico, el kelseniano. Aunque el propósito de este trabajo es eminentemente metateórico, puntualmente se señalan algunas ventajas teóricas de un modelo respecto de otro.

Conviene señalar como un dato elocuente acerca de la gestión de las mencionadas tensiones que, si bien el proyecto de elaboración de conceptos jurídicos a la luz de las proposiciones jurídicas de Rodríguez presenta múltiples puntos de encuentro con el programa kelseniano y con la teoría kelseniana de los derechos, la tabla sinóptica que presenta al final del capítulo<sup>1</sup> – el núcleo de la *pars construens* de su teoría de los derechos – recoge fundamentalmente acepciones hohfeldianas de “derecho subjetivo”, con la integración puntual de contadas nociones conexas fundamentales de matriz kelseniana (capacidad, acto ilícito, sanción).

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 298.

## 1. Los presupuestos teóricos y metodológicos

### 1.1. Caracterización de algunos objetivos generales y del método de TAD: la reconstrucción racional de conceptos jurídicos fundamentales

El capítulo tercero de *TAD* refleja de manera ejemplar algunas de las pretensiones centrales de la obra y de la comprensión que Rodríguez propugna de la labor del teórico del derecho<sup>2</sup>. Expresado con pocas palabras, que serán desarrolladas seguidamente, el capítulo tercero plasma el papel y el instrumental del (ideal) teórico del derecho: este debe brindar al jurista dogmático herramientas conceptuales precisas, en aras de poner orden en la realidad lingüística, a veces errática y confusa, de la dogmática.

En lo relativo al papel de la filosofía del derecho, su justificación en cuanto disciplina radicaría en su rol ancilar, pero autónomo, respecto de la práctica jurídica: la filosofía del derecho está justificada en la medida en que, en última instancia, presta un servicio al dogmático<sup>3</sup>. El filósofo del derecho hace, en último término, la vida más fácil al operador jurídico; si bien, a veces, lograr esa vida más fácil discurre por caminos complejos, y aun tortuosos.

En lo que se refiere al objeto y al instrumental, la teoría del derecho versa sobre el lenguaje, pues el fenómeno jurídico es visto, básicamente, como una práctica lingüística<sup>4</sup>. Es esta una de las convicciones básicas de *TAD*<sup>5</sup>. En concreto, en la comprensión de Rodríguez, la teoría general del derecho se ubica en el tercer nivel del lenguaje (un metametalinguaje) y versa sobre la dogmática jurídica, que constituye el segundo nivel del lenguaje, y que es, a su vez, un metalinguaje, que versa sobre las normas jurídicas, el primer nivel y lenguaje objeto<sup>6</sup>. La práctica lingüística de la dogmática se dedica, entre otras cosas, a la creación de conceptos, y para hacerlo se apoya en estipulaciones lingüísticas asentadas, en nuevas estipulaciones y en redefiniciones<sup>7</sup>. Con todo, semejantes labores se ven constantemente amenazadas por

<sup>2</sup> O del filósofo del derecho; en este trabajo no trazo una distinción léxica entre uno y otro.

<sup>3</sup> Bulygin 1991: 380: «La tarea de la filosofía jurídica ya no consiste en develar la oculta esencia del fenómeno jurídico, sino en esclarecer el aparato conceptual y los métodos de la ciencia del derecho».

<sup>4</sup> Las tesis que acabo de exponer han sido sometidas a críticas. La elevada atención que la filosofía analítica del derecho ha prestado tradicionalmente al lenguaje y la consiguiente incorporación del aparato conceptual de la filosofía lingüística (véase, por ejemplo, Barberis 1997) pueden y, según algunos, deben ser redimensionadas. Por ejemplo, Brigaglia identifica «el focus racionador y lingüístico, con la intrínseca obsesión por la interpretación y la argumentación» como característico de la «teoría del derecho *mainstream*» (Brigaglia 2019: 324), para propiciar un alejamiento de semejante focus y un acercamiento al focus cognitivo. En este trabajo asumo la validez de un enfoque eminentemente lingüístico, sin explorar la compatibilidad o incompatibilidad de este con una aproximación cognitiva.

<sup>5</sup> Rodríguez 2021: 17.

<sup>6</sup> Rodríguez 2021: 221-222.

<sup>7</sup> De hecho, estipulaciones y redefiniciones son entendidas, generalmente, como los instrumentos con los que modelar los conceptos (véase Guastini 2017: 9).

el caos lingüístico y la proliferación de pseudodisputas. La vía para salir de esta situación es, atendiendo a Rodríguez, más estipulaciones –y, con cierta frecuencia, redefiniciones–, que se configuran como herramientas lingüística y conceptualmente claras, aunque dotadas, en muchos casos, de un marcado carácter técnico, y de un alto grado de abstracción.

Dentro del campo del segundo nivel del lenguaje, esto es, el lenguaje Técnico-jurídico, un componente crucial lo conforman los conceptos jurídicos, términos con los que aislar las múltiples y complejas situaciones derivadas de la existencia de un orden jurídico. Son denominados “conceptos jurídicos” cada uno de los «elementos del conjunto de expresiones que los juristas emplean para hacer referencia a [las] situaciones específicas que regula el derecho, y que son tomadas como base por las disciplinas dogmáticas que estudian las distintas ramas del derecho»<sup>8</sup>.

Así las cosas, ¿cómo ofrecer al dogmático un repertorio de conceptos jurídicos fundamentales precisos, o, por lo menos, más precisos que aquel que ya posee? Un método privilegiado, cultivado por la filosofía del lenguaje, es el de la reconstrucción racional de conceptos. La “reconstrucción racional” de un concepto es un método que consiste en transformar un concepto inexacto, el explicandum, en un concepto más exacto que el primitivo, el explicatum<sup>9</sup>. Con este método se espera obtener un explicatum que cubra las mismas o, al menos, el máximo posible de situaciones de las cubiertas por el término a sustituir, sin entrañar los problemas semánticos que aquejaban al anterior. Son méritos que ha de reunir el nuevo concepto [1] la semejanza al término a sustituir (i.e., que pueda usarse en la mayor cantidad de situaciones en que se usaba el primero), [2] la fecundidad (i.e., que pueda ser formulada la mayor cantidad posible de enunciados universales), y [3] la sencillez<sup>10</sup>.

## 1.2. El problema: las exigencias de los modelos conceptuales

Aquí, justamente, surgen los problemas, puesto que los méritos que deberían poder predicarse del nuevo concepto no son siempre conciliables simultáneamente, en la misma medida. Como intentaré mostrar mediante el examen de las principales teorías clásicas de los derechos, para modelos conceptuales diferentes ciertos *desiderata* son importantes, otros no lo son, otros, finalmente, lo son apenas, comparativamente, y, en todo caso, algunos pugnan en direcciones opuestas. Cuál sea el mérito que debe privilegiarse y cuál aquel que debe ser aminorado o desatendido debe ser fruto (o bien es fruto, si el teórico es plenamente consciente de ello) de las necesidades teóricas y prácticas del modelo conceptual de que se trate<sup>11</sup>. En las páginas que siguen, examino los posibles

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 221.

<sup>9</sup> Rodríguez 2021: 222.

<sup>10</sup> Véase Alchourrón & Bulygin 2012: 12.

<sup>11</sup> Como he señalado, mis pretensiones son eminentemente metateóricas. Aspiro a evaluar la conformidad de ciertas decisiones a determinados requisitos de los modelos conceptuales, y no tanto a

méritos del explicatum – siguiendo aproximadamente el orden que acabo de trazar, relativo a la semejanza, la fecundidad y la sencillez del nuevo concepto – a la luz de las aspiraciones teóricas y prácticas primordiales de las principales teorías clásicas de los derechos, y examino sus recaídas en las configuraciones de los derechos.

## 2. Repertorio de virtudes de las reconstrucciones racionales y configuraciones de los derechos

### 2.1. La semejanza. Dimensión continuista y dimensión reformadora de los modelos conceptuales

Los modelos conceptuales – cuando menos, los examinados aquí– tienen una dimensión continuista y una dimensión reformadora. Ello es así porque con las reconstrucciones racionales en que descansan tales modelos aspiran, por una parte, a plasmar unos usos y, por otra, a corregirlos. Y ni siquiera, según parece, la plasmación y la corrección son tareas perfectamente demarcadas e independientes, en la medida en que se trataría de plasmar unos usos *correctos* y corregir unos usos *vigentes*<sup>12</sup>.

Asimismo, expresado en términos lingüísticos<sup>13</sup>, puede afirmarse que un modelo conceptual tiene, por una parte, una dirección de ajuste mente a mundo, tiene carácter descriptivo, y tiene, por otra parte, una dirección de ajuste mundo a mente, tiene carácter normativo.

Aunque los modelos conceptuales consten de esas dos dimensiones, lo que sí se puede hacer el teórico es atender o desatender el carácter descriptivo o el carácter normativo, potenciar o mitigar las aspiraciones continuistas o las aspiraciones reformadoras.

Puede sostenerse que privilegiará el carácter descriptivo (la dimensión continuista) el teórico que confiera especial importancia a la adecuación extensional de su modelo conceptual – u otro tipo de adecuación descriptiva –, quien atribuya especial importancia a la captación de usos lingüísticos y distinciones vigentes. Puede sostenerse también que potenciará la dimensión continuista (el carácter descriptivo) el teórico que entienda que la labor de clarificación iusteórica debe permanecer relativamente

---

juzgar su sensatez u oportunidad, decantándome por ciertos modelos y desechando otros. Dicho esto, puntualmente señalo algunos inconvenientes o ventajas en la caracterización de los derechos.

<sup>12</sup> Creo que esta afirmación está en sintonía con la situación dilemática que von Wright detecta en la tarea del filósofo: el filósofo aspira a *reconstruir* el uso (ante todo, lingüístico) correcto, pero la corrección del uso la determinan las *reglas* mismas. Von Wright, por cierto, se desliza por los cuernos del dilema para sostener que el filósofo aspira a dar cuenta de ciertas intuiciones conceptuales que le parecen relevantes (véase Navarro & Redondo 2002: 26-27).

<sup>13</sup> En concreto, empleando la noción de “dirección de ajuste” de Anscombe, con la que Rodríguez muy oportunamente abre su volumen (Rodríguez 2021: 39-40). No me adentro en el posible carácter de los enunciados conceptuales de *tertium genus*, ni descriptivo ni prescriptivo, como una herramienta para comprender lo que se sabía de modo tácito y confuso.

próxima a los usos de la dogmática, quien otorgue relevancia a la fidelidad al contexto de partida en que deben asentarse sus redefiniciones. En las próximas páginas veremos algunas razones para potenciar la dimensión reformadora, para privilegiar el carácter normativo.

Para contrastar las pujanzas continuista y reformadora, conviene examinar distintas operaciones conceptuales de Hohfeld y Kelsen, y los presupuestos sobre los que se asientan. Comencemos por las ambiciones y las estrategias lingüísticas de Hohfeld.

En primer lugar, en lo que se refiere a sus propósitos, Hohfeld pretende erigir su proyecto en una desambiguación teórica y práctica de la expresión “derecho subjetivo”, en un análisis lógico de las nociones que se han englobado tradicionalmente bajo semejante expresión y, lo que ahora es más significativo, en un intento de disciplinar el lenguaje de los estudiosos y técnicos del derecho. Como es sabido, Hohfeld constata que las expresiones “derecho” y “deber” son usadas por la jurisprudencia (y por los operadores jurídicos, en general) para referirse a varias posiciones normativas que pueden y deben distinguirse. Tras ello, Hohfeld restringe significativamente la connotación de los términos “derecho” y “deber”, que pasarían a denotar tan solo dos de las ocho posiciones normativas vislumbradas por el teórico<sup>14</sup>. No solo eso, sino que Hohfeld reorganiza ese amplio campo semántico, asignando nuevos rótulos a las diferencias conceptuales significativas. Esa reorganización léxica y conceptual deben hacerla propia los estudiosos y técnicos del derecho<sup>15</sup>. En suma, el proyecto hohfeldiano no es solo y no es tanto un intento de análisis de prácticas lingüísticas de los estudiosos y técnicos del derecho (un modelo eminentemente descriptivo) sino que es también y sobre todo un proyecto de regimentación de prácticas lingüísticas de los estudiosos y técnicos del derecho (un modelo eminentemente normativo).

En segundo lugar, no solo sus objetivos son rupturistas, sino que es sustancialmente reformista e innovador el modo de proceder de Hohfeld, al realizar un pormenorizado sondeo y someter a ajuste mutuo las palabras y los conceptos, en peculiares operaciones de “terapia lingüística”. Para simplificar el análisis, pueden distinguirse en las operaciones que Hohfeld acomete en su primer ensayo<sup>16</sup>, un acercamiento a las palabras y un acercamiento a los conceptos en la teoría del profesor de Yale, para examinar sucesivamente la interacción entre unas y otros.

---

<sup>14</sup> Esas ocho posiciones normativas son las siguientes: derecho (o pretensión), privilegio (o libertad), potestad (o poder) e inmunidad, tradicional y genéricamente denominados “derechos”, deber, no-derecho, sujeción e incompetencia, tradicional y genéricamente denominadas “obligaciones” (para un examen perspicuo véase Rodríguez 2021: 271-273).

<sup>15</sup> Es cierto que Hohfeld aspira a que su propuesta sea acogida primordialmente por los operadores jurídicos (especialmente, abogados y jueces), mientras que Kelsen concibe su propuesta para los “científicos del derecho”. Esta, bien mirada, no es una genuina diferencia entre las propuestas, puesto que es fácil equipararlas en este punto: concibiendo la propuesta kelseniana como la proposición de un molde lingüístico para juristas y extendiendo, como sugirió Ross (1958), la construcción hohfeldiana a la descripción de normas.

<sup>16</sup> Hohfeld 2010.

[I] ¿De dónde obtiene Hohfeld las palabras (las denominaciones de los derechos)?

Hohfeld realiza una peculiar selección de las denominaciones, en función, en primer lugar, del contenido que tiende a adscribirse (correctamente) a ciertos usos lingüísticos de esas denominaciones y en función, en segundo lugar, del contenido que se les podría adscribir y que parece oportuno adscribirles, aunque puedan no haberse asignado todavía dichas denominaciones y dichos contenidos. Que una cierta denominación esté amplia y sólidamente difundida es un dato poco relevante para asumirla. En todo caso, las denominaciones –seleccionadas, conviene repetirlo, sin especial deferencia hacia su vigencia o popularidad– son relevantes cuando se ven contrastadas con los contenidos de las nociones que denominan. Seguidamente veremos más de cerca en qué sentido.

[II] ¿De dónde obtiene Hohfeld los conceptos (el contenido de las posiciones jurídicas tradicional e indistintamente denominadas “derechos”)?

[a] Una parte de ese material conceptual está presupuesta en y movilizada por los usos lingüísticos vigentes. Hohfeld es receptivo a las evidencias conceptuales de la cantera lingüística de partida, aunque sea evaluada con criterios y con instrumentos metalingüísticos de los que la comunidad examinada carece. [b] Otra parte surge de las denominaciones mismas y, con mayor precisión, de la peculiar interacción entre la denominación y el (potencial) contenido que pueden asumir las nociones. Tanto las denominaciones habituales como las inusuales “responden” de distintos modos a las operaciones conceptuales con las que son estimuladas. [c] Otra parte, en fin, surge de la propia red de conceptos que se va delineando (del espacio que el concepto en cuestión ocupa en dicha red).

Conviene detenerse en estas operaciones y en las interacciones entre los elementos.

Una parte notable del análisis conceptual hohfeldiano está dedicada a seleccionar cuidadosamente la terminología más adecuada para los conceptos estipulados, preservando las denominaciones “elocuentes”, que presentan matices importantes y evidencias acerca del (potencial) contenido de la noción<sup>17</sup>. La convicción básica de algunas de las operaciones terminológicas que Hohfeld lleva a cabo es que el rótulo, el *nomen iuris*, dice mucho acerca de la noción, y que la selección (la conservación de las denominaciones que ya atribuían los jueces, su reasignación o su creación) constriñe de forma decisiva los posibles contenidos semánticos de las nociones. La discriminación terminológica va de la mano de la precisión conceptual y busca establecer «*the limited and proper meaning*» de las nociones<sup>18</sup>. Hohfeld asume que

<sup>17</sup> “Potencial” en la medida en que me refiero a un momento en que Hohfeld aún está inmerso en la operación de modelaje del contenido en cuestión.

<sup>18</sup> Véase Hohfeld 2010: 38-39.

de la correcta elección terminológica depende, en gran medida, la construcción del campo semántico y, en última instancia, el contenido de la posición normativa, «su significado intrínseco y alcances»<sup>19</sup>. El ajuste mutuo entre el rótulo y el uso presupone que hay usos más correctos y rótulos más aptos, más idóneos para expresar los usos correctos.

La elección de un nombre no es una tarea orientada a sí misma ni tampoco los conceptos yacen ociosos, totalmente abstraídos de los usos lingüísticos<sup>20</sup>. El hohfeldiano es un análisis clásico del lenguaje normativo, característico de la filosofía analítica del derecho, pero donde seguramente se anticipan algunas intuiciones típicas de la terapia lingüística de matriz wittgensteiniana<sup>21</sup>.

La modelación de contenidos y la selección de rótulos van de la mano, y la ambición de Hohfeld es la de construir una red conceptual –seguidamente caracterizaré dicha red conceptual– y, al mismo tiempo, una red léxica, que liste adecuados sinónimos y cuasisinónimos<sup>22</sup>. En resumidas cuentas, la reforma hohfeldiana consiste, en buena medida, en la estipulación de ocho nociones (se diría nuevas, estipulaciones, antes que fundamentalmente renovadas redefiniciones), y en una cuidadosa selección de la terminología más adecuada, tanto en virtud de argumentos que ofrece la propia jurisprudencia a los que Hohfeld reconoce solidez<sup>23</sup>, como en función de aquellos argumentos que vislumbra el propio Hohfeld, y del mapa conceptual que va trazando<sup>24</sup>. Hohfeld somete a esclarecimiento recíproco y a “recalibración” a la denominación, al concepto y a la red conceptual. Podemos encontrar un ejemplo claro de estas operaciones en la noción de no-derecho: esta noción consiste en la negación de la posición jurídica derecho (de la pretensión), lo que da cuenta de la red conceptual, y esta relación lógica es, precisamente, la que propicia su denominación

<sup>19</sup> Hohfeld, 2010: 63; cfr. Hohfeld, 2010: 48-49, 51, 61.

<sup>20</sup> Es decir, no debe pensarse que las convicciones hohfeldianas son “ingenuas” con respecto a las funciones lingüísticas autoevidentes de los nombres, en la creencia mágica según la cual nombrar una cosa muestra alguna conexión con la esencia de dicha cosa, ni con respecto a un conceptualismo liberado a sí mismo.

<sup>21</sup> En la “terapia” hohfeldiana, se ven privilegiadas las definiciones ostensivas y contextuales, mediante reiteradas definiciones por ejemplificación. De este modo, no es cierto, como afirma Hohfeld, que él no ofrezca una definición de tales nociones; lo que ocurre es que por “definición” entiende Hohfeld una definición clásica de tipo lexicográfico. Por supuesto, en el trasfondo de este planteamiento se encuentra el escepticismo propio de la filosofía analítica del derecho –que proviene, por lo menos, de la peculiar teoría ontológico-lingüística de Bentham– ante la posibilidad de explicar los derechos mediante el sistema aristotélico de definición por género y diferencia (cfr. Hart 1983: 26-32).

<sup>22</sup> Cfr. Hohfeld 2010: 47, 59.

<sup>23</sup> Con cierta frecuencia, en efecto, Hohfeld recoge definiciones (netamente) informativas de construcciones elaboradas por la jurisprudencia.

<sup>24</sup> La conformación de las nociones a la luz de las demás que conforman la red conceptual, así como otros puntos nodales de la metodología lingüística de la construcción de Hohfeld han sido enfatizados por algunos críticos, que han considerado la “semiótica” hohfeldiana próxima a la saussuriana (cfr. Balkin 1990: 1121).

como “no-derecho”, nada habitual e incluso chocante con las prácticas lingüísticas técnicas y ordinarias.

Más allá de este análisis, resulta difícil fijar con precisión qué deuda ha contraído Hohfeld con la cantera lingüística de que se sirve y la medida de originalidad y rupturismo de su aportación<sup>25</sup>. Con todo, en un diagnóstico tentativo, podría afirmarse que la vinculación con el entorno lingüístico de partida parece sumamente restringida, dado que las operaciones conceptuales de extracción de significado (de significados latentes y de significados potenciales) y los resultados de tales operaciones no guardan una estrecha semejanza con distinciones jurisprudenciales sentadas. De hecho, Hohfeld no teme apartarse de tales distinciones cuando el propio modelo que está elaborando parece requerirlo. Esto tiene que ver, en buena medida, con el carácter abstracto de las nociones que Hohfeld elabora, con unas preocupaciones distintas de aquellas que acucian a la jurisprudencia. Sobre ese carácter abstracto me detendré luego. Pero tiene también que ver con la facilidad de Hohfeld para apartarse de ciertas intuiciones conceptuales refrendadas por la tradición jurisprudencial y de ciertas denominaciones vigentes. Quizás la muestra más notoria de ello sea, una vez más, que Hohfeld introduce una denominación inédita e inusitada cuando se le presenta un “concepto sin nombre”, el de no-derecho<sup>26</sup>. Más que una reforma parcial del léxico de los operadores jurídicos, el proyecto de Hohfeld ofrece, en sus propósitos, en sus procedimientos y en sus resultados, una tabula rasa y una refundación del análisis del lenguaje técnico-jurídico.

Conviene ahora detenerse en la labor de Kelsen.

Por supuesto, el modelo de Kelsen comparte con el de Hohfeld presentarse como un modelo que no pretende únicamente la captación de prácticas lingüísticas (y la forma gramatical de dichas prácticas) sino también y sobre todo su modificación, pues Kelsen pretende señalar al científico del derecho, y, por extensión, al jurista, las distinciones que debe realizar y las que no debe realizar (la forma lógica) en su labor, puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral, de descripción del derecho. Sin embargo, la atención por el material lingüístico de partida y una deliberada cercanía a ciertas construcciones y distinciones sistematizadoras de la dogmática llevan a que las aspiraciones continuistas sean más marcadas en el modelo kelseniano que en el

---

<sup>25</sup> De pasada, como cualificación de la originalidad de Hohfeld, hay que señalar la deuda, seguramente profunda, con John Salmond (por ejemplo, cfr. Frydrych 2021: 7). Tal vez esta consideración complejice la situación y suponga el reconocimiento de nuevas exigencias teóricas en la confección de los modelos: las percibidas por Salmond y suscritas por Hohfeld, y las inéditamente percibidas por Hohfeld. No me detengo en esta posibilidad.

<sup>26</sup> Se trata de una categoría muy disputada. Ya Pound lo identificó, junto con las inmunidades, sujeciones e incapacidades, como un caso en que Hohfeld estaba atribuyendo nombres de posiciones jurídicas a situaciones donde no existe situación jurídica alguna (Pound 1937: 574). En concreto, el argumento funcionaría del siguiente modo: si un sujeto no tiene un derecho, entonces tiene un no-derecho. Que esta interpretación es errónea, y que, por tanto, la categoría de no-derecho es pertinente y ocupa un espacio estructural y funcional lo ha mostrado con claridad Kramer 2019.

hohfeldiano. En todo caso, la semejanza (como capacidad denotativa) es distinta del continuismo, que solo es relevante a igualdad de capacidad explicativa.

Antes de examinar esas evidencias, hay que recordar que Kelsen distingue bajo el lema “derecho subjetivo” seis acepciones. “Derecho subjetivo” puede ser entendido como: [a] permisión negativa<sup>27</sup>; [b] autorización expresa<sup>28</sup>; [c] reflejo de una obligación<sup>29</sup>; [d] acción procesal (o derecho en sentido técnico)<sup>30</sup>; [e] derecho político<sup>31</sup>; [f] libertad fundamental<sup>32</sup>.

En primer lugar, conviene tomar en cuenta la cercanía de la taxonomía kelseniana con las construcciones de la dogmática y la teoría general del derecho de su época. La distinción kelseniana de derecho como reflejo de una obligación y derecho en sentido técnico, un binomio especialmente importante dentro de la teoría kelseniana de los derechos –de hecho, la *pars destruens* y la *pars construens* de dicha teoría<sup>33</sup>, se corresponde de forma manifiesta con la dicotomía clásica de la teoría general del derecho alemana de “Recht” (el elemento “sustantivo” del derecho) y “Klage” (el elemento “adjetivo”, la acción procesal)<sup>34</sup>.

Aquí conviene plantear unas pocas consideraciones incidentales. Aunque la distinción kelseniana presente una patente continuidad con el binomio tradicional, su distinción responde en parte, en Kelsen, a razones diferentes de algunas de las tradicionales; a saber, el énfasis kelseniano en el elemento de la protección frente a lecturas sustantivas<sup>35</sup>. Pero precisamente, el esclarecimiento kelseniano de estas dos nociones, que contiene algunos elementos valiosos y válidos, presenta una singular desventaja respecto del tratamiento tradicional: Kelsen estima que la distinción entre derecho sustantivo y elemento adjetivo del derecho (privilegiando el elemento sustantivo frente al adjetivo) responde tan solo a razones sustanciales, ideológicas. Puede que ello fuera parcialmente cierto en la comprensión tradicional<sup>36</sup>, pero, en todo caso, la distinción responde también a una diferencia estructural notable: el derecho en sentido técnico o derecho como acción procesal es, en todo caso, un “metaderecho”, referido a la protección de otro derecho o a la reacción frente a la falta

<sup>27</sup> Kelsen 1966: 194.

<sup>28</sup> Kelsen 1966: 160-161.

<sup>29</sup> Kelsen 1966: 150.153.

<sup>30</sup> Kelsen 1966: 158-159.

<sup>31</sup> Kelsen 1966: 161-163.

<sup>32</sup> Kelsen 1966: 163-168. Rodríguez analiza estas nociones con minuciosidad en Rodríguez 2021: 231-236.

<sup>33</sup> Así las define Celano 1999: 222-231.

<sup>34</sup> Una dicotomía que consagra Windscheid 1857.

<sup>35</sup> Como las auspiciadas por la teoría del interés, centrada en la tutela de los intereses, o la teoría de la voluntad, que se fija en la salvaguarda del control de la voluntad.

<sup>36</sup> Pues los defensores de las mencionadas teorías pretendían hacer de una tesis ético-política una diferencia de carácter estructural.

de satisfacción o incumplimiento de otra posición jurídica<sup>37</sup>. Ello también ilustra un inconveniente del análisis kelseniano, sobre el que después me detendré: Desconoce algunas de las relaciones conceptuales más relevantes entre acepciones de “derechos”.

En segundo lugar, la taxonomía kelseniana también parece especialmente conforme a ciertas distinciones sistematizadoras propias de la dogmática jurídica. De hecho, al margen de los poderes y las libertades (como permisión negativa y como autorización expresa), los restantes conceptos identificados por Kelsen correspondientes a la locución “derecho subjetivo” suponen la traducción en categorías de derechos de la delimitación de ramas del ordenamiento (sector público, privado, constitucional). Es decir, deliberadamente, Kelsen consagra y plasma en categorías de derechos distinciones contingentes propias de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así, el reparto en función de ramas del ordenamiento es claro: El derecho subjetivo como acción procesal se corresponde con derechos del sector privado, consistentes en la potestad (se trataría, acaso, entre otras cosas, pero no exclusivamente, como veremos, de un tipo peculiar de poderes) de accionar la tutela jurisdiccional, de participación en la producción de normas jurídicas individuales<sup>38</sup>. El derecho subjetivo como derecho político se corresponde con derechos políticos de participación en la producción de normas jurídicas generales<sup>39</sup>. El derecho subjetivo como libertad fundamental, correspondiente a lo que suelen denominarse “derechos o libertades fundamentales”, propios del derecho constitucional, corresponde a unas garantías dirigidas a determinar de forma negativa el contenido de las leyes<sup>40</sup>. Los derechos mencionados en último lugar (los derechos políticos y las libertades fundamentales) están conformados por poderes (en la medida en que a ellos va anudada la posibilidad de un cambio normativo) pero también, probablemente, estarían conformados por libertades (en la medida en que para realizar tales cambios hace falta también, de forma instrumental, al menos, realizar acciones no normativas). No se trata solo de que la acción normativa esté permitida (en el sentido de estar definida por alguna clase de normas de competencia), sino que para realizar tal acción normativa es también necesario realizar otras acciones en general, permitidas (por normas de conducta), que conformarían precisamente el contenido de libertades<sup>41</sup>. Efectivamente, no parece lo mismo que una norma de competencia confiera a un sujeto el poder

<sup>37</sup> Se refiere a “derechos de segundo grado” o “metaderechos” Guastini 2017: 82.

<sup>38</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 234.

<sup>39</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 235.

<sup>40</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 235-236.

<sup>41</sup> Suscribo aquí la distinción de Rodríguez que discierne tipos de normas atributivas de pretensiones y libertades (normas de conducta) y atributivas de poderes e inmunidades (normas de competencia). Sin perjuicio de que, en última instancia, pueda afirmarse que una clase de normas es reducible a la otra, considero esta distinción útil para la reconstrucción metateórica y para el análisis y crítica de distintos argumentos. Asimismo, la comprensión de que las pretensiones y libertades se refieren a acciones en general, mientras que los poderes e inmunidades se refieren a acciones normativas (Rodríguez 2021: 273) resulta una distinción iluminante.

para dictar un acto normativo a que una norma de conducta confiera a dicho sujeto la permisión para dictarlo (podría decirse, la permisión expresa para ejercer semejante poder) o no le imponga el deber de no dictarlo (podría decirse, la permisión tácita para ejercer semejante poder)<sup>42</sup>. Si esta lectura es plausible, estaríamos ante agregados de derechos. En cualquier caso, parece que nos encontramos con la situación, algo curiosa, de que Kelsen estipule tres especies de “potestades”, en función del contenido específico de la acción normativa de que se trate<sup>43</sup>.

## **2.2. Una profundización y un interludio. La fecundidad: la especificidad de los modelos de posiciones jurídicas y normativas.**

El hecho de que Kelsen distinga seis acepciones de “derecho subjetivo” y, en concreto, tres de ellas correspondientes a lo que Hohfeld denomina “poder” llama la atención acerca de la especificidad del modelo kelseniano. Tal vez semejante grado de especificidad sea necesario para captar clases de situaciones normativas habituales, trazar distinciones doctrinales relevantes en el plano del contenido de los derechos<sup>44</sup>. Además, esas distinciones, mediante las cuales la ciencia del derecho sistematizaría el saber jurídico, se corresponden bastante claramente con una de las distinciones fundamentales de la dogmática: la separación de ramas del derecho positivo (derecho civil, procesal, constitucional). Con todo, puede afirmarse con bastante seguridad que, en último término, las distinciones kelsenianas no responden ni única ni especialmente a la atención hacia las prácticas de los operadores y las distinciones de la dogmática, sino sobre todo a la preocupación por describir con el debido grado de detalle las normas y sus efectos, a caracterizar apropiadamente las atribuciones normativas a ciertos sujetos que satisfacen ciertas condiciones. Tal vez la labor de desplegar las consecuencias normativas de un sistema para los distintos casos genéricos por parte del jurista requiera descripciones con cierto grado de especificidad<sup>45</sup>. Kelsen delimita y categoriza las clases de acciones generales o normativas que puede llevar a cabo el titular de ciertos derechos, y el papel que de-

---

<sup>42</sup> Para este argumento, no es necesario que uno distinga normas de conducta y normas de competencia –o normas prescriptivas y determinativas, en la comprensión de Rodríguez–, sino que basta con distinguir funcionalmente libertades y poderes.

<sup>43</sup> Ello aunque una de esas acepciones, las libertades fundamentales, sea un macroderecho conformado también por libertades, en la medida en que el poder resulta un componente notorio de tales macroderechos. Entiendo por microderecho o posición normativa atómica una posición fundamental, primitiva, y por macroderecho o posición normativa molecular un agregado de microderechos.

<sup>44</sup> Más bien del contenido que de su estructura pues, conviene repetirlo, se trata de diferentes tipos de libertades y de diferentes tipos de poderes; diferentes, en suma, no por la estructura, sino por el contenido. Más adelante, caracterizo el kelseniano como un modelo parcialmente semántico.

<sup>45</sup> La determinación del grado de especificidad requerido es una cuestión en la que no puedo detenerme aquí.

sempeña el titular de distintos derechos en el proceso de producción del derecho<sup>46</sup>. En cambio, la contribución de Hohfeld es mucho más restringida en este sentido: distingue entre acciones generales y normativas y entre llevarlas a cabo o recibirlas. La taxonomía hohfeldiana consiente explicar que únicamente quien sea titular de poderes puede participar de forma directa en el proceso de producción del derecho, pero solo la taxonomía kelseniana cualifica el tipo de participación y el tipo de norma concernida: normas generales y abstractas, en el caso de la legislación (cubierta por el derecho subjetivo como derecho político), y leyes particulares y concretas (en el caso de la aplicación judicial del derecho, en el derecho en sentido técnico, y en los actos de autonomía privada, ejecutados por medio de poderes).

El problema que las caracterizaciones que acabo de señalar plantean es si una teoría de conceptos jurídicos fundamentales demanda semejante precisión, y sacrificar algo de la amplitud en la denotación en aras de una connotación suficientemente caracterizada. Con ello, además, se preserva el valor de la semejanza del explicatum con el explicandum, pero seguramente a expensas de la fecundidad: Cuanto más específica es la caracterización de la acción general (o de la acción normativa) en el contenido del derecho, tanto más restringido será el conjunto de enunciados universales que puedan ser formulados.

Asimismo, a razón de semejante especificidad, las distinciones kelsenianas – mejor dicho, la mayoría de distinciones kelsenianas– tendrían el mérito de caracterizar de forma especialmente detallada y acaso idónea los derechos en cuanto posiciones jurídicas<sup>47</sup>, y tendrían el inconveniente de no reflejar cabalmente posiciones normativas no jurídicas. Por una parte, los poderes jurídicos parecen la pieza más destacable de la nomodinámica jurídica, mientras que otros sistemas normativos, como el moral, estarían fundamentalmente integrados, siguiendo la propia lección kelseniana, por la nomoestática. La caracterización detallada del contenido de los poderes no haría sino acentuar esta distinción. Por otra parte, la distinción entre permisiones expresas y permisiones tácitas (entre autorizaciones expresas y permisiones negativas, en el léxico kelseniano), parece relevante exclusivamente para los sistemas jurídicos, en la medida en que parece presuponer autoridades normativas positivas, capaces de dictar permisiones expresas, susceptibles de ser conocidas, y es relevante fundamentalmente para hablar de la clausura del ordenamiento jurídico. En cambio, la taxonomía hohfeldiana no presenta esas distinciones, sino que expresa, más genéricamente, el sujeto que realiza o recibe la acción (una posición activa o pasiva) y el tipo de acción (acción en general o acción normativa), y es susceptible

---

<sup>46</sup> Que los derechos en sentido técnico y los derechos políticos cumplen la misma función y, por ende, podrían englobarse en un mismo concepto fue percibido por Kelsen (véase Kelsen 1966: 162, véase Rodríguez 2021: 235).

<sup>47</sup> Lo cual podría considerarse conforme a una aspiración general de Rodríguez, plasmada, concretamente, en el capítulo tercero: la demarcación del derecho respecto de otros dominios normativos.

de ser aplicado a otros sistemas normativos<sup>48</sup>.

Suele predicarse la fecundidad de una definición «si podemos probar cosas con ella que no habríamos podido probar sin ella»<sup>49</sup>. De las dos taxonomías, es más fecundo el modelo hohfeldiano, pues permite dar cuenta de muchas más situaciones normativas de las que abarca el modelo kelseniano.

Ahora me interesa destacar que las variables examinadas en estos párrafos, la semejanza respecto de los usos vigentes y el grado de especificidad pueden ir acompañados de una distinción en el plano estructural: una tendencia hacia la construcción de elementos atómicos y conceptos irreducibles (no reducibles en términos de otros conceptos), en el caso de Hohfeld, posiciones individuales propias de todo orden normativo, y una tendencia hacia la construcción de elementos moleculares (agregados de nociones atómicas) y conceptos reducibles, en el caso de Kelsen, posiciones jurídicas, características de los órdenes jurídicos contemporáneos. Conviene ahondar en este punto.

### **2.3. La sencillez: atomicidad e interdefinibilidad de los conceptos jurídicos fundamentales. Una comparativa de Hohfeld con Kelsen**

Si he examinado previamente varias claves de la metodología hohfeldiana, en concreto, el peculiar procedimiento de selección léxica y conceptual, ahora conviene analizar el resultado de dicho procedimiento, la “tabla” hohfeldiana en sí misma, evaluando dos dimensiones en las que la aportación hohfeldiana parece superior a la kelseniana<sup>50</sup>. Se trata de la atomicidad o fundamentalidad de los conceptos básicos y de su interdefinibilidad.

Empecemos por lo que Hohfeld denomina carácter “fundamental” de los conceptos básicos. Por carácter fundamental se entiende que los conceptos estipulados por Hohfeld tienen carácter irreducible o indivisible: no hay conceptos “más básicos” en los que estos deban ser explicados. Dicho de forma alternativa, en palabras de Duarte, la fundamentalidad o “atomicidad” de las nociones hohfeldianas significa que estas son “unidades indivisibles”, cada posición jurídica puede ser predicada como atómica<sup>51</sup>. La atomicidad es una herramienta muy valiosa, pues provee del medio para entender posiciones jurídicas complejas, los componentes de los que están

---

<sup>48</sup> Soy consciente, sin embargo, de que la última tesis es discutida por distintos autores, para quienes la taxonomía hohfeldiana solo logra captar los derechos jurídicos (para una reconstrucción cfr. Azzoni 1994: 450-453).

<sup>49</sup> Horty 2007: 41, retomando a Benacerraf.

<sup>50</sup> Me refiero con cierta insistencia a “tabla” hohfeldiana, por cuanto las ocho nociones hohfeldianas parecen conformar un cuadro autónomo basado en las relaciones entre ellas. Para un uso semejante, que se refiere a la “Hohfeldian platform”, véase Schlag 2022: 442.

<sup>51</sup> Duarte 2021: 2. La explicación de unidades fundamentales constituye algo así como unas “reglas de formación”. Para la base de este analogon cfr. Carnap 1986: 308-309. Seguidamente, caracterizaré la comprensión hohfeldiana como sintáctica, lo que permitiría avalar este símil.

conformadas y la conexión entre una posición normativa irreducible y la modalidad (deóntica o anankástica) que sirve como su base<sup>52</sup>. Asimismo, la atomicidad supone la base para explicar la diversidad morfológica de una posición jurídica molecular<sup>53</sup>.

Dicho esto, la tabla hohfeldiana no es “inerte”, como he indicado anteriormente, no está conformada por elementos irrelatos: precisamente, un modo de adscribir significado a las posiciones normativas, de entender qué significa cada instancia de la locución “derecho subjetivo” es determinar con qué otra noción de la tabla guarda relación y qué clase de relación guarda con ella. Las relaciones lógicas estipuladas por Hohfeld son la correlación y la oposición. Conceptos correlativos son nociones equivalentes, en palabras de Rodríguez<sup>54</sup>, a una noción corresponde biunívocamente otra; afirmar que concurre una cierta noción significa que, por definición, concurre también su correlativa. Conceptos opuestos son nociones contradictorias, en palabras de Rodríguez, una noción es la negación de otra, afirmar que concurre una cierta noción significa que, por definición, no concurre su contradictoria. No desganoaré la tabla hohfeldiana, ampliamente conocida y cuyos componentes ya he mencionado; simplemente recordaré, siguiendo en el detalle a Rodríguez, que está compuesta por ocho nociones, cuatro de las cuales tienen por contenido acciones en general y son conferidas por normas prescriptivas (según ciertas reconstrucciones, expresan modalidades deónticas), y cuatro de las cuales tienen por contenido acciones normativas y son conferidas por reglas de competencia (según Rodríguez, determinativas; según ciertas reconstrucciones expresan modalidades anankásticas, y, según otras, aléticas). Las relaciones de correlación y contradictoriedad se producen dentro de cada uno de los dos conjuntos, lo que hace a las nociones dentro de ellos interdefinibles. Es relevante notar, sin embargo, que a estas relaciones Rodríguez añade otra, aunque, eso sí, no es de carácter analítico-conceptual como las señaladas por Hohfeld, sino que es formulada en términos de implicación material. Tal relación vincula los dos conjuntos de posiciones normativas: consiste en afirmar que «el ejercicio válido de una potestad jurídica produce una modificación en las soluciones normativas derivables del sistema»<sup>55</sup>.

En primer lugar, la interdefinibilidad de las nociones es relevante en lo referente a la determinación del significado de las posiciones normativas. El carácter interdefinible, o “conectivo” de las nociones, quiere decir que la comprensión apropiada de cada concepto se obtiene captando sus relaciones con los demás conceptos del mismo sistema<sup>56</sup>. Para entender una noción no basta con examinarla de forma aislada (reflexionar acerca del “nomen iuris” y del contenido que determinados opera-

<sup>52</sup> Duarte 2021: 2.

<sup>53</sup> Duarte 2021: 2.

<sup>54</sup> Rodríguez 2021: 271.

<sup>55</sup> Rodríguez 2021: 299. Esta constituye una manera de detallar el sentido en que los poderes son metaderechos, como afirmaba inicialmente, al examinar la taxonomía kelseniana.

<sup>56</sup> Arriagada 2016: 155.

dores tienden a adscribirle) sino que hay que examinar qué lugar ocupa, qué papel desempeña en una red relativamente compleja de conceptos<sup>57</sup>.

En segundo lugar, la interdefinibilidad de las nociones es relevante también por lo que hace a la identificación de instancias de posiciones normativas, en cuanto base deductiva. Saber qué noción es correlativa o contradictoria de qué otra noción permite derivar lógicamente la noción implicada a partir de aquella que sabemos que concurre. En este sentido, las relaciones de correlatividad y contradictoriedad constituyen una suerte de “reglas de transformación” y permiten determinar la (in) corrección de ciertas inferencias<sup>58</sup>.

En lo que atañe a la taxonomía kelseniana, apenas pueden predicarse la unicidad ni la interdefinibilidad. Por una parte, dicha taxonomía no está conformada exclusivamente por elementos fundamentales o irreducibles. Como he indicado brevemente, no parecen elementos irreducibles ni el derecho subjetivo como acción procesal (una combinación de un poder y una pretensión), ni el derecho subjetivo como derecho político (un poder y una libertad), ni el derecho subjetivo como libertad fundamental (un poder y una libertad). Por otra, estudia, es cierto, las relaciones de los derechos con los deberes (en el caso de los derechos reflejos), y con las nociones de capacidad, acto ilícito y sanción, pero no estudia las relaciones de correlatividad y contradictoriedad.

### **2.3.1. *Contrapunto. Algunas cualificaciones a la interdefinibilidad: hacia la prioridad (explicativa) de los deberes respecto de los derechos***

Decir que ciertas nociones son interdefinibles supone, en cierta medida y tomada la afirmación tal cual, adscribir algún tipo de simetría definicional a las nociones en cuestión. Hay, sin embargo, algunos elementos que trastocan la simetría de la tabla hohfeldiana y de la taxonomía kelseniana<sup>59</sup>. Me refiero especialmente a la propensión hohfeldiana y kelseniana de referirse a las pretensiones como “derecho en sentido estricto”.

Efectivamente, en un punto de su proyecto desambiguador, Hohfeld hizo más que elaborar y listar acepciones y estimó que, de las cuatro posiciones normativas que había identificado como denotación del término “derecho” había que seleccionar como “derecho en sentido estricto” aquella acepción que denominó “preten-

---

<sup>57</sup> Conviene señalar que se trata de una comprensión sofisticada de lo que es un “concepto” y de los medios para conocerlo.

<sup>58</sup> Para la base del símil cfr. Carnap 1986: 308-309.

<sup>59</sup> La asimetría parece predicable, básicamente, de la tabla hohfeldiana, puesto que la taxonomía kelseniana no está exclusivamente integrada por elementos fundamentales y sus elementos no son interdefinibles. En todo caso, los argumentos que puedan proporcionarse a favor de la prioridad de una posición normativa frente a otras(s) son estrictamente externos a la tabla hohfeldiana, que se basa en el axioma de la correlatividad entre posiciones normativas generalmente consideradas ventajosas y desventajosas y que parece, por lo demás, situar las ocho nociones en pie de igualdad.

sión”. La única afirmación que ofrece el profesor de Yale para avalar semejante estipulación lingüística es el hecho de que cuando los hablantes piensan en “derecho subjetivo” suelen asociar con esta noción la de “deber” y es justamente la noción de “pretensión” la única que tiene por concepto correlativo al “deber”<sup>60</sup>. Creo que hay distintas maneras de entender esta afirmación, que no deja de tener algo de sorprendente. Una vendría a decir algo así como que “deber” tiene mayor relevancia o prioridad sobre las demás “posiciones de desventaja”, pero ¿en qué propiedad se basaría semejante relevancia o prioridad? Esto es, resulta que la explícita prominencia de las pretensiones –que avala la estipulación lingüística hohfeldiana– se podría deber a una prominencia no explicitada de los deberes. En todo caso, no deja de ser llamativa la afirmación de una y otra prominencia si tenemos en cuenta que la tabla hohfeldiana supone un “sistema conectivo”, una tabla de dos conjuntos de nociones interdefinibles, en (aparente) condición de igualdad. Otra lectura posible de la afirmación hohfeldiana no consiste tanto en afirmar –no directamente, al menos– que hay nociones más prominentes que otras, sino en afirmar que lo significativo es la correlación misma, la implicación biunívoca de la pretensión con el deber, que surgiría con frecuencia cuando el hablante (de un idiolecto ordinario o técnico) se expresa en términos de “derechos”. En todo caso, también bajo esta segunda lectura habría que buscar una suerte de propiedad relevante en la correlación misma de conceptos, con respecto a las otras tres correlaciones postuladas por Hohfeld (y, además, frente a cualquier relación de oposición).

Si esto es así, las razones para la doble prominencia (de deberes ante pretensiones y de esa pareja ante cualquier otra pareja de correlativos) o para la relevante correlación habría que buscarlas fuera de esta tabla, pero ¿dónde? ¿En que la pretensión es una posición pasiva, una posición que se define por referencia a una acción u omisión del titular de la posición correlativa, mientras que el deber es una posición activa, una posición que se define por referencia a una acción u omisión de su titular? Ello debiera dar preminencia a todas las posiciones activas de la tabla hohfeldiana (deberes, libertades, poderes e incompetencias) frente a las pasivas (pretensiones, no-derechos, sujeciones e inmunidades)<sup>61</sup>. Aunque Hohfeld defina los conceptos pasivos en términos de sus correlativos activos o en analogía con los conceptos activos<sup>62</sup>, no parece que haya querido dar una prominencia a una categoría respecto de la correlativa, como sí hace con pretensiones y deberes. ¿En que la noción de pretensión no presenta una noción de pretensión más básica no relacional mientras que el deber sí? Hay algunas sugerencias de Rodríguez en este

<sup>60</sup> Véase Hohfeld 2010: 38.

<sup>61</sup> Recientemente, Arriagada ha cifrado el carácter primitivo en el carácter activo de las nociones (véase Arriagada 2018: 23-24).

<sup>62</sup> Véase Hohfeld 2010: 60.

sentido<sup>63</sup>. Se trata de un clásico diagnóstico<sup>64</sup>: Hay deberes sin derechos, mientras que lo opuesto no es cierto. ¿En el hecho de que el “deber” identificado por Hohfeld constituye la posición más genuinamente reconducible a lo que tradicionalmente se han denominado “obligaciones”, una situación normativa en que una persona *está constreñida* a hacer algo u omitir algo?<sup>65</sup> Esta sería una posición interesante para quien se preguntara genuinamente acerca de los patrones de las prácticas lingüísticas. ¿En que la pretensión no expresa una modalidad deóntica independiente, mientras que el deber expresa la, muy relevante en el discurso normativo, de “obligación”? Esta parece la respuesta más acorde al proyecto de Rodríguez de fundar una lógica de proposiciones normativas, que tomaría como noción primitiva la de “deber” por expresar una modalidad deóntica<sup>66</sup>. En todos estos casos de (potenciales) asimetrías surgen otros misterios, concretamente, otras asimetrías: por ejemplo, si bien Hohfeld recela de la denominación “derecho subjetivo” –hasta el punto, como he dicho, de que su proyecto aboga por la sistemática sustitución de esta denominación, por otras cuatro–, resulta que en lo que se refiere a las posiciones de desventaja, Hohfeld no emplea rótulo alguno (ni de “obligaciones” ni de ninguna otra clase).

Las afirmaciones de Kelsen son todavía más tajantes –es frecuente la alusión al “derecho como reflejo de una obligación”– y presentan el derecho subjetivo como un epifenómeno de la obligación. La prioridad explicativa (aunque tal vez también ontológica) del deber respecto del derecho vendría dada por el carácter primitivo de la noción de “sanción” –Kelsen abogarí por una dúplice reducción de conceptos jurídicos básicos, de derechos a deberes, de deberes a sanciones<sup>67</sup>– y por el énfasis en la dimensión de protección normativa de los deberes frente a otros elementos. El rechazo de Rodríguez de los argumentos que hacen más básica la noción de “sanción” respecto de la de “deber”, junto con otros argumentos dirigidos a evidenciar la limitación del concepto de “sanción”, llevan a que sean rechazables los argumentos en que descansa la prioridad explicativa kelseniana de los deberes.

Sin embargo, puede que haya otras razones que lleven al propio Rodríguez a expresarse en términos de “derechos en sentido estricto” y “derechos correlativos a obligaciones”<sup>68</sup>, pero tales razones no están, me parece, suficientemente explicitadas.

<sup>63</sup> Véase Rodríguez 2021: 292.

<sup>64</sup> Proveniente de Bentham, quien identifica las obligaciones frente a uno mismo y las obligaciones que no benefician a nadie como los únicos casos de obligaciones desprovistas de derechos correlativos (cfr. Bentham 1982: 206, cfr. Hart 1982: 168).

<sup>65</sup> Esto es, la definición que acabo de brindar sería privativa de los deberes; ni los no-derechos, ni las sujeciones ni las incapacidades son susceptibles de ser definidas de este modo.

<sup>66</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 281-287. Además, la solución de priorizar posiciones normativas que expresan modalidades deónticas o anankásticas parece convergente respecto de la de priorizar posiciones activas.

<sup>67</sup> En virtud de la necesidad, experimentada por Kelsen, de reducir toda norma jurídica a normas que imponen sanciones.

<sup>68</sup> Rodríguez 2021: 294.

## 2.4. A modo de conclusión: sintaxis y semántica de los derechos

Hemos comprobado que la taxonomía hohfeldiana es relativamente genérica, abstracta, está caracterizada por la unicidad e interdefinibilidad de sus componentes y es susceptible de captar posiciones normativas de órdenes distintos del jurídico. En lo que se refiere a la taxonomía kelseniana, esta es relativamente específica, más concreta, contiene algunos macroderechos y sus componentes no son definibles entre sí del modo en que lo son los de la tabla hohfeldiana. Para concluir, es oportuno trazar una última distinción, que abarca algunas de las anteriores.

De forma algo aproximada, puede definirse la sintaxis como las reglas para componer (construir o transformar) los símbolos de un lenguaje, pudiendo hacerse abstracción de los significados de tales símbolos –competencia, en cambio, de la semántica–. La sintaxis contiene las reglas de composición y de transformación de expresiones bien formadas, estudia la estructura y cómo se combinan los constituyentes en esa estructura. La semántica, en cambio, estudia el contenido, consiste en la asignación de un significado a los mencionados símbolos<sup>69</sup>.

Permaneciendo, acaso, dentro del lenguaje figurado, la caracterización de la explicación hohfeldiana de los derechos en términos “sintácticos”, y en términos estrictamente sintácticos, resulta bastante sólida<sup>70</sup>. Como señala Schlag, la estrategia general de Hohfeld es la de describir las posiciones jurídicas fundamentales como “relaciones jurídicas de forma”, desprovistas, por tanto, en todo lo posible, de contenido<sup>71</sup>. En este sentido, la taxonomía hohfeldiana se asemeja a la tabla periódica de elementos, y su combinatoria a los procesos de ajuste de reacciones químicas<sup>72</sup>.

Muchos problemas relativos a los derechos son perfectamente explicables únicamente en términos de la taxonomía y de la base deductiva hohfeldiana, sin que sea necesaria una explicación del contenido de tales componentes, ni mucho menos una explicación de su razón de ser o de su función. Piénsese, por ejemplo, en las falacias de equívocidad, que Hohfeld pretendía conjurar. Como afirma Schlag, la tabla hohfeldiana consiente, mejora el análisis jurídico y la detección de errores comunes de razonamiento, pero Hohfeld no ofrece nada para la aplicación del derecho y la resolución de casos jurídicos<sup>73</sup>. Eso sí, contribuye a la identificación de normas

<sup>69</sup> Véase Carnap 1986: 307-311, véase Recanati 2008: 10-11.

<sup>70</sup> De hecho, ha sido sugerida ya por Biasetti 2015: 51 (quien, de forma indistinta, lo caracteriza como un aporte formal, estructural, sintáctico) y por Schlag, quien de hecho imputa una tendencial resistencia judicial a la “traducción” en términos hohfeldianos, y al compromiso con la probidad analítica que este propugna, que estaría reñida con la “semántica y la gramática del discurso judicial” (Schlag 2017: 5). Es notable que el examen de Schlag está formulado en términos del choque entre distintas funciones del discurso judicial y la función del análisis jurídico hohfeldiano (véase Schlag 2022: 444-447).

<sup>71</sup> Schlag 2022: 444-447.

<sup>72</sup> Asimila la labor hohfeldiana a la del químico Simmonds 2001: IX.

<sup>73</sup> Schlag 2022: 444-447. Puede encontrarse un examen pormenorizado de errores cuya detección sería facilitada por la tabla hohfeldiana en Schlag 2015: 192-200.

atributivas de derechos (correlativos y opuestos), y, con ello, a la identificación del derecho. El austero minimalismo formal es la mayor virtud y la principal limitación de la tabla hohfeldiana<sup>74</sup>. Si es posible, y en muchos casos, oportuno, distinguir el plano analítico-conceptual del valorativo-justificativo, Hohfeld supone una notable aportación del primero<sup>75</sup>.

Por su parte, la teoría kelseniana concita elementos sintácticos y semánticos, pues no solo presta atención a la estructura y la combinatoria de las posiciones jurídicas, sino que caracteriza su contenido de forma detallada. Esto puede darnos una medida de los modelos y su posible integración: la taxonomía hohfeldiana es más “pura”, en la medida en que se pretende asépticamente sintáctica; la taxonomía kelseniana, por su parte, presenta elementos formales y materiales, ofreciendo un resultado algo heterogéneo. Si esto es legítimo, lo que esto nos revela es, según parece, la importancia de prestar atención a la sintaxis y a la semántica de los derechos. Una pregunta que queda abierta es la de si la propuesta de Kelsen abarca toda la semántica de los derechos y, de no ser así, ha de considerarse una teoría de los derechos parcial.

En cualquier caso, una respuesta a esa pregunta precisaría de un examen más pormenorizado del que aquí se ha hecho de las exigencias del modelo kelseniano y la delimitación de los distintos escenarios y planos que debería cubrir una teoría de los derechos completa. Para el examen de los conceptos jurídicos fundamentales, como para tantos otros problemas teóricos, el lector de TAD cuenta con una valiosa guía y una discursión de argumentos de profundo calado y extraordinario rigor.

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea.
- Arriagada, M.B. (2016). *Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo*, «Eunomía: revista en cultura de la legalidad», 11, 152-162.
- Arriagada, M.B. (2018). *Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión*, «Revus», 35, 1-37.
- Azzoni, G. (1994). *Interpretazioni di Hohfeld*, «Materiali per Una Storia Della Cultura Giuridica», 24, 443-487.

<sup>74</sup> Schlag 2022: 444-447; cfr. Schlag 2015: 189. Esta interpretación austera de Hohfeld es insatisfactoria a ojos de ciertos autores, que han planteado lecturas de Hohfeld en claves no formales; entre otras, en clave argumentativa: por ejemplo, cfr. Lozada 2016: 14-16.

<sup>75</sup> Aunque esta cuestión es relevante, no puedo demostrar aquí la afirmación de la necesidad de discriminar, en aras de la precisión conceptual, unas y otras cuestiones. Distintos trabajos de Kramer (2000, 2019, por ejemplo) pueden ser vistos como una prueba de esa afirmación.

- Balkin, J.M. (1990). *The Hohfeldian approach to Law and Semiotics*, «University of Miami Law Review» 44, 5, 1119-1142.
- Barberis, M. (1997). *Vincoli e strumenti: sulla filosofia analitica del diritto*, in C. Penco, G. Sarbia (eds.), *Alle radici della filosofia analitica*, Genova, Erga, 11-34.
- Biasetti, P. (2015). *Diritti e teorie morali: la prospettiva dei moral rights*, Napoli-Salerno, Orthotes.
- Brigaglia, M. (2019). *Potere: una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Bulygin, E. (1991). *Kant y la filosofía del derecho contemporánea*, en C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC.
- Carnap, R. (1986). *Filosofía y sintaxis lógica*, en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza, 294-337.
- Celano, B. (1999). *Kelsen: una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- Duarte, D. (2021). *Rights as formal combinations of normative variables* (ponencia inédita; se cita desde el borrador circulado para la ponencia).
- Frydrych, D. (2021). *The architecture of rights: models and theories*, London, Palgrave Macmillan.
- Guastini, R. (2017). *Filosofía del derecho positivo*, Torino, Giappichelli.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham*, Oxford, OUP.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (2010). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Clark, New Jersey, Lawbook Exchange.
- Horty, J. (2007). *Definitions on Frege*, Oxford, OUP.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
- Kramer, M.H. (2000). *Rights without trimmings*, in M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, OUP.
- Kramer, M.H. (2019). *On no-rights and no rights*, «American Journal of Jurisprudence», 64, 2, 213-223.
- Lozada, A. (2016). *Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá*, «Revista Iberoamericana de Argumentación», 13, 1-17.
- Navarro, P., Redondo, M.C. (2002). *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*, en Id. (eds.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa.
- Pound, R. (1937). *Fifty Years of Jurisprudence*, «Harvard Law Review», 50, 4, 557-582.
- Recanati, F. (2008). *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, Paris, Gallimard.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Steven & Sons.
- Schlag, P. (2015). *How To Do Things with Hohfeld*, «Law and Contemporary Problems», 78, 185-234.
- Schlag, P. (2022). *Hohfeldian Analysis, Liberalism and Adjudication (some tensions)*, en S. Balganesch, T. Sichelman, H. Smith (eds.), *Wesley Hohfeld A Century Later*, Cambridge, Cambridge University Press, 441-466.
- Simmonds, N. E. (2001). *Introduction*, en Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, D. Campbell, P. Thomas (eds.), Aldershot, Ashgate-Dartmouth, ix-xxix.
- Windscheid, B. (1857). *Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf, Julius Buddeus.



*The Step Not Taken.*

## Competencia, reglas determinativas y sistemas constitutivos en la *Teoría Analítica del Derecho*

Alejandro D. Calzetta\*, Julieta A. Rabanos\*\*

Para Jorge, con analítica admiración y afecto

### Resumen

En el presente trabajo, sostenemos que Rodríguez rechaza demasiado pronto el concepto de regla constitutiva, y que su enfoque de la competencia sufre por ello. Proponemos un enfoque alternativo basado en otra noción de regla constitutiva (aquella de A. Conte), que se presenta como un enfoque más completo que el propuesto por Rodríguez.

**Palabras clave:** Jorge L. Rodríguez. Competencia. Reglas constitutivas. Reglas determinativas. Sistemas constitutivos.

### Abstract

In this paper we argue that Rodríguez rejects the concept of constitutive rule too hastily and that his approach to legal competence suffers from it. We propose an

---

\* Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Cienfuegos 41, Santiago, Chile, [acalzetta@uahurtado.cl](mailto:acalzetta@uahurtado.cl). Este trabajo se enmarca en los resultados del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11190629, *La formalización de las normas de creación jurídica*.

\*\* Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, [jrabanos@uahurtado.cl](mailto:jrabanos@uahurtado.cl). Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, [julieta.rabanos@giuri.unige.it](mailto:julieta.rabanos@giuri.unige.it).

Los autores son ambos responsables por las tesis y afirmaciones sostenidas en el presente trabajo; sin embargo, por razones estrictamente concursales, se indica a Alejandro D. Calzetta como autor de los puntos 1, 3.2, 3.3 y 3.4; y a Julieta A. Rabanos como autora de los puntos 2, 3.1, 4, 5.

alternative approach based on another notion of constitutive rule (A. Conte's) that presents itself as a more complete approach than Rodríguez's own.

**Keywords:** Jorge L. Rodríguez. Legal competence. Constitutive rules. Determinative rules. Constitutive systems.

## 0. Introducción

Al momento de enfrentarse con el monumental manuscrito que luego se transformó en *Teoría Analítica del Derecho* (de ahora en más, TAD), quienes suscriben este trabajo experimentaron un abanico de emociones: fascinación, entusiasmo, admiración. Tantos puntos transforman a TAD en una obra única: entre ellos, la monumentalidad de su tamaño, su extraordinaria exhaustividad, la profundidad y agudeza de su análisis, y la cuidada y sostenida articulación de principio a fin que hace del volumen no una gran exposición de temáticas aisladas, sino una verdadera propuesta de teoría del derecho.

Con todo, la dimensión de TAD (en todas y cada una de las acepciones de este término, incluyendo sus más de ochocientas páginas) es algo que ahora mismo sólo puede ser vislumbrada; sin embargo, y si la obra sigue al autor, tenemos la certeza de que el tiempo la demostrará en todas sus aristas y en toda su amplitud. Al menos, eso es exactamente lo que le sucedió a quienes suscriben este trabajo desde la primera vez que conocieron a Jorge y vislumbraron tanto su inmensidad académica como su enormidad humana. Todos estos años sólo nos han proveído, uno tras otro, de infinita confirmación.

Siguiendo una máxima que Jorge y nosotros compartimos acerca de los halagos, dado que la aprendimos de la misma persona, en este trabajo nos proponemos realizar una crítica a su posición acerca de algunos temas específicos y entrelazados que aparecen tratados en TAD: normas constitutivas, reglas que confieren potestades, y el concepto de potestad jurídica (competencia). En este sentido, por cuanto nos resulta realmente difícil estar en desacuerdo con Jorge (de ahora en más, Rodríguez), encontramos que su posición respecto de estos temas es bastante más limitada de lo que debería ser, y que esta limitación acarrea algunas consecuencias evitables para la teoría rodrigueana del derecho.

Así, el presente trabajo tiene como objetivo mostrar cuál es el paso que Rodríguez no ha dado con respecto a estos temas, y argumentar cuál es el paso que debería dar ir más allá de lo que sostiene en TAD (y por qué debería adoptarlo). A estos efectos, seguiremos el siguiente recorrido. En la Sección 2, ofreceremos una breve reconstrucción de su posición respecto de las reglas que constituyen o determinan, incluyendo su rechazo a la noción de regla constitutiva de Searle, así como de la noción de competencia y de regla que confiere potestades. En la Sección 3, sugeri-

remos que el rechazo de Rodríguez a la noción de regla constitutiva por su rechazo a Searle fue demasiado apresurado (hay una alternativa: la teoría de Amedeo Conte); que Rodríguez no debería basar el rechazo a esta noción en el rechazo a que una regla constitutiva “regule y constituya a la vez” (hay una alternativa: la mejor forma de concebir el punto es a través de la noción de sistema constitutivo); y que una explicación más adecuada de la competencia no es aquella que sólo toma en cuenta a las reglas que confieren potestades en cuanto reglas determinativas, sino aquella que la concibe en términos de normas constitutivas *à la* Conte y en términos de sistemas constitutivos.

Por su parte, en la Sección 4 analizaremos por qué Rodríguez tendría buenas razones para abandonar la asimilación de regla que confiere poderes con regla determinativa y de para adoptar una concepción diferente de norma constitutiva (que introduce también el concepto de sistema constitutivo). Finalmente, en la Sección 5, concluiremos señalando cómo lo desarrollado en el trabajo ofrece, para Rodríguez, no sólo una reconstrucción más adecuada y amplia de las nociones de regla que confiere poderes y potestad jurídica, sino también de otras problemáticas conectadas y tratadas en TAD.

## **1. *The Step Taken*. Competencia y reglas que constituyen o determinan en la *Teoría Analítica del Derecho***

### **1.1. Reglas que determinan o constituyen**

La problematización de la “constitutividad” aparece, en TAD, tratada por primera vez en su primer capítulo. Allí, al momento de profundizar la diferenciación entre las prescripciones y las reglas determinativas en terminología de George H. Wright – cuya tipología desarrolla con gran detalle –, Rodríguez introduce un análisis comparativo entre esta distinción y la distinción propuesta por John Searle entre regla regulativa y regla constitutiva. La diferenciación regla determinativa/prescripción estaría principalmente basada en el objeto y las consecuencias del incumplimiento: las reglas determinativas definen o determinan actividades humanas y su incumplimiento coloca a la conducta “incumplidora” por fuera de los límites de la actividad definida, mientras que las prescripciones pretenden influir sobre la conducta de sus destinatarios para que se comporten del modo pretendido y su incumplimiento suele acarrear una sanción<sup>1</sup>. Por su parte, la diferenciación entre el par regla regulativa/constitutiva estaría principalmente basada en si la existencia de la conducta objeto de la regla es independiente o no de la existencia de esa misma regla<sup>2</sup>. Así, una regla

---

<sup>1</sup> TAD: 42-48.

<sup>2</sup> TAD: 52 ss.

regulativa exige o prohíbe conductas cuya existencia es independiente (y lógicamente previa) de la regla en sí, y sólo tiene un componente regulativo. Por su parte, una regla constitutiva crea la posibilidad misma de llevar a cabo una cierta conducta: no sólo regula conductas, sino que también crea o define una nueva forma de conducta cuya existencia no es independiente (y, lógicamente, es posterior) a la regla. Así, tendría un componente definicional y un componente regulativo.

Evaluando ambas distinciones, Rodríguez propugna por la primera argumentando que la segunda es pasible de críticas de las que la primera está exenta<sup>3</sup>. Las críticas principales que recoge<sup>4</sup> y adscribe Rodríguez son las siguientes: la distinción taxativa puede esclarecer pero, a la vez, oscurece el que muchas reglas constitutivas tienen un “lado regulativo” y que las reglas regulativas también forman parte de prácticas e instituciones creadas por reglas [1]; el criterio de distinción que propone Searle lleva a la implausible consecuencia de que todas las reglas poseen, a la vez, las características de reglas regulativas y reglas constitutivas [2]; y Searle nunca explica cuál sería la “fuerza normativa” de las reglas constitutivas (*i.e.* en qué sentido éstas “regulan” las acciones a las cuales se refieren) [3]. A ello, agrega que el hecho de que las reglas constitutivas “regulen y constituyan” parece afectar la propia separación o división conceptual que Searle hace del universo de las reglas: esta división no se sostendría si las reglas constitutivas no sólo constituyen, sino que también regulan [4].

Al analizar qué podría entenderse por esta “regulación” de las reglas constitutivas, criticado en [3], Rodríguez señala que la consecuencia de no realizar una actividad según la determinación dada por la regla es, simplemente, que no se considerará que las acciones llevadas a cabo puedan ser una instancia válida de esa actividad. No se trataría así de consecuencias que se asocian con otro tipo de reglas, como la presencia de una sanción.

Por otra parte, Rodríguez acepta que: 1) nada obsta que se formulen afirmaciones como que la regla “regula” la actividad o que define el modo correcto de hacerlo; 2) no puede negarse que en el marco de cierta actividad pueden coexistir reglas determinativas de la actividad con reglas prescriptivas; y 3) es sensato considerar que en muchos casos las reglas que determinan una actividad «cobran cabal sentido debido a la existencia de otras que le correlacionan ciertas consecuencias, a veces prescriptivas». Sin embargo, termina por señalar que «asignar a una y la misma regla la doble función de definir y prescribir, dos actividades que resultan como mínimo conceptualmente independientes –si no lisa y llanamente incompatibles– no parece adecuadamente justificado»<sup>5</sup>, afirmando así [4].

Por estos motivos, Rodríguez propugna el abandono del par “regla regulativa/constitutiva” de Searle por el par “regla determinativa/prescripción” de von Wright, que considera exento de las críticas anteriores en cuanto logra mantener conceptual-

<sup>3</sup> TAD: 53.

<sup>4</sup> Cfr. Schauer 1991: 6-7; Raz 1975: 108-111.

<sup>5</sup> TAD: 55.

mente diferenciadas a las reglas definitorias de las reglas técnicas y de las prescripciones, y en ningún momento (al menos, en los llamados tipos “puros” de las reglas primarias) estos tipos colapsan (escapando, así, de [4]). Este rechazo y esta adopción determinan en fuerte medida, luego, algunos de los temas que TAD trata en los capítulos siguientes.

## 1.2. Potestad jurídica (competencia) y reglas que confieren potestades

La problematización de la “competencia”, y accesoriamente de las reglas que la confieren, es tratada en TAD principalmente en su tercer capítulo. Aquí, Rodríguez desdobra su análisis: por un lado, toma una posición diferente a la de Kelsen –y a la de otros autores, incluidas algunas lecturas de Hart– en relación con el tipo de normas que serían las normas de competencia; por el otro, utiliza esto para realizar una reconstrucción del concepto de competencia en el marco de una propuesta de reconstrucción diferente de los conceptos jurídicos fundamentales.

Rodríguez concibe a las normas de competencia, o reglas que confieren potestades (jurídicas), como reglas conceptuales o determinativas, las cuales no resultarían (conceptualmente) dependientes de otras normas como pueden ser las prescripciones ni tampoco podrían asimilarse a estas últimas. Para ello, siguiendo a Hart, rechaza primero la idea kelseniana de que las normas de competencia sean fragmentos de normas (o normas no independientes)<sup>6</sup>. El argumento central es que la consecuencia de sanción, parte fundamental de una norma genuina o independiente kelseniana, es perfectamente escindible de la existencia de una regla que disponga las condiciones necesarias y suficientes para la validez de un determinado “acto” (como otorgar un testamento o promulgar una ley). Sin embargo, lo que no resulta escindible a una regla que confiere potestades sería la consecuencia de nulidad.

Esta separación entre sanción y nulidad también le permite, siguiendo a Bulygin, rechazar que las normas de competencia sean normas permisivas<sup>7</sup>. Para ello, Rodríguez da dos argumentos. El primero es que, si las normas que confieren potestades fueran permisos, entonces la prohibición de hacer uso de una competencia otorgada por esas normas daría lugar a una contradicción. Sin embargo, ningún jurista entendería que en el caso existiría un conflicto entre normas, ni resulta en realidad incompatible decir que un acto es válido y que, no obstante, al sujeto competente le cabe una sanción por haberlo producido<sup>8</sup>. El segundo es que esta reducción a normas permisivas no logra explicar adecuadamente el fenómeno de la transmisión de autoridad: la mera permisón de acciones normativas para la autoridad delegada no resultaría suficiente, dice Rodríguez, para justificar la obligación de aceptar al

<sup>6</sup> TAD: 252-256. Para su análisis de “potestad jurídica” en Kelsen, cfr. pp. 236-239.

<sup>7</sup> Prescripciones, en el sentido de von Wright.

<sup>8</sup> TAD: 256.

delegado como autoridad competente en la materia delegada<sup>9</sup>.

Por estos motivos, Rodríguez considera que la mejor forma de concebir a las normas de competencia es como reglas determinativas en el sentido de von Wright: esto es, reglas que definen o determinan la aptitud de un sujeto para (con su intervención) la producción de un cierto efecto normativo en un contexto determinado. Así, serían reglas que determinan las condiciones (necesarias y suficientes)<sup>10</sup> para el surgimiento de una instancia válida de un determinado instituto jurídico, como puede ser una «norma jurídica general y abstracta»<sup>11</sup>.

Lo anterior no implica, para Rodríguez, negar que «tales reglas [determinativas] se encuentran estrechamente ligadas a la existencia de prescripciones», en relación con las cuales cobran sentido. En este sentido, la potestad jurídica de un sujeto para el dictado de normas no resultaría de una única norma sino de un sistema que requiere al menos dos reglas: una conceptual (una regla que confiere potestades) y una prescripción que establezca los efectos jurídicos del acaecimiento de las instancias válidas de ese predicado *P*: «debe existir al menos una conducta calificada deónticamente de cierto modo correlacionada con el surgimiento de una instancia válida de un predicado jurídico para que tenga sentido calificar a este último como tal»<sup>12</sup>.

Rodríguez luego afina su propuesta de “potestad jurídica” y “competencia”, en el marco de su propuesta de redefinición de conceptos jurídicos básicos, de la siguiente manera. La afirmación de que «Un agente *x* tiene, de acuerdo con un sistema jurídico *S*, la potestad jurídica respecto de un agente *y* de llevar a cabo una cierta acción normativa *AN* (acción cuyo resultado es la modificación de ciertas consecuencias normativas derivables de *S*)», es para Rodríguez equivalente a afirmar que «Una regla determinativa que es consecuencia de *S* establece que la realización de *AN* por parte de *x* es una de las condiciones para la producción de una instancia válida de cierto predicado jurídico *P*, al que al menos otra norma derivable de *S* liga cierta consecuencia normativa respecto de *y*»<sup>13</sup>. La “competencia” sería así un subtipo de potestad jurídica, donde el predicado jurídico *P* sería “norma jurídica”<sup>14</sup>. A partir de esto, y siempre de modo relacional, Rodríguez define ulteriormente “sujeción a la potestad jurídica”, “incompetencia” e “inmunidad”, y concluyendo que el «ejercicio válido de una potestad jurídica produce una modificación en las soluciones normativas derivables del sistema»<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> TAD: 256-7.

<sup>10</sup> En este punto, la teoría expuesta en TAD es coincidente con la de Jordi Ferrer. Cf. Ferrer Beltrán 2000: 153.

<sup>11</sup> TAD: 257-8.

<sup>12</sup> TAD: 258-9.

<sup>13</sup> TAD: 295.

<sup>14</sup> TAD: 295-296.

<sup>15</sup> Cfr. TAD: 296-299.

## **2. *The Step Not Taken*. Alternativas a “regla constitutiva”, sistemas constitutivos y competencia**

### **2.1. El péndulo de Rodríguez**

Al momento de analizar la posición de Rodríguez acerca de la competencia, hay una cosa que salta inmediatamente a la vista. Rodríguez parece oscilar entre concebir al conferimiento de competencia como producto de una (única) regla determinativa, y concebir a este conferimiento como producto de un sistema de reglas (que incluiría como mínimo una regla determinativa y una prescripción). Como hemos visto al final del punto anterior, incluso cuando Rodríguez insiste en la posición de que las reglas que confieren potestades deben entenderse como reglas determinativas o conceptuales, al mismo tiempo argumenta acerca de la necesidad de considerar la articulación de éstas con prescripciones para hablar de “potestad jurídica”, a pesar de que se niega a calificar (explícitamente) esta necesidad como conceptual o a definir en términos claros exactamente cuál sería el estatus de esa articulación<sup>16</sup>.

A nuestro entender, al menos una de las causas de esta oscilación puede encontrarse en el rechazo de Rodríguez a las ideas de Searle acerca de las normas constitutivas. Esto lo lleva a rechazar la propia utilidad de la noción de norma constitutiva o constitutividad, y a adscribir a la noción de von Wright de “regla determinativa” como – aparentemente – la única alternativa posible para tratar temas vinculados a conceptos jurídicos como “competencia” (y a las reglas que confieren potestades). Sin embargo, hay otro camino que Rodríguez habría podido tomar, y que a nuestro criterio lo habría llevado a dar el paso faltante hacia una concepción completa de la competencia: adoptar una versión diferente de la noción de norma constitutiva, y concebir a la competencia no como el producto de una única regla de un determinado tipo, sino como el producto de un sistema de reglas – de un Sistema Constitutivo. Veamos esto.

### **2.2. El apresurado rechazo de las reglas constitutivas: un enroque de Searle a Conte**

Como hemos visto, el concepto de regla constitutiva aparece rechazado y descartado en TAD a través del rechazo que Rodríguez hace de las ideas de Searle. Uno de los principales puntos de rechazo para Rodríguez, sino el más importante, es la afirmación de Searle de que las reglas constitutivas no sólo constituyen su objeto, sino que además lo regulan. Esta afirmación parece afectar la propia separación conceptual entre reglas constitutivas y reglas regulativas que Searle propone para su tipología de las reglas. Así, Rodríguez considera que el camino más adecuado

---

<sup>16</sup> Cfr. por ejemplo TAD: 259, al evaluar a qué tipo de normas reservar la denominación “reglas que confieren potestades” según cómo se relacionan con los “predicados jurídicos”.

es abandonar a Searle y al par regla regulativa/regla constitutiva, para utilizar la tipología de normas de von Wright y el “par” regla determinativa/prescripción.

Por nuestra parte, coincidimos con Rodríguez en el rechazo último a la propuesta de Searle y sus ideas sobre reglas regulativas/constitutivas, pero no en el diagnóstico de que la mejor alternativa sea abandonar la noción de regla constitutiva y utilizar una tipología de normas, como la de von Wright, que no la contenga. A nuestro criterio, la noción de “regla constitutiva” permite reconstruir mejor el fenómeno de los hechos institucionales que la noción de “regla determinativa”. La intuición de que la regla constitutiva plantea una equivalencia entre un hecho bruto (vía una interpretación del hecho bruto) y un hecho institucional dentro de un contexto particular es algo que vale la pena rescatar; y esto es algo que la noción de regla determinativa de von Wright no logra capturar adecuadamente. Vale la pena intentar buscar una alternativa superadora a la “regla constitutiva” de Searle. Una candidata posible es la noción de la norma constitutiva de Amedeo Conte, quien parte de algunas ideas del propio Searle<sup>17</sup>.

Conte parte de una idea mínima que se halla en la obra de Searle: que lo que hace una regla constitutiva es interpretar que un hecho bruto (por ejemplo, determinados movimientos físicos que una persona hace con un pequeño trozo de plástico) es equivalente, en un contexto institucional determinado, a un cierto tipo de hecho institucional (por ejemplo, una jugada de la pieza de ajedrez llamada “caballo”)<sup>18</sup>. A partir de ello, construye una conceptualización de las reglas constitutivas no basada en la separación conceptual entre éstas y las reglas regulativas, sino basada en la noción de condición. La clave de las reglas constitutivas, para Conte, radica no tanto en que sean un tipo lógico independiente de las reglas regulativas, sino en el hecho de si la regla (meramente) determina condiciones de existencia en relación con su objeto y/o si la existencia misma de la regla puede ser considerada un tipo adicional de condición. En otras palabras: la clave de las reglas constitutivas debe ser buscada en el uso de la regla en el marco de una praxis concreta.

Conte señala que las reglas insertas en una praxis son utilizadas de tal modo que se considera que éstas fijan condiciones que constituyen (junto con otras reglas) una práctica institucional compleja (llamada “praxema”), la cual sólo puede ser entendida o definida gracias a las reglas que le dan origen<sup>19</sup>. Este aspecto pragmático resulta la clave del desarrollo de las reglas constitutivas en Conte, y aquello que permite conceptualizar su tipología.

<sup>17</sup> Cf. Conte 1995a, 1995b y 1995c. Estos son, a nuestro juicio, los textos esenciales de Conte sobre el tema. Cf. además Azzoni 1988, Roversi 2007 y 2012, los principales autores (junto a Conte) de la escuela de Pavia. El autor más claro de esta escuela, y quien nos ha permitido penetrar en lo sostenido por el resto sus miembros, es Corrado Roversi.

<sup>18</sup> Y retrotrayendo el concepto hasta Wittgenstein, aunque uno podría decir que la idea ya podía encontrarse en Russell 1921. Cf. Conte 1995a.

<sup>19</sup> El análisis del praxema es bastante complejo y, por temas de espacio, no podemos hacer más que mencionarlo. Para profundizar sobre el tema cf. Conte 1995a: 300 ss, Conte 1995b: 323 ss.

Esta tipología está construida sobre dos ejes: i) según en qué se basa el tipo de condición que establece<sup>20</sup> la regla; y ii) según si esta es una condición necesaria, condición suficiente, o condición necesaria y suficiente. Si el tipo de condición se basa en la existencia misma de la regla, el conjunto consiste en: *reglas eidético-constitutivas*, *reglas thético-constitutivas*, *reglas noético-constitutivas*. Si el tipo de condición es fijado por la regla, pero no por la existencia de ésta, el conjunto consiste en: *reglas anankástico-constitutivas*, *reglas metaético-constitutivas*, *reglas nómico-constitutivas*. Más gráficamente<sup>21</sup>:

TIPO DE REGLA CONSTITUTIVA	TIPO DE CONDICIÓN (I)	TIPO DE CONDICIÓN (II)	PROPUESTA DE TERMINOLOGÍA OPTIMIZADA
<b>Eidético-constitutivas</b>	Existencia de regla <i>es</i> condición	Necesaria	<b>A1</b>
<b>Thético-constitutivas</b>	Existencia de regla <i>es</i> condición	Suficiente	<b>A2</b>
<b>Noético-constitutivas</b>	Existencia de regla <i>es</i> condición	Necesaria y suficiente	<b>A3</b>
<b>Anankástico-constitutivas</b>	Regla <i>fija</i> condición	Necesaria	<b>B1</b>
<b>Metathético-constitutivas</b>	Regla <i>fija</i> condición	Suficiente	<b>B2</b>
<b>Nómico-constitutivas</b>	Regla <i>fija</i> condición	Necesaria y suficiente	<b>B3</b>

La propuesta de Conte de conceptualización de reglas constitutivas y de ordenación de diferentes tipos nos parece una alternativa superadora a la de Searle. En particular, esta propuesta evita (al menos, en parte) el problema “constitutiva v. regulativa” que aparece en la no tan clara conceptualización de Searle. En virtud de que la clave para Conte radica en si la regla establece algún tipo de condición o no, de hecho, es perfectamente posible concebir que una regla regulativa en el sentido de Searle sea a su vez un tipo de regla constitutiva en el sentido de Conte.

A los fines de este trabajo, hay un tipo puntual de regla constitutiva en el cual merece la pena detenerse: las que Conte llama reglas eidético-constitutivas o, como las llamaremos de ahora en más siguiendo una propuesta de terminología optimizada, reglas A1.

<sup>20</sup> El verbo “establecer” es usado en este trabajo como término genérico para denotar tanto el hecho de que la existencia de la regla *es* la condición como los casos en la que la regla *fija* condiciones de posibilidad de los objetos institucionales constituidos por estas.

<sup>21</sup> Este cuadro está basado en un trabajo inédito de Rabanos (cfr. 2016), a su vez basado en una reconstrucción hecha por Ferrer Beltrán (cfr. 2000: 152-153).

### 2.3. Disolviendo la confusión “regular y constituir”: reinterpretación de las reglas A1 de Conte y sistemas constitutivos

Hay dos formas en las que Conte conceptualiza las reglas A1. En su manera más sencilla y directa, estas reglas son aquellas normas cuya existencia *es* condición necesaria de aquello que es su objeto<sup>22</sup>. Sin embargo, cuando uno se adentra en su teoría, se vuelve evidente muy rápido que para Conte esta noción resulta fundamentalmente incompleta.

Un hecho importante es que la existencia de reglas cuya existencia es condición necesaria de aquello que es su objeto parece ser indispensable para fenómenos normativos complejos como el derecho, al menos si aceptamos que el derecho está repleto de conceptos que dependen de ciertas reglas que establezcan condiciones constitutivas para su existencia (desde conceptos como “contrato” o “testamento” hasta la idea misma de “ley”). Estos conceptos no se encuentran en el mundo físico, sino que son un producto lógico-conceptual –un artefacto construido (constituido o determinado) por un cierto sistema de reglas– que da cierta significación institucional a ciertos hechos brutos.

En el caso del derecho<sup>23</sup>, las reglas A1 podrían ser esenciales para reconstruir el fenómeno de la competencia. Ello así porque podemos entender a las normas de competencia como reglas constitutivas en un sentido genérico<sup>24</sup>. El agregado fundamental de Conte es el siguiente: considerar que la existencia misma de la regla es una condición necesaria de lo regulado (la primera, desde un punto de vista lógico), y que permite constituir el concepto del cual se otorga competencia.

La noción conteana de A1 es más compleja que la versión básica. Para Conte, no tiene sentido hablar de una regla A1 de tipo individual, esto es, de *un* enunciado concreto que sea considerado *una* regla A1. Ello así porque *ninguna* regla individual que establezca condiciones necesarias puede, por sí misma, constituir plenamente ningún concepto. Para hacerlo, es necesario contar con una pluralidad de reglas subsidiarias que también sean condiciones necesarias de la cosa a constituir<sup>25</sup>.

Así, A1 (en Conte) es una colección de fragmentos de normas que forman un conjunto. *Es la existencia del conjunto* lo que constituye la condición necesaria de aquello que es objeto de A1. Del mismo modo, A1 (en Conte) es la unión de un conjunto de elementos ontológicos, deónticos, etc. que forman un sistema que constituye el praxema de un cierto concepto. Estos elementos no serían reglas A1 en sí mismos sino, más bien, fragmentos de A1.

<sup>22</sup> Cf. Conte 1995b: 322 ss., Azzoni 1988: 7 y ss. y Roversi 2007: 34.

<sup>23</sup> Roversi 2007: 6-7.

<sup>24</sup> Como hacen Ross y Bulygin, pioneros en considerar a estas normas como reglas constitutivas. Cf. Ross 1968: 130 ss. y Bulygin 1991.

<sup>25</sup> Conte 1995b: 329.

En nuestra opinión, esta reconstrucción conteana de A1 no es necesariamente incorrecta; sin embargo, puede resultar innecesariamente compleja. Por una parte, la tarea de individualizar la regla A1 parece una tarea muy difícil, sino directamente imposible. Por otra parte, más que ser condición necesaria de aquello que es su objeto, pareciera ser que la regla A1 sería el conjunto de todas las condiciones necesarias que contribuyen a constituir un hecho institucional cualquiera de manera completa. Se aprecia aquí que Conte parece estar afirmando dos cosas incompatibles. Por un lado, se afirma que la *existencia de A1 es condición necesaria* del hecho institucional, no que A1 es el conjunto de las condiciones necesarias de dicho hecho. Por otro lado, se sostiene que la constitutividad de A1 depende no sólo de la propia regla A1, sino que precisa de reglas subsidiarias que permiten “cerrar” el concepto a constituir<sup>26</sup>.

Siguiendo a Guastini, podría entenderse que lo que Conte llama regla A1 funciona como una definición parcial, definición que debe completarse apelando a otras reglas o normas del sistema jurídico para así llegar a una definición completa de conceptos tales como “juez”, etc.<sup>27</sup>. Sin embargo, si consideramos A1 en el sentido citado por Conte, esto no podría ser el caso. En la colección de fragmentos normativos que componen A1, estaría el conjunto de las condiciones necesarias que “hace” a los conceptos institucionales. La regla se bastaría a sí misma, y no sería diferente de una regla A3 (cuya existencia es condición necesaria y suficiente de su objeto). Si consideramos que ambos conceptos (A1 y A3) son útiles, y que es importante mantenerlos diferenciados, se vuelve necesario entonces reformular la concepción de Conte sobre A1.

En nuestra opinión, para conceptualizar las reglas A1 de Conte, resulta más adecuado que cada uno de los elementos del conjunto que las componen sea considerado como una regla o norma autónoma.

Así, parece más adecuado conceptualizar lo que Conte llama “regla A1” como un sistema o microsistema de normas en el sentido de Alchourrón y Bulygin<sup>28</sup>. A este microsistema pertenecen una pluralidad de reglas o normas, que a su vez son de una pluralidad de tipos (para seguir la terminología de von Wright, podrían ser prescripciones, reglas técnicas, etc.). El único elemento que no puede faltar en este microsistema es una norma que dé inicio al objeto del microsistema (que es un hecho institucional, por ejemplo, un concepto): esto es, una norma que lo haga pensable. En otras palabras, un elemento que pueda ser considerado como una definición parcial del hecho institucional a constituir y que, además, permita que dicha definición pueda completarse mediante el agregado de otras normas.

<sup>26</sup> Conte 1995b: 322-328.

<sup>27</sup> Para la versión más actual de la teoría de Guastini sobre la competencia, cfr. Guastini 2010: 25 ss. Para la compleja relación de Guastini con las reglas constitutivas (y el problema de la competencia), cfr. Calzetta 2023.

<sup>28</sup> Cf. Alchourrón y Bulygin 2012: 82-100.

A esta norma, que podría tener la clásica formulación “*x* cuenta como *y* en el contexto *C*”, proponemos llamarla *regla A1*. Esta regla *A1*, por su parte, sería el elemento central de un microsistema de normas que proponemos llamar *sistema constitutivo*.

Veamos brevemente cómo funciona esta propuesta en el caso de la competencia o producción normativa.

#### 2.4. Hacia una explicación completa.

##### **Sistemas Constitutivos, competencia, y el caso de las normas sobre la producción jurídica**

Como ha sido señalado en puntos anteriores, Rodríguez considera que las normas de competencia son reglas determinativas en el sentido de von Wright, y que estas “confieren potestades”. Si entendemos esta afirmación como “definición/constitución del sujeto competente”, entonces no hay diferencia entre lo que Rodríguez llama “reglas que confieren potestades” y lo que nosotros llamamos aquí reglas *A1*. Sin embargo, y aquí nuestro desacuerdo con Rodríguez: las normas atributivas, si bien fundamentales, no agotarían en sí mismas la competencia del agente<sup>29</sup>. La razón es que estas normas atributivas, que son o pueden ser consideradas como reglas *A1* o reglas determinativas en sentido de von Wright, no pueden determinar o constituir por sí mismas de modo completo la competencia.

Veamos lo anterior con un ejemplo: el caso de “ley”, entendida en el sentido estricto de “ley formal”. La competencia para dictar leyes es la competencia para dictar o crear un tipo particular de fuente, la cual está regida por una serie de procedimientos puntuales. Esto último, en realidad, puede predicarse de todas las fuentes. Recordemos que una fuente es un tipo de medio reconocido por un sistema jurídico para objetivar una norma jurídica<sup>30</sup> y que está definida por al menos dos elementos: i) un origen en un órgano determinado (físico o de existencia ideal); y ii) producción mediante un procedimiento previamente establecido<sup>31</sup>.

Una norma que sólo confiere potestades, en el sentido que estamos analizando, no parece ser útil para captar lo anterior: lo máximo que esta norma haría es disponer que el sujeto u órgano *x* tiene la competencia para dictar leyes. Sin embargo, ésta es una definición incompleta de la competencia: nada dice acerca del objeto llamado “ley” o cómo se crea este objeto. Este tipo de normas, tal como las reglas *A1*, por sí mismas sólo atribuirían una potestad parcial. Completar dicha atribución depende de la presencia de reglas subsidiarias que determinen el medio de creación de la fuente, esto es, el procedimiento que el competente debe seguir si es que quiere producir el hecho institucional llamado “ley”.

<sup>29</sup> En este punto seguimos la teoría sobre las normas sobre la producción jurídica de uno de los autores de este trabajo. Cf. Calzetta 2016: cap. 7.

<sup>30</sup> Ross 2005: 105-108.

<sup>31</sup> Por motivos de simplicidad, excluimos aquí el caso de la costumbre.

Determinar el procedimiento, en este caso, implica al menos lo siguiente:

- i) Determinar cuáles son los pasos concretos a seguir para obtener el resultado institucional deseado. Podemos llamar *normas procedimentales en sentido estricto* a aquellas que cumplen esta función. El tipo de norma que mejor se ajustaría a esta función serían las reglas técnicas en el sentido de von Wright;
- ii) Determinar la modulación deóntica de los pasos a seguir, esto es, determinar si el conjunto de pasos concretos mencionados en i) es, en conjunto, una obligación o una facultad para el competente. Podemos llamar *normas procedimentales en sentido impropio* a aquellas que cumplen esta función. El tipo de normas que mejor se ajustaría aquí serían las prescripciones en el sentido de von Wright.

Estos tres elementos –reglas A1, reglas técnicas y prescripciones– constituyen los elementos que componen un microsistema abocado a determinar una competencia. En este caso, la competencia de una autoridad legislativa. De este microsistema surge la determinación o atribución completa de la competencia de la autoridad legislativa pues está compuesto de:

- i) Una norma (la regla A1) que determina que cierto sujeto tiene la potestad de crear leyes (por decirlo de alguna manera, una que indica quién es el competente);
- ii) Un conjunto de normas (reglas técnicas) que definen qué es una ley, entendida esta como ciertos procedimientos conducentes a cierto resultado; y
- iii) Una norma, como mínimo, que determina si los procedimientos mencionados constituyen una facultad o un deber para el competente.

De esta manera, la constitución de la potestad legislativa queda completa gracias al microsistema. Es por este motivo que lo llamamos “sistema constitutivo”: es el *sistema* de reglas el cual determina la potestad de la autoridad legislativa del ejemplo, no ninguna de las normas que pertenecen a éste. En otras palabras: la determinación se produce por el *conjunto articulado* de estas normas, y no por una o algunas de ellas consideradas aislada e individualmente.

Es claro que la norma A1 –o la regla determinativa, si preferimos la opción que ofrece TAD– tiene un lugar de privilegio en el sistema. Esta norma atributiva de competencia tiene una prioridad lógica fundamental: su existencia –es por esto que es una norma A1, y no una B1– es la condición necesaria que permite que siquiera comencemos a definir la competencia de un sujeto, o a meramente pensarla. De no existir en el sistema constitutivo un elemento como esta norma A1, las demás normas accesorias no tendrían sentido, pues determinarían y modularían procedimientos sin un sujeto para ponerlos en práctica. La única forma de que estas normas tengan algún sentido es que pertenezcan a algún sistema en el que un elemento como A1 exista y que les dé razón de ser.

De este modo, al menos en lo que al derecho respecta, la producción normativa depende así de la presencia de (micro)sistemas constitutivos en el marco de un

(macro)sistema jurídico concreto. En este punto, la intuición de Roversi acerca de la importancia de las reglas A1 parece ser acertada.

### 3. *The Step Forward*. Sistemas constitutivos como solución posible a las objeciones de Rodríguez a las reglas constitutivas (en Searle)

Siguiendo el desarrollo de los puntos anteriores, tenemos ahora algunas herramientas para sugerir que quizás muchos de los que Rodríguez reconoce como problemas de la noción de “regla o norma constitutiva” surgen, en parte, de la asociación de “norma constitutiva” con “regla”. En otras palabras: surgen de concebir que una norma constitutiva se trata –o debe entenderse como tratándose– de un único enunciado aislado y autocontenido.

Un ejemplo para ilustrar esto. Como hemos visto, una de las grandes críticas a la noción de “regla constitutiva” de Searle que encuentra Rodríguez, y que suscriben otros autores que trae a colación, es que una única y misma regla regularía y constituiría al mismo tiempo. Sin embargo, y a la luz de lo que hemos desarrollado en los puntos anteriores, esta propuesta puede en realidad no ser una confusión ni una innecesaria (implausible) multiplicación de funciones de una única y misma regla. En realidad, se trataría de un reflejo de que cuando se habla de “regla o norma constitutiva” en realidad de lo que se está hablando es de *sistemas constitutivos*: sistemas compuestos por diversas normas, o enunciados, entre los cuales siempre hay –si se quiere mantener la terminología de von Wright– tanto reglas determinativas como prescripciones.

Así, lo que generalmente se piensa o expresa como “norma constitutiva” en realidad podría ser entendido como el sentido o significado completo de una “práctica” (praxema, para usar una noción conteana): esto es, como el resultado de una suerte de *combinato composto* entre enunciados/reglas de diferentes tipos, cuya comprensión como conjunto articulado o sistema es lo que produce esta “norma constitutiva”, que por ejemplo Searle enunciaría como “*X cuenta como Y en el contexto C*”.

Este sistema constitutivo contendría, necesariamente, una parte definicional o determinativa de algún tipo (o “deóntica en sentido práctico”, la regla A1 en nuestra variante) y una parte prescriptiva de algún tipo (o “deóntica en sentido estricto”)<sup>32</sup>; y cada una de esas reglas o enunciados que lo componen sería una condición necesaria, pero no individualmente suficiente, de la “norma constitutiva” resultante<sup>33</sup>.

Esta intuición ya parece subyacer en algunas afirmaciones de Rodríguez. Por

<sup>32</sup> Esto no excluye que incluya reglas de otros tipos. Simplificamos aquí la definición para seguir las propias intuiciones de Rodríguez en su análisis.

<sup>33</sup> Por cuestiones de brevedad, dejamos aquí abierta la discusión de si esto que llamamos “norma”, por simplicidad, es genuinamente una norma o se trataría de una proposición normativa.

ejemplo, Rodríguez sostiene que «aunque se acepte que la noción de potestad jurídica debe ser reconstruida a partir de las reglas determinativas o conceptuales, es igualmente cierto que tales reglas se encuentran estrechamente ligadas a la existencia de prescripciones» y compara esta cuestión con la situación de las definiciones legales, las cuales señala que «sólo cobran sentido si existen en el mismo *sistema* prescripciones en las cuales aparecen los términos en ellas definidos». Y no podemos olvidar su posición acerca de que la potestad jurídica no resulta de una única norma sino de un sistema de normas que requiere al menos una regla determinativa y una prescripción. Rodríguez incluso ofrece una formalización de estas dos normas<sup>34</sup>.

Teniendo esto en cuenta, la pregunta que surge es: ¿por qué entonces continuar equiparando “regla que confiere potestades” con “regla determinativa”? La respuesta de Rodríguez parece basarse en el rechazo de la noción de “regla constitutiva” de Searle, especialmente en relación con la idea de que una misma regla regule y constituya a la vez. Sin embargo, como se ha intentado mostrar en los puntos anteriores, es posible utilizar otra noción de norma constitutiva, y también explicar en qué sentido “regularía” y “constituiría” a la vez (en realidad, constituiría – lo cual significa definir y regular a la vez), lo cual lleva a una mejor comprensión de cuál es la “conexión” que menciona Rodríguez y por qué, en realidad, su posición sobre la competencia y las reglas que confieren potestades es parcial<sup>35</sup>.

Por supuesto, entendemos que Rodríguez podría negar este punto insistiendo en las razones para considerar que existe una independencia conceptual entre las reglas determinativas y las prescripciones, y que pareciera que la “constitutividad” no es más que la determinación de qué cuenta como una instancia válida de un determinado predicado *P* (siendo *P* un hecho institucional, aquí sí en términos de Searle). Sin embargo, aquí nosotros preguntaríamos: ¿comienza a *existir* *P* como hecho institucional por el mero hecho de la existencia de formulación de una regla determinativa aislada, o lo hace cuando uno considera un marco de interpretación más amplio de la práctica (que incluye no sólo la determinación sino también la atribución de efectos jurídicos al acacimiento de una instancia válida del predicado jurídico *P*)?

Creemos que esta segunda idea parece más adecuada para no caer en el reduccionismo explicativo de considerar a las reglas determinativas como aisladas del contexto complejo que les da sus efectos de *determinación*, y para dar una mayor explicación al modo en el cual (contextual, institucionalmente) parece existir necesariamente una *consecuencia* cuando se realiza un determinado tipo de determinación como ésta. Por otra parte, y en particular en el ámbito de la competencia, esto permitiría conciliar aún mejor la parte de “verdad” que tienen aquellos que conciben a las normas de competencia como prescripciones junto

---

<sup>34</sup> TAD: 258-9.

<sup>35</sup> Ver la sección 2.4 del presente trabajo.

con aquellos que las conciben como reglas conceptuales o reglas determinativas<sup>36</sup>. En ambos casos, se trata de que han puesto el acento en intuiciones diferentes relacionadas con el mismo fenómeno.

#### 4. Conclusiones

El enfoque “sistémico” de la potestad jurídica o competencia (y de las reglas que confieren potestades) que hemos presentado aquí puede ser entendido como una extensión de aquello que propone Rodríguez en TAD, cuyo propósito es proponer un modo alternativo de explicación, solventar algunas ambigüedades presentes en su discurso, y también solucionar una parcial incompletitud.

En este sentido, hemos buscado aquí ampliar el punto de vista de la propuesta rodrigueana hasta incluir aquellos elementos que hacen a la competencia, pero que no consisten únicamente en la atribución de ésta. Ello implica no sólo retomar la noción rechazada de “regla constitutiva” (aunque bajo otra concepción), sino también extender el entendimiento de los elementos que la componen, de los cuales la “regla que confiere potestades” de Rodríguez es sólo un elemento sistémicamente articulado con otros. Por otra parte, hemos presentado una alternativa (la noción de sistema constitutivo) para resolver la ambivalencia del enfoque de Rodríguez en cuanto la capacidad de las reglas determinativas para determinar (constituir) por sí mismas la potestad de un sujeto competente. La noción de sistema constitutivo no sólo permite conceptualizar un enfoque más completo que el de Rodríguez (y otros autores) de un concepto jurídico como el de competencia, sino que además responde a la intuición de Rodríguez mismo de que no sería posible hablar de “potestad jurídica” sin recurrir a un sistema de reglas.

Finalmente, lo que hemos desarrollado aquí no resulta únicamente útil para dar cuenta de problemas relativos a la noción de competencia. También consideramos que contribuye al esclarecimiento y mejor explicación de otras cuestiones también tratadas en TAD, relativas por ejemplo al análisis del “vértice del ordenamiento jurídico”<sup>37</sup>, y a resolver ciertos problemas que Rodríguez observa en la noción misma de regla constitutiva. Por todos estos motivos, sugerimos a Rodríguez dar el pequeño paso que falta: reconciliarse con la noción de regla constitutiva y adoptar la noción de sistema constitutivo como elemento fundamental para un adecuado análisis de los conceptos jurídicos.

<sup>36</sup> Cfr. TAD: 259.

<sup>37</sup> Este problema puede entenderse de múltiples maneras: p. ej., como una pregunta sobre la pertenencia de la primera constitución histórica al sistema y una pregunta acerca de la “autoridad suprema” o “poder constituyente”. Sobre lo primero, por ejemplo, Rodríguez acepta que la pertenencia de la primera constitución histórica requiere presuponer una regla determinativa o conceptual que la identifique como parte de éste (cfr. TAD: 23).

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (2012). *Sistemas Normativos. Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (2° ed.), Buenos Aires, Astrea.
- Azzoni, G. (1988). *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam.
- Bulygin, E. (1991). *Sobre las normas de competencia*, ahora en C. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (2° ed.), Madrid, Editorial Trotta, 2021, 503-515.
- Calzetta, A. (2016). *Contexto, Formas y Sistema Jurídico. Elementos para una teoría del concepto de competencia y de la producción jurídica* (tesis doctoral inédita, biblioteca UNIGE).
- Calzetta, A. (2023). *El Guastini que no miramos: a la busca de una teoría implícita de las reglas constitutivas*, en S. Agüero-SanJuan, G.B Ratti, (eds.), *La Escuela Genovesa en Chile. Un diálogo a través de Riccardo Guastini*, Santiago, Tirant lo Blanch (en prensa).
- Celano, B. (1999). *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.
- Conte, A. (1995a). *Regola costituiva in Wittgenstein*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, I, Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A. (1995b). *Fenomeni di fenomeni*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, II, Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A. (1995c). *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, en Id., *Filosofía del lenguaje normativo, II, Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC.
- Guastini, R. (1983). *Teoria delle regole costitutive*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 60, 548-564.
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Rabanos, J. (2016). *Por un puñado de Derechos Humanos. Constituyendo Derechos Humanos a través de (en contra de) la autoridad* (ponencia inédita, seminario “Normas Constitutivas: definir, juzgar, legislar”, Chile).
- Rabanos, J. (2020). *Modelos contemporáneos de autoridad. Elementos para un análisis de los problemas, conceptos y modelos de discurso sobre la autoridad desde la filosofía del derecho* (tesis doctoral inédita, biblioteca UNIGE).
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons (indicado como TAD en el texto).
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Nueva York, Humanities Press (citado de edición facsímil de The Lawbook Exchange, 2009).

- Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- Roversi, C. (2007). *Pragmatica delle regole costitutive*, Bologna, Gedit.
- Roversi, C. (2012). *Costituire. Uno Studio di Ontologia Giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Russell, B. (1921). *The Analysis of Mind*, Londres, Allen & Unwin.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul.

# La interpretación de las normas jurídicas. Algunas tensiones ocultas en *Teoría analítica del derecho*, de J.L. Rodríguez

Sebastián Agüero-SanJuan\*, Lorena Ramírez-Ludeña\*\*

## Resumen

El trabajo se centra en las propuestas adoptadas por Jorge Rodríguez en *Teoría analítica del derecho* en torno a cómo concebir las normas jurídicas y la actividad interpretativa. Además de analizar críticamente la parte propositiva de la obra por lo que respecta a estos dos elementos, plantearemos ciertas tensiones no resueltas si se los entiende como tópicos complementarios.

**Palabras claves.** Concepciones de las normas jurídicas. Concepción adscriptiva de las normas. Proposición. Teorías de la interpretación jurídica. Convenciones interpretativas. Interpretación en abstracto.

## Abstract

The work focuses on the proposals of Jorge Rodríguez in *Teoría analítica del derecho*, which deal with the question of how to conceptualise legal norms and the activity of interpretation. In addition to critically analysing the propositive part of the work in terms of these two elements, we will raise certain unresolved tensions when they are understood as complementary issues.

---

\* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s.n., Valdivia, Chile, sebastian.aguero@uach.cl.

\*\* Facultad de derecho, Universidad Pompeu Fabra, c/ Ramon Trias Fargas 25-27, 08005 Barcelona, España, lorena.ramirez@upf.edu.

Agradecemos los comentarios realizados por Tuccio Lambretta, Josep María Vilajosana, Diego Almonacid, y José Juan Moreso a versiones preliminares del presente texto.

**Keywords.** Conceptions over legal norms. Ascriptive Conception of Norms. Proposition. Theories of Legal Interpretation. Interpretative Conventions. Abstract Interpretation.

## 0. Introducción

El libro objeto de este comentario crítico tiene un claro espíritu didáctico. La exposición de los temas es marcadamente reconstructiva, y su desarrollo mantiene la estructura de una conversación entre autores, como si, a través de la pluma de Rodríguez, entraran en un diálogo fluido autores de distintas épocas y latitudes en torno a un mismo tópico. Todo un mérito de la obra, que se complementa con la siempre bien articulada posición de su autor.

Debido a su extensión, en este trabajo hemos optado por dejar a un lado las posibles discusiones en torno a las reconstrucciones ofrecidas por Rodríguez, y centrar nuestra atención en la parte propositiva de la obra, en particular, en la posición que el autor adopta en los capítulos I “Normas, lenguaje y lógica” y VI “Interpretación, indeterminación y conocimiento del derecho”. De esta manera, el trabajo se centra en las propuestas adoptadas por Jorge Rodríguez en torno a cómo concebir las normas jurídicas y la actividad interpretativa. Además de analizar críticamente su posicionamiento por lo que respecta a estos dos elementos, plantearemos ciertas tensiones no resueltas si se los entiende como tópicos complementarios.

En lo que sigue, el trabajo se estructura en cuatro apartados. El primero, dedicado al análisis y crítica de las ideas de Rodríguez en torno a qué son las normas jurídicas. El segundo, centrado en revisar y controvertir su posición acerca de la interpretación jurídica. El tercero, enfocado en señalar las tensiones que surgen al considerar su concepción de las normas y su teoría de la interpretación como un todo. Por último, se recapitulan las ideas centrales del texto.

## 1. Normas

El Capítulo I “Normas, lenguaje y lógica” está dedicado principalmente a exponer la discusión contemporánea en torno a qué son las normas y a qué tipo de relaciones se dan entre ellas. El recorrido intelectual a lo largo de casi un centenar de páginas resulta fascinante, ofreciéndose un análisis de las discusiones más relevantes en torno a la tipología, la ontología y la lógica de las normas.

Tal y como se indicó en la introducción, obviando las posibles discusiones en torno a cómo han sido reconstruidas ciertas propuestas, en lo que sigue nos centraremos en presentar las ideas de Rodríguez acerca de cómo entender las normas jurídicas, específicamente, en qué tipo de normas centra su atención y cómo sugiere

entenderlas.

*Tipos de normas.* Al finalizar el primer apartado, y siguiendo a von Wright, Rodríguez señala que en lo que resta del capítulo la palabra “norma” será entendida como aludiendo a las prescripciones, que habían sido caracterizadas del siguiente modo: (i) su formulación lingüística constituye una manifestación de la voluntad de la autoridad; (ii) su dictación supone la existencia de cierta relación de superioridad de la autoridad frente al sujeto normativo, cuya conducta se pretende influir; (iii) su conocimiento se realiza a través de la promulgación realizada por la autoridad (están formuladas en un lenguaje); y (iv) su eficacia se vincula a través de una sanción (p. 45)<sup>1</sup>.

Su elección no es una mera cuestión terminológica, sino que la toma de partido por uno de los sentidos de la palabra “norma” tiene un impacto en el alcance de las explicaciones sucesivas, ya que, por ejemplo, no incluye a las reglas determinativas, porque carecen de la fuerza normativa que caracteriza a las prescripciones (p. 55).

*Qué son las normas.* Rodríguez toma partido por una concepción no cognoscitiva o adscriptiva, según la cual las normas son significados de ciertas formulaciones lingüísticas o prácticas sociales que seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real. En otras palabras, las normas construyen puentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales a través de expresar nuestras preferencias por, o valoraciones de, ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real (pp. 96-97).

En la búsqueda de una salida al dilema de Jørgensen, esta concepción adscriptiva se conecta con la defensa que previamente se realiza del actualismo. Esta posición considera que solo existe el mundo real, y los mundos posibles alternativos al real son simplemente construcciones teóricas, i.e., representaciones concebibles acerca de cómo podría ser el mundo si fuese distinto de cómo es. De acuerdo con el actualismo, por ejemplo, que *p* sea necesariamente verdadero en el mundo real depende de que *p* sea verdadero en todas las representaciones concebibles del mundo real, más allá de cómo es. Y esta cuestión no supone atribuir existencia a otros mundos, sino solo que puedan ser concebibles (pp. 71-72).

En el terreno jurídico, el actualismo funciona al decir que: «...*p* es obligatorio en el mundo real dependería de que imagináramos cómo podría ser el mundo si fuera normativamente mejor de lo que en verdad es, y que *p* sea verdadero en todas esas representaciones concebibles que estimamos normativamente accesibles» (p. 72)<sup>2</sup>.

Rodríguez indica que el actualismo permite el análisis semántico de la lógica deóntica en términos de cuantificación sobre mundos posibles sin asumir su

<sup>1</sup> Estos rasgos son empleados no solo para caracterizar las prescripciones, sino también para diferenciarlas de otros sentidos que suelen ser atribuidos a la palabra “norma”, como por ejemplo la costumbre.

<sup>2</sup> Rodríguez trata de escapar de la metafísica u ontología, que él entiende como *cargadas o problemáticas* (sin mayor argumentación), pero parece finalmente adoptar profundos compromisos modales, v.gr, en pp. 70-72.

existencia, y, además, adopta un modelo kripkeano de la semántica de mundos posibles para evitar asumir que los enunciados que califican acciones o estados de cosas como obligatorios, prohibidos o permitidos poseen valores de verdad. Por ejemplo, prescribir  $p$  en el mundo real significa preferir como mundos normativamente ideales aquellos mundos donde es verdad que  $p$ . Si al dictar una norma se seleccionan ciertos mundos como normativamente accesibles, las normas en sí mismas son constitutivas de qué mundos posibles son estimados por la autoridad como normativamente ideales respecto del mundo real. Se evita así atribuir valores de verdad a las normas, posibilitando las relaciones lógicas entre ellas (pp. 85, 89 y 93).

El actualismo y el modelo kripkeano se acompañan de otros dos argumentos. Uno centrado en controvertir la separación tajante entre fuerza y contenido de los enunciados: se asume que el sentido y la fuerza se conectan en el nivel semántico, de modo que la comprensión del contenido semántico de un enunciado solo se realiza al considerar su fuerza. Y otro destinado a reinterpretar la idea de dirección de ajuste para entender, ya que un enunciado “obligatorio  $p$ ” determina qué mundos estima el hablante como normativamente ideales respecto del mundo real. De esta manera, las normas no son verdadera ni falsas y su identificación se presenta en el nivel pragmático (pp. 95-96).

Al haber normas cuya existencia no depende de formulaciones normativas, Rodríguez introduce un matiz, porque habría casos de normas sin actitud proposicional de un hablante. Por ello, sugiere la idea de “correlación”, de manera que las normas correlacionan el mundo real con mundos normativamente ideales. En un caso, como significados de ciertas formulaciones y, en otro, como significados de prácticas sociales, los cuales seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real (95-96).

*Tensiones normativas.* Siguiendo a Schmitz y Mras<sup>3</sup>, si bien quienes defienden la distinción entre fuerza y contenido presentan un conjunto de ideas compartidas<sup>4</sup>, en la actualidad, a partir de los debates en torno a la unidad de la proposición se ha producido un incremento exponencial de propuestas y distinciones<sup>5</sup>. Por ejemplo, se ha discutido cómo entender la objetividad y el carácter *a priori* de las proposi-

<sup>3</sup> Schmitz y Mras 2022: 2-6.

<sup>4</sup> Quienes defienden la distinción entre fuerza y contenido sugieren, al menos, cinco ideas: (i) la proposición no tiene fuerza y esta se añade a través de un acto adicional, (ii) el contenido proposicional y el representacional de un acto son idénticos y el indicador de fuerza no contribuye al contenido, (iii) la proposición puede ser parte del significado convencional o literal y la fuerza no es parte de ellos; y (iv) el contenido y la fuerza son objeto de materias o disciplinas diferentes, el primero de la semántica y el segundo de la pragmática. Véase Schmitz y Mras 2022: 2-8.

<sup>5</sup> A modo de ejemplo, véanse el primer compendio de la discusión introducido por Speaks 2014, la discusión editada por Hunter y Gurpreet 2015, el número 196 de la revista *Synthese* presentado por García-Carpintero y Jespersen 2019 y, especialmente, el libro de reciente publicación Schmitz y Mras 2022.

ciones, dado que ellas son concebidas como objetivas y los actos que añaden fuerza son subjetivos. También se ha controvertido entenderlas como el contenido, sentido o significado de las oraciones y, en consecuencia, se ha sugerido considerarlas como piezas del lenguaje (símbolos con significado). Se controvierte además que las proposiciones sean los portadores definitivos y constantes de valores de verdad, porque no serían las entidades únicas o primarias portadoras de verdad. Y no existe acuerdo en torno a si las proposiciones son el contenido compartido de varias clases de actos, porque algunos consideran que oraciones no declarativas no contienen proposiciones, y otros que estas son de otro tipo<sup>6</sup>.

El pasaje anterior no solo muestra que en la actualidad no sería aconsejable defender una distinción tajante entre fuerza y contenido, sino también que existe una multiplicidad de maneras en las que es posible concebir su rechazo. Por ello, la posición adoptada por Rodríguez hubiese merecido una mayor exposición y fundamentación, y no solo rechazar entender la fuerza y el contenido como entidades separadas.

La dificultad señalada queda patente al preguntar cómo se “seleccionan” ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real, o también, cuándo se establece la “correlación” entre el mundo real con mundos normativamente ideales. Rodríguez utiliza la noción de “actitud proposicional” solo expresamente para caracterizar una concepción pragmática de las normas («la diferente actitud proposicional del hablante, concebida como parte del significado, permitiría diferenciar las normas de otras entidades lingüísticas» (p. 63)), pero no la usa con carácter expreso al presentar la concepción que él adopta, ya que allí solo habla de correlaciones, sin señalar cómo surge o quién determina esta selección o correlación (p. 96).

Sin embargo, con base en la manera en que se hilvana la argumentación, se podría pensar que la concepción adoptada por Rodríguez constituye una versión actualizada de la conocida concepción pragmática o expresiva de las normas<sup>7</sup>. Si este fuese el caso surge otro inconveniente. Si a través del componente pragmático las normas se diferencian de otros tipos de significados, y este componente descansa en la noción de actitud proposicional, aún quedan por explicar dos cosas. Por un lado, cómo determinar la actitud proposicional de órganos colegiados como nuestros legisladores, entendidos como el órgano de creación normativa por excelencia; por otro lado, cómo se presenta la llamada selección de, o correlación con, mundos normativamente ideales en el caso de las normas sin formulación normativa, las cuales son expresamente incluidas en la concepción adscriptiva.

<sup>6</sup> Schmitz y Mras 2022: 2-8.

<sup>7</sup> Si la pregunta relevante es *¿dónde están las normas?*, una concepción semántica respondería en el significado de cierto tipo de enunciados (formulaciones normativas), de modo que las prescripciones serían entidades similares a las proposiciones. En cambio, una concepción pragmática indicaría que están en el uso prescriptivo del lenguaje, porque es en el uso del lenguaje donde se diferencian las normas de otras entidades (pp. 63-65).

Si bien el libro analiza las normas implícitas en nuestras prácticas, su examen está más centrado en diferenciarlas de las regularidades de conducta, que en precisar su establecimiento. Y la única alusión indirecta se presentaría al diferenciar entre prescripciones y costumbres. Allí se señala que las segundas (solo en modo figurado) tendrían por autoridad a la comunidad, pues más bien debiesen entenderse como prescripciones anónimas e incluso implícitas, por no depender de una formulación lingüística (pp. 50 y 65-67)<sup>8</sup>. Precisiones aún insuficientes para vincular las actitudes proposicionales con las normas implícitas y la selección de mundos normativamente ideales.

## 2. Interpretación

En el capítulo VI, Rodríguez aborda diversas cuestiones: i) las concepciones de la interpretación; ii) los problemas de la interpretación en el derecho, centralmente ambigüedad, vaguedad y textura abierta; iii) cuestiones vinculadas con la interpretación y la argumentación; y iv) el problema de los desacuerdos. Aquí presentaremos y analizaremos su posicionamiento, marcadamente *hartiano*, con respecto a cómo entender la actividad interpretativa y, en conexión con lo anterior, la concepción de la interpretación que le parece más adecuada: la indeterminación parcial.

*En qué consiste interpretar.* Siguiendo a von Wright, Rodríguez señala que las formulaciones normativas son los enunciados mediante los cuales la autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta, y las normas son el significado expresado por las formulaciones. E interpretar consiste en correlacionar un significado a cierto texto legal y su resultado será la identificación o determinación de un cierto significado (p. 555).

*Concepciones acerca de la interpretación.* Rodríguez hace referencia a las tres concepciones acerca de la interpretación (única respuesta correcta, indeterminación radical e indeterminación parcial), distinguiéndolas en función de cómo entienden el valor de verdad de los enunciados interpretativos. Y añade que las diversas posiciones varían en función de los presupuestos que se asuman sobre la naturaleza del significado, por una parte, y de la caracterización del derecho y el discurso jurídico, por otra parte. La posición que a él le parece más adecuada es la de la indeterminación parcial, de acuerdo con la cual la interpretación es a veces una actividad cognoscitiva, y otras veces decisoria, reconociendo que hay casos claros frente a los cuales el derecho ofrece una respuesta determinada, y casos problemáticos en que «es preciso optar entre varias alternativas igualmente plausibles pero ninguna de ellas predeterminada por el derecho» (p. 560). Solo por lo que respecta a los casos claros los enunciados interpretativos poseerían valores de verdad. En consonancia

---

<sup>8</sup> Sigue aquí a von Wright 1963.

con lo anterior, sostiene que, aunque las autoridades dan a conocer formulaciones que pueden tener casos problemáticos de aplicación o en ocasiones dar lugar a más de una interpretación, ello «no debe hacer perder de vista que en muchos casos ellas son comprendidas por sus destinatarios, y estos pueden seguirlas y regular su conducta mediante ellas» (p. 589). Por otro lado, señala que el hecho de que los jueces adopten en todo caso una decisión, también en los casos claros, no excluye que contemos con normas jurídicas que ofrecen pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales.

*Semántica y convenciones interpretativas.* Rodríguez enfatiza que, aunque haya casos de ambigüedad, vaguedad y textura abierta por estar formulados los textos legales en lenguaje natural, también hay casos claros. Pero, además, destaca la relevancia de las convenciones interpretativas. Por un lado, se refiere (siguiendo a Hart) a la combinación entre un enfoque paradigmático y criteriológico sobre el significado: se identifican primero casos paradigmáticos, que serían los familiares y recurrentes, frente a los que hay acuerdo generalizado a efectos de considerarlos dentro del alcance de la norma; luego se examina en qué medida el supuesto concreto se parece a tales casos paradigmáticos, para lo que hay que contar con un criterio de similitud *relevante* (p. 597). Por otro lado, destaca la incidencia de las convenciones interpretativas y señala que nada excluye que los métodos interpretativos utilizables conduzcan a una misma interpretación, o que en ocasiones en la comunidad interpretativa se converja en el uso de un único método y en la identificación de un significado específico. Además, puede haber casos que reciban la misma solución en todas las interpretaciones admisibles. Rodríguez reconoce que las convenciones pueden cambiar, pero sostiene que ello no permite rechazar su existencia. En este punto, y para salvar la lectura escéptica de Wittgenstein por parte de Kripke, señala que lo relevante no es el acuerdo en la comunidad, sino que «seguir una regla consiste en una habilidad práctica, en el dominio de una técnica, un saber cómo hacer algo y no un saber qué, consistente en dominar el uso de la regla como estándar de corrección» (p. 586). En el mismo sentido, al hacer referencia a los desacuerdos en el derecho sostiene, adoptando el convencionalismo profundo de Bayón, que

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 [...] 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 las aplicaciones de las reglas jurídicas (p. 648).

Sobre este punto, llama la atención que se presente una visión en que se enfatizan los casos paradigmáticos y las similitudes relevantes, que parece muy cercana

a las versiones más plausibles de la *teoría causal de la referencia* que, en cambio, es incluida en el apartado de la tesis de la única respuesta correcta. ¿Por qué no entender, como sí ocurre en el ámbito de la filosofía del lenguaje, que esta teoría reconstruye adecuadamente el modo en que contingentemente empleamos ciertos términos, lo que es compatible con que se desarrollen usos diversos y cambiantes? Si se la entiende de esta forma, no tendría por qué sostenerse que es incompatible con otras teorías de la interpretación como la indeterminación parcial y permitiría una respuesta más acabada al desafío de los desacuerdos de Dworkin<sup>9</sup>.

Cabe añadir que de la lectura del capítulo no resulta clara la relación entre el significado ordinario y las convenciones interpretativas. Al presentar su posición y enfatizar la relevancia del lenguaje natural, no solo al exponer la teoría intermedia, sino también al analizar los problemas de ambigüedad, vaguedad y textura abierta, o al apelar a la interpretación literal, el significado ordinario parece tener cierta prioridad<sup>10</sup>. No obstante, parece claro que, si se atiende a las convenciones interpretativas existentes, frecuentemente entran en juego otros argumentos interpretativos y el significado ordinario no siempre se impone. Pese a ciertas oscilaciones en su presentación, de la lectura del capítulo cabe concluir que Rodríguez prioriza las convenciones interpretativas, le confieran o no relevancia al significado ordinario. Pero adoptar esta posición puede tener gran incidencia en su análisis de, por ejemplo, la vaguedad, porque habrá casos que puedan ser reconstruidos, dando prioridad al significado ordinario, como casos claros, pero que pueden en cambio ser vistos como casos de la zona de penumbra si se atiende a otros argumentos interpretativos. O a la inversa. Y también el fenómeno de la derrotabilidad opera de este modo, dependiendo la identificación de casos de los instrumentos que se tengan en cuenta. Una crítica más general sería que, si bien una concepción *hartiana* hace relevante el lenguaje ordinario con base en consideraciones teóricas ligadas al concepto de derecho, en este capítulo no puede encontrarse un vínculo claro con la teoría del derecho defendida por Rodríguez, que dé cuenta de qué interpretaciones, y con base en qué tipo de consideraciones, serían en última instancia relevantes. No se está exigiendo aquí una jerarquía que no tendría sentido dado como es la práctica, sino una articulación teórica más clara entre la semántica, la teoría de la interpretación y la teoría del derecho, que permita entender mejor su posición.

A lo anterior cabe añadir que parece cuestionable que, con base en el convencionalismo profundo, pueda decirse que hay casos que podrían considerarse claros (en el sentido de que existen respuestas jurídicamente correctas), pese a que

<sup>9</sup> Martí y Ramírez-Ludeña 2016.

<sup>10</sup> Su énfasis en el lenguaje ordinario no obsta al reconocimiento de la existencia de términos técnicos (p. 613). Por otro lado, si bien en buena parte del capítulo se refiere centralmente al lenguaje ordinario, al discutir la tesis de la indeterminación parcial señala que, cuando los cánones interpretativos difieren en sus resultados, lo que hacen es establecer distintas delimitaciones admisibles de la textura abierta de las reglas (p. 582). No obstante, la afirmación anterior no resulta del todo clara.

podrían no serlo para ningún individuo en la comunidad. Si surgen desacuerdos, ¿en qué medida puede hablarse de respuestas jurídicamente correctas en un esquema convencionalista?, ¿cómo podemos acceder al presunto acuerdo profundo?, ¿y cómo pueden distinguirse estos casos de aquellos en que hay discreción, al existir diversos instrumentos interpretativos que conducen a resultados diversos?

*La distinción entre interpretación en abstracto y en concreto.* Algunos partidarios de la tesis de la indeterminación radical se sirven de la distinción entre la interpretación en abstracto y en concreto, y entre la subsunción genérica e individual, para sostener que solo los enunciados subsuntivos podrían ser verdaderos o falsos, pero en ningún caso los enunciados interpretativos (relacionados con la interpretación en abstracto). No obstante, según Rodríguez, las dudas interpretativas sobre casos particulares requieren resolver la cuestión de si cualquier situación semejante está comprendida en el alcance de la norma, lo que puede presentarse como una duda sobre el valor de verdad de un enunciado interpretativo sobre esos casos (p. 591). En un sentido similar, dice al explicar el contraste entre la interpretación judicial y doctrinaria, que la actividad de los jueces consiste en determinar el significado de las normas generales que tienen que aplicar y, por ello, en un proceso de subsunción genérica, de identificación del alcance de cierto caso genérico, aunque se lleve a cabo para aplicar una norma a un caso individual (p. 619). Lo anterior no supone, señala Rodríguez al hablar de textura abierta, que las normas generales, que correlacionan ciertos casos genéricos con ciertas soluciones, no establezcan particiones: «Los casos genéricos se configuran en función de las propiedades que han sido tomadas como relevantes por la autoridad normativa. Supóngase que ha sido tomada como relevante una cierta propiedad  $p$ , de modo que su presencia o ausencia determina soluciones normativas diferentes. Cuando un juez tenga que resolver un caso particular de conformidad con esta norma, deberá determinar si en el caso concurre o no tal propiedad. La distinción entre los casos en los que ella se verifica y los casos en que no se verifica puede ser más o menos vaga, pero ello solo determinará una mayor o menor discrecionalidad del juez para calificar un caso individual como  $p$  o como no  $p$ » (p. 609).

Puede cuestionarse en primer lugar que los planteamientos anteriores sean consistentes. Conforme a lo que señala primero, parecería que resolver los problemas de subsunción supone resolver problemas de interpretación en abstracto, lo que parece ser negado al hablar de textura abierta. En todo caso, si las normas correlacionan casos con soluciones, y los casos genéricos dependen de las propiedades relevantes, es indudable que resolver un caso de vaguedad supone adoptar un posicionamiento acerca de cómo entender las propiedades relevantes, y por lo tanto acerca del alcance del caso genérico. Por ello, los primeros planteamientos parecen más adecuados. Pero entonces convendría repensar si realmente, como expresamente señala Rodríguez, la vaguedad juega en un plano distinto de la ambigüedad, constituyendo dos problemas lógicamente

independientes. Si la resolución de los problemas de vaguedad tiene impacto en la configuración de la norma, ello parece poner de manifiesto que se duda, entre dos o más normas posibles que presentan diversas configuraciones del caso genérico, cuál es la expresada por la formulación normativa en cuestión.

*El rol del legislador.* La posición de Rodríguez en este punto no resulta clara. Por un lado, al hablar del marco temporal con respecto al uso común u ordinario, Rodríguez no confiere prioridad a los usos en el momento de producción (p. 614). No obstante, al hablar de la ambigüedad sí confiere prioridad al uso que el legislador pretendía introducir, ya que señala que, si una formulación tiene un término ambiguo, puede no serlo para el emisor si tiene claro en qué sentido usó la expresión. Sin embargo, podría ser ambigua para el intérprete, lo que le obliga a seleccionar a partir de su perspectiva valorativa. Rodríguez señala que, según Alchourrón, solo si el intérprete seleccionó el mismo significado empleado por la autoridad normativa su interpretación no será creativa. Pero añade que en ocasiones es muy difícil saber cuál es el significado atribuido a una formulación por la autoridad normativa, porque ella dejó de existir o porque se trata de un órgano colegiado (p. 601). Con respecto a la vaguedad, Rodríguez parece ampliar exponencialmente las posibilidades normativas al aceptar una «multiplicidad de justificaciones a las que puede obedecer el dictado de una generalización», porque el carácter infra o sobre incluyente de una norma depende de sus justificaciones subyacentes (pp. 605-606), lo que contrasta con lo que señala en relación con la textura abierta, ámbito en el que sugiere que «las propiedades que han sido tomadas como relevantes por la autoridad» configuran los casos genéricos correlacionados con ciertas soluciones (p. 609). Finalmente, al hablar de los argumentos interpretativos no confiere prioridad al argumento de la intención del legislador, e incluso cuestiona que resulte plausible recurrir a él. Los trabajos preparatorios no resultan de utilidad y es imposible acceder a la intención del autor de una norma, sobre todo cuando se trata de órganos colegiados (p. 623).

### 3. Normas e interpretación

Al poner en relación la concepción de las normas y la teoría de la interpretación adoptadas por Rodríguez surgen tensiones adicionales a las previamente aludidas. Debido a la extensión del trabajo, solo nos centraremos en algunas de ellas.

Rodríguez señala que, en sentido estricto, solo se puede hablar de normas como el resultado de la operación realizada por el intérprete cuando considera el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componentes, esto es, que hablar de “normas” supone

ya haber realizado la interpretación de ciertas formulaciones normativas (p. 57)<sup>11</sup>. No obstante, ya vimos que en las prescripciones necesitamos de una autoridad, y en las normas sin formulación de una práctica para la existencia de una norma. Si las normas surgen gracias a que constituyen una selección de nuestras preferencias por ciertos mundos normativamente ideales respecto del mundo real, ¿en qué sentido las normas requieren de la interpretación, si la correlación no es realizada por los intérpretes sino por quienes establecen dicho significado? De acuerdo con el propio Rodríguez, en el caso de las prescripciones, es la autoridad normativa la que realiza esta selección, y en las normas implícitas, en un sentido metafórico, lo haría la comunidad. Por ende, las normas existen únicamente a partir de constituir una selección o correlación, y no de la interpretación de una práctica o formulación.

A efectos de ofrecer una lectura que nos parece más plausible de su posición, consideremos que las normas preexisten a la interpretación, pero que ello no obsta a decir que los intérpretes descubren o determinan el significado de las formulaciones, las normas, que ya han sido creadas por el legislador. Entendido de este modo, lo primero que llama la atención es el rol menor que Rodríguez confiere a la intención del legislador. Si en nuestra tradición el rol de autoridad es desempeñado por el legislador, y es este el que realiza la correlación entre mundos reales y normativamente ideales, pareciera que este tipo de argumento merecería una mayor prioridad. Podría considerarse que el legislador establece la correlación tomando en cuenta el lenguaje ordinario en el momento de la promulgación, pero como hemos visto tampoco confiere un rol central al argumento de la literalidad o al lenguaje ordinario. Se centra en cambio en las convenciones imperantes, lo que lleva a dos cuestionamientos: i) ¿cómo se concilia la selección (¿mediante normas?) llevada a cabo por el legislador y la selección en virtud de la práctica interpretativa en cuestión?; y ii) si las convenciones interpretativas son cambiantes, ¿cómo cabe entender la selección (¿mediante normas?) realizada por el legislador en relación con las convenciones no vigentes al producirse la selección? Entender que el legislador solo selecciona formulaciones, o que selecciona un entramado complejo de normas, entre las que los intérpretes escogen, es algo cuestionado por el propio Rodríguez en su argumentación contra el escéptico.

Podría plantearse si, en realidad, al hablar de prescripciones como selección de mundos a partir de normas, entendiendo que consisten en correlaciones de casos genéricos con soluciones normativas, Rodríguez nos ofrece una caracterización de lo que ocurre en todos los casos o solo de los casos claros, en que sí puede decirse que los jueces se limitan a constatar las selecciones llevadas a cabo por la autoridad.

---

<sup>11</sup> Rodríguez es incluso más restrictivo cuando señala que la interpretación en el derecho sería la identificación o adscripción de significado a textos jurídicos, cuyo resultado se manifiesta a través de nuevas expresiones lingüísticas, supuestamente más comprensibles que las formuladas por la autoridad (pp. 556-557).

Quedaría entonces pendiente el ofrecer una explicación de qué ocurre en los casos difíciles con respecto a la selección de mundos realizada por la autoridad, y por qué esa nueva selección que en este caso llevarían a cabo los jueces puede ser llamada “interpretación”. En otras palabras, la posición de Rodríguez tomando en cuenta el capítulo dedicado a las normas parece poder ofrecer solo una reconstrucción de los casos claros.

Sin embargo, dado lo señalado en el texto, también esto último sería problemático. Por un lado, si el carácter claro de un caso depende de las convenciones interpretativas, ya hemos visto que no contamos con una explicación sobre cómo estas se relacionarían con su concepción adscriptiva. Por otro lado, si las normas correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, y esos casos genéricos son alterados cuando los jueces resuelven casos individuales que plantean dificultades con respecto a la interpretación en concreto, ¿en qué medida puede hablarse entonces de prescripciones establecidas de antemano por el legislador, incluso con respecto a los casos fáciles, si no puede determinarse cuál es la norma expresada?

Entender que la interpretación en concreto tiene un impacto en la interpretación en abstracto supone además un problema añadido para su concepción adscriptiva. Ya hemos visto que, según dicha concepción, prescribir  $p$  en el mundo real significa preferir como mundos normativamente ideales aquellos mundos donde es verdad que  $p$ , y, en el plano descriptivo,  $p$  es necesariamente verdadero en el mundo real si en todas las representaciones concebibles de él  $p$  es verdadero. Cabría preguntarse entonces qué características debe detentar la formulación de  $p$  para ser susceptible de verdad o falsedad, sea en el mundo real, o bien, en los mundos concebibles. La pregunta no es baladí y alude a si toda proposición  $p$  tiene valor de verdad<sup>12</sup>. Respecto de esta cuestión se podría recordar lo señalado por von Wright<sup>13</sup>, autor ampliamente seguido en la obra, quien distingue entre proposiciones individuales y generales con base en que las primeras tienen un valor de verdad determinado y las segundas en sí mismas carecen de este. La razón de ello es que las proposiciones tienen valor de verdad cuando pueden ser emparejadas con una ocasión para determinar su verdad o falsedad (ser instanciadas). Rodríguez parece sugerir que los jueces configuran el significado de las normas generales cuando resuelven casos individuales problemáticos y, en consecuencia, identifican o determinan el alcance de cierto caso genérico. Entonces, la manera en que son entendidas las normas generales, como proposiciones generales, y el modo en que entiende la actividad judicial, como transformadora en realidad de proposiciones generales, entran en tensión con la atribución de valores de verdad a una prescripción  $p$  dentro de una concepción adscriptiva, ya que para detentar estos valores necesariamente las normas tienen que ser proposiciones individuales.

---

<sup>12</sup> Como se indicó previamente, esta pregunta también se puede relacionar con cuál es la posición adoptada en relación con la conexión entre fuerza y contenido.

<sup>13</sup> Cfr. von Wright 1963: 23.

#### 4. A modo de cierre

En pocas líneas, el desafío que hemos planteado consiste en cuestionar la *teoría rodrigueana del derecho* en tres de sus nodos centrales. Por un lado, mostrando la necesidad de una justificación adicional sobre cómo entender las relaciones entre fuerza y contenido, junto con requerir una clarificación respecto del rol desempeñado por las actitudes proposicionales al tiempo de identificar normas, sean estas explícitas o implícitas; en definitiva, qué genera las denominadas selecciones o correlaciones entre el mundo real y los normativamente ideales. Por otro lado, por lo que respecta a la interpretación jurídica, se ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor explicitación de la conexión entre semántica y convenciones interpretativas, así como las dificultades que plantea la distinción entre interpretación en abstracto y en concreto. Y, a partir de lo anterior, se han hecho explícitas ciertas tensiones internas, que surgen al poner en relación su concepción adscriptiva de las normas con su concepción interpretativa ligada a la tesis de la indeterminación parcial, especialmente, en relación con la necesidad (o no) de la interpretación para la existencia de las normas, la manera de concebir y resolver los casos claros, y el rol que se confiere tanto a legisladores como a jueces.

Creemos que lo señalado en este texto no pone en cuestión la trascendencia del trabajo elaborado por Rodríguez, que sin dudas marca un antes y un después, no solo para la formación en filosofía del derecho, sino también para la discusión teórica de los distintos aspectos que aborda en su excelente libro.

#### Referencias bibliográficas

- García-Carpintero, M., Jespersen, B. (2019). *Introduction: primitivism versus reductionism about the problem of the unity of the proposition*, «Synthese», 196, 4, 1209-1224.
- Hunter, D., Rattan, G. (2015). *Introduction*, en Id. (ed.), *New essays on the nature of propositions*, London, Routledge (iBook).
- Martí, G., Ramírez-Ludeña, L. (2016). *Legal Disagreements and Theories of Reference*, en Capone, A., Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law*, New York, Springer, 121-137.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Schmitz, M., Gabriele M. (2022). *Introduction*, en M. Schmitz, M. Gabriele (eds), *Force, content and the unity of the proposition*, New York & London, Routledge, 1-13.
- Speaks, J. (2014). *Introduction*, en J. Speaks, S. Soames, J. King, (eds.), *New thinking about propositions*, Oxford, Oxford University Press, 1-2.
- von Wright, G.H. (1963). *Norm and action*, London, Routledge and Kegan Paul.



# Le connessioni contingenti fra positivismo e originalismo

*Alessio Sardo\**

## Sommario

L'obiettivo principale di questo lavoro è mostrare che l'originalismo e il giuspositivismo hanno diversi elementi che li accomunano: un profondo scetticismo verso l'oggettivismo etico, l'idea che il diritto possa essere identificato in maniera neutrale, la credenza che il contenuto semantico del diritto derivi primariamente dal testo dei documenti normativi e dalle intenzioni dei loro autori. In questo modo, l'analisi proposta va a colmare una piccola lacuna nel lavoro magistrale di Jorge Rodriguez e, più in generale, ripensa le relazioni fra il positivismo giuridico e i paradigmi dell'interpretazione dominanti. L'impatto atteso è la ridefinizione dei confini tra i modelli normativi per l'interpretazione e i modelli concettuali della scienza giudica. L'approccio metodologico prescelto è la comparazione sincronica tra paradigmi e modelli concettuali stratificati proposti dalla dottrina.

**Parole chiave:** Giuspositivismo. Originalismo. Interpretazione. Costituzione. Significato legale

## *Abstract*

The main aim of this paper is to show that originalism and legal positivism have several elements in common: a radical skepticism towards ethical objectivism, the idea that law can be identified neutrally, and the belief that the semantic content of law derives primarily from the text of normative documents and the intentions of their authors. In this way, the proposed analysis fills a small gap in

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, [alessio.sardo@unige.it](mailto:alessio.sardo@unige.it).

Jorge Rodríguez's masterpiece and, more generally, reconsiders the relationship between legal positivism and the prevailing interpretive paradigms. The expected impact is to redefine the boundaries between normative models of interpretation and conceptual models of jurisprudence. The methodological approach chosen is the synchronic comparison between widely paradigms and stratified construction proposed by legal scholars.

**Keywords:** Legal Positivism. Originalism. Interpretation. Constitution. Legal Meaning.

## 0. Introduzione

Di fronte a un'opera monumentale come *Teoría Analítica del Derecho* di Jorge Rodríguez —un enciclopedico volume di oltre settecentocinquanta pagine, che spazia dalla logica deontica alla storia del pensiero giuridico, con uno sguardo globale— il commentatore resta letteralmente senza parole<sup>1</sup>. È difficile anche solo decidere da dove cominciare. La mastodontica opera di Rodríguez è *senz'altro* ammirevole, senza precedenti e, soprattutto, esaustiva, dal momento che l'Autore affronta essenzialmente tutti i temi centrali della filosofia analitica del diritto della seconda metà del Novecento e della prima decade degli anni Duemila. È possibile che qualcosa d'importante sia stato trascurato? A mio modesto avviso, sì: c'è, forse, una piccola lacuna nel lavoro magistrale di Rodríguez: rileggendo in particolare i capitoli sul giuspositivismo e sull'interpretazione, mi sembra che le relazioni fra il positivismo giuridico e i paradigmi dell'interpretazione dominanti sia appena accennata<sup>2</sup>. Sospetto che questo piccolo *gap* sia prodotto da un'assunzione di taglio analitico: non vi sono connessioni necessarie tra una qualsivoglia teoria del diritto e una qualsiasi teoria dell'interpretazione, pertanto si può sorvolare sul punto. Tuttavia, da una prospettiva che considera il diritto come un dominio delle scienze sociali e della storia delle idee, sarebbe forse utile soffermarsi sulle relazioni contingenti che intercorrono fra i modelli —o paradigmi— del diritto e della scienza giuridica e i modelli —o paradigmi— dell'interpretazione, per comprenderne meglio l'evoluzione, le reciproche influenze, e, in generale, per indagare le *cause* di particolari fenomeni istituzionali e sociali. La mia divergenza con il pensiero di Rodríguez assume, in questo caso, una connotazione metodologica.

L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di mostrare che l'originalismo — il grande assente in *Teoría Analítica del Derecho*— e il giuspositivismo hanno diversi tratti in comune: i) un profondo scetticismo verso l'oggettivismo etico; ii) l'idea che

<sup>1</sup> Rodríguez 2021.

<sup>2</sup> Rodríguez 2021: 149-203; 553-651.

il diritto possa essere identificato in maniera neutrale; iii) l'assunzione che un fatto istituzionale particolare, l'atto di promulgazione, sia centrale per caratterizzare il diritto; iv) la credenza che il contenuto *semantico* del diritto derivi primariamente dal testo dei documenti normativi e dalle intenzioni dei loro autori. Insomma, Robert Bork, William Rehnquist, Antonin Scalia, Akhil R. Amar e molti altri illustri originalisti presuppongono e, in alcuni casi, difendono esplicitamente idee molto vicine a una concezione positivista del diritto. Con questo, però, non intendo suggerire che *ogni* originalista sia *necessariamente* un giuspositivista. Si tratta piuttosto di connessioni *contingenti*.

### 1. Un originalismo positivista?

Per prima cosa, vorrei mostrare che (una versione de) l'originalismo abbraccia una forma di scetticismo radicale verso l'oggettivismo etico. Uno dei principali obiettivi di molti originalisti è quello di offrire un modello d'interpretazione costituzionale che rigetta l'oggettivismo etico: i giudici federali dovrebbero inchinarsi al significato originario della Costituzione, che può essere identificato solo attraverso un'indagine storica o lessicografica che prescinde da ogni considerazione morale, ineluttabilmente soggettiva e irrazionale. William Rehnquist, per esempio, caratterizzava i cosiddetti "valori" come mere preferenze soggettive; è il puro «fatto della loro promulgazione che conferisce loro [alle norme giuridiche] qualsiasi pretesa morale su di noi come società», e non «qualche valore intrinseco» o «la concezione di giustizia naturale di qualcuno»<sup>3</sup>. Qui Rehnquist ricorreva a un argomento di tenore positivistico: nemmeno le verità morali triviali sono diritto, a meno che non siano espressamente codificate in leggi o incorporate in una costituzione scritta.

La tesi secondo cui i giudici federali dovrebbero astenersi dall'inventare valori oggettivi è stata difesa da molti originalisti. La lettura morale della Costituzione è «il principale pericolo dell'interpretazione», perché i giudici potrebbero erroneamente confondere le proprie ideologie morali soggettive con il diritto (positivo)<sup>4</sup>.

In secondo luogo, vorrei illustrare come gli originalisti usano argomenti positivistici per giustificare la loro teoria dell'interpretazione e attribuire legittimità, validità o forza vincolante alla Costituzione degli Stati Uniti. Molti originalisti considerano la Costituzione come un atto che trasforma una semplice moltitudine in *We, The People*, una proposta avanzata in seno alla Convenzione di Filadelfia in *The Supreme Law of the Land*. Ad esempio, Raoul Berger sosteneva che la forza vincolante del patto originario deriva direttamente dal profilo autoritativo della Costituzione

<sup>3</sup> Rehnquist 1976: 402 ss.

<sup>4</sup> Scalia 1989: 863-864.

intesa come norma (positiva)<sup>5</sup>, e non da ulteriori livelli di giustificazione pratica. Analogamente, Robert Bork sosteneva che una norma è valida non perché corretta, giusta o coerente con qualche considerazione morale, ma solo perché conforme al significato (originario) della Costituzione<sup>6</sup>. Insomma, l'adozione della Costituzione degli Stati Uniti è, per molti originalisti, un mero *facto sociale*, non un riflesso del diritto naturale o di un'etica oggettivista.

Il giudice Hugo Black, una delle figure più controverse della Corte Suprema e, allo stesso tempo, uno dei principali difensori dell'originalismo testualista, «abbracciava una concezione positivista del ruolo giudiziario»<sup>7</sup>. In generale, Black rifiutava il bilanciamento e la ragionevolezza come metodi ammissibili per l'interpretazione costituzionale, soprattutto nei casi relativi al *Primo emendamento* e al *commercio interstate*. Secondo Black, la Costituzione non doveva essere letta come un sistema di valori oggettivi o di diritti naturali, bensì come una legge (in senso formale) promulgata dal popolo americano.

Anche un originalista *liberal* come Akhil Amar sembra quasi un positivista radicale scandinavo quando affronta questi temi: il diritto costituzionale nasce da un atto di promulgazione di *We, The People*, un sovrano collettivo. Amar descrive la Costituzione degli Stati Uniti come un insieme di norme costitutive, frutto di un processo di adozione da parte degli Stati. L'atto che ha trasformato la Costituzione in legge può essere descritto come un "performativo" (nel senso di J.L. Austin), un "*fiat*" che ha mutato un potere *de facto* in fonte ultima di un ordinamento giuridico<sup>8</sup>. Quest'affermazione riflette in buona sostanza la tesi che il giuspositivista (e realista) scandinavo Karl Olivecrona espone nella seconda edizione del suo classico *Law as Fact*: lo schema performativo della validità giuridica<sup>9</sup>.

In terzo luogo, vorrei isolare ulteriori sovrapposizioni fra i due paradigmi —originalismo e positivismo— che si palesano nel modo di caratterizzare le norme giuridiche come entità semantiche specifiche basate sul testo e sulla volontà. Converrà partire da un'osservazione più generale: gli originalisti suggeriscono che il significato della Costituzione degli Stati Uniti dipende da un insieme di fatti linguistici che possono essere utilizzati per identificare il senso corretto di una disposizione<sup>10</sup>. Orbene, la nozione stessa d'interpretazione *presuppone* il concetto di significato. Gli originalisti identificano il significato "legale" della Costituzione con il suo significato ordinario o pubblico. In entrambi i casi, il significato "legale" interagisce con il contesto di promulgazione: quindi, l'identificazione dei significati originari procede attraverso inferenze che considerano elementi situazionali —e anche documenti

<sup>5</sup> Berger 1977: 283-99.

<sup>6</sup> Bork 1990: 144-145; 176 ss.; 209 ss.; 251-259.

<sup>7</sup> Hall 2005: 86.

<sup>8</sup> Amar 2012: 55.

<sup>9</sup> Olivecrona 1971: 96-105; 115-133; 217-233.

<sup>10</sup> Lawson 1997: 1823-1824.

scritti— che rendono conto delle idee, credenze, aspettative diffuse al tempo della promulgazione. Quindi, in una certa misura, il contesto storico determina il significato di una disposizione costituzionale<sup>11</sup>.

È evidente che sia gli originalisti, sia i giuspositivisti di prima generazione tendono a identificare il significato “legale” con il significato inteso o testuale proprio per la stessa ragione: questo è il modo più ovvio di ricostruire il contenuto di un atto di stipulazione autoritativa *come* atto umano di comunicazione istituzionale<sup>12</sup>. Ad esempio, Richard Kay caratterizza le norme giuridiche proprio come entità semantiche che esprimono «l'esercizio della volontà umana»<sup>13</sup>. Allo stesso modo, Raoul Berger vincola l'originalismo di matrice intenzionalista a un'affermazione fondamentale sulla “essenza della comunicazione”: «Spetta a chi scrive spiegare il significato delle sue parole»<sup>14</sup>.

Sia Kay, sia Berger sono riluttanti ad affidarsi a una giustificazione dell'originalismo intenzionalista che include il diritto naturale. In generale, l'originalismo intenzionalista attribuisce priorità alle reali intenzioni dei legislatori, non a quelle ipotetiche di un legislatore ragionevole o ideale. Questa scelta è un'ulteriore prova dell'impegno positivista in favore di una caratterizzazione del diritto basata su *fatti*. Le definizioni approntate da Kay e Berger di ciò che potremmo chiamare “norme di significato originario” corrispondono perfettamente alla definizione standard di norma giuridica fornita da quei giuspositivisti che hanno sostenuto la *will theory*: l'affermazione che i comandi del sovrano costituiscono diritto (positivo) *in quanto* «insieme di segni dichiarativi di una volontà»<sup>15</sup>.

## 2. La *Positive turn* dell'originalismo contemporaneo

La connessione (contingente) fra positivismo e originalismo è massima nella recente *Positive Turn*. La cosiddetta *Positive Turn*, proposta da William Baude e Stephen E. Sachs, è una nuova versione dell'originalismo *esplicitamente* vincolata al positivismo giuridico: essa si rivolge, in particolare, al positivismo consuetudinario o basato sulle pratiche di H.L.A. Hart. L'intuizione centrale alla base del nuovo modello di originalismo potrebbe essere riassunta così: l'originalismo è il paradigma nordamericano per l'interpretazione costituzionale non già perché i giudici *devono* attuare la volontà di *We, The people*, ma semplicemente perché il metodo originalista *può* essere ricondotto alle regole di riconoscimento del sistema giuridico statunitense.

<sup>11</sup> Scalia & Garner 2012: 20.

<sup>12</sup> Soames 2013: 603

<sup>13</sup> Kay 1988: 209.

<sup>14</sup> Berger 1988, p. 353.

<sup>15</sup> Austin 1954; Bentham 1970: 1.

Baude e Sachs prendono le mosse dal presupposto secondo cui l'originalismo debba (necessariamente) presupporre una filosofia del diritto (il giuspositivismo) per definire i criteri ultimi atti a identificare norme giuridiche valide. L'ambizione della *Positive Turn* è proprio quella di mostrare che i criteri ultimi di validità del diritto statunitense includono l'originalismo. Pertanto, la *Positive Turn* ridefinisce il dibattito sull'originalismo nei termini di un'analisi fattuale delle pratiche di *adjudication*: per rispondere alla domanda "L'originalismo è parte del nostro diritto?", è necessario intraprendere un'indagine avalutativa sulle fonti sociali e sulle pratiche di riconoscimento del potere giudiziario. Baude e Sachs sostengono che l'originalismo è giustificato perché effettivamente riconosciuto a livello costituzionale: si tratta di un fatto sociale osservabile<sup>16</sup>. Quest'affermazione presuppone che il diritto sia determinato da fatti sociali e che la morale non sia un *truth-maker* autonomo per le asserzioni sul diritto esistente<sup>17</sup>.

### 3. Positivism originalista e positivism non-originalista

Come ben dimostra l'analisi di Jorge Rodríguez, il giuspositivismo comprende un insieme di teorie eterogenee, un ampio spettro che va dalle versioni di questa teoria meno interessate all'interpretazione giuridica a quelle più interessate al problema<sup>18</sup>. Certamente, da un punto di vista puramente concettuale, il giuspositivismo non è necessariamente legato a una particolare teoria dell'interpretazione o della *adjudication*. Tuttavia, se prestiamo attenzione al positivismo come fenomeno socio-giuridico, possiamo apprezzare che diversi dei suoi illustri esponenti —ad esempio Bentham e Austin— hanno sostenuto una posizione giuridica molto vicina all'originalismo intenzionalista. Inoltre, anche i giuspositivisti che hanno rigettato l'originalismo —Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro— caratterizzano il processo legislativo in termini di intenzioni collettive.

Come già accennato, le prime versioni del positivismo difese da Bentham e Austin abbracciavano la cosiddetta teoria della volontà delle norme giuridiche. Le norme giuridiche sono comandi *vincolanti*. A loro volta, questi comandi vincolanti sono intesi come proposizioni prescrittive (imperativi) o entità simili a proposizioni che esprimono un desiderio o una volontà sostenuti dalla minaccia di una sanzione.

La teoria volontaristica si sovrappone parzialmente all'originalismo intenzionalista: entrambi gli approcci caratterizzano le disposizioni giuridiche come espressione della volontà e delle intenzioni del legislatore. Pertanto, l'originalismo intenzionalista presuppone una concezione del diritto piuttosto vicina a quella imperativi-

<sup>16</sup> Sachs 2015: 823-835.

<sup>17</sup> Baude 2015: 2351.

<sup>18</sup> Rodríguez 2021: 149 ss.

sta: come spiega McConnell, l'originalismo intenzionalista si fonda sull'assunto che «ogni potere deriva dal popolo sovrano, e l'autorità della Costituzione deriva dal suo atto di volontà sovrana nel crearla»<sup>19</sup>.

La *will theory* rifiuta in generale gli approcci non assimilabili all'originalismo. Ad esempio, l'attacco di Jeremy Bentham al metodo della *common law* si avvicina alla critica più contemporanea di Scalia allo stesso metodo<sup>20</sup>: sia Bentham sia Scalia sostengono che la *common law* è creata (artificialmente) dai giudici, e non semplicemente “scoperta”. Proprio come farebbe un originalista, Jeremy Bentham sottolineava che il diritto può essere identificato senza utilizzare criteri morali<sup>21</sup>.

A livello prescrittivo, Bentham — sostenitore del movimento di codificazione — suggerisce che i funzionari che applicano la legge devono attenersi alla giurisprudenza del testo e delle intenzioni<sup>22</sup>. Quando Bentham si occupa di questioni di disegno istituzionale, si trasforma in un convinto sostenitore di un programma di riforma orientato a ridurre la discrezionalità giudiziaria e migliorare la comprensione pubblica del diritto<sup>23</sup>. In questo senso, il suo obiettivo non è così distante dalle promesse della teoria del significato pubblico: l'esposizione della legge (positiva) accerta cosa *sia* la legge, senza determinare come la legge *dovrebbe essere* secondo gli standard morali<sup>24</sup>.

Analogamente, nelle sue *Lectures*, John Austin propone un metodo per la corretta interpretazione del diritto che privilegia il significato testuale e storico della legge rispetto alla sua lettura morale: in particolare, secondo la metodologia positivista di Austin<sup>25</sup>, l'interpretazione è finalizzata a scoprire l'intenzione del legislatore sulla base del significato usuale, letterale, o *plain* che emerge dal testo e dai lavori preparatori. Il metodo di Austin presenta una notevole somiglianza con il nucleo della metodologia originalista: anche Austin, a ben vedere, difende la fedeltà al significato storico della legge.

Tuttavia, l'affermazione secondo cui le norme giuridiche sono ordini autoritativi non implica che gli interpreti debbano seguire l'intenzione dell'autorità o attenersi al canone del significato pubblico, anche se questa conclusione potrebbe sembrare ragionevole. Per questo motivo, due figure di spicco della tradizione giuspositivista — Joseph Raz e Andrei Marmor — sostengono che le norme giuridiche siano comandi intenzionali dei legislatori e, al contempo, rifiutano l'originalismo.

Da un lato, Joseph Raz riconosce la natura pubblica e convenzionale del significato attribuito agli atti intenzionali dell'autorità normativa<sup>26</sup>; inoltre, sottolinea il ruolo

<sup>19</sup> McConnell 1998: 1132.

<sup>20</sup> Bentham 1982: 8 ss.; 1977: 165 ss.

<sup>21</sup> Bentham 1988.

<sup>22</sup> Schauer 2015: 167 ss.

<sup>23</sup> Bentham 1843; 2010.

<sup>24</sup> Bentham 1982: 93 ss.; Bentham 1988: 7 ss.

<sup>25</sup> Austin 1885: 624 ss.

<sup>26</sup> Raz 2009: 230; 298.

centrale che la stabilità e la continuità con il passato svolgono nell'interpretazione giuridica<sup>27</sup>. Questi due valori sono sistematicamente legati al concetto stesso di autorità<sup>28</sup>. Tuttavia, Raz nega recisamente la priorità del significato originario e intenzionale: l'interpretazione non deve essere confusa con il "recupero" del significato originario<sup>29</sup>; egli lascia ampio spazio per interpretazioni evolutive e dinamiche delle fonti del diritto, comprese le costituzioni scritte<sup>30</sup>. Secondo Raz, l'interpretazione giuridica è sempre un processo dialettico tra l'identificazione del diritto esistente e la creazione di nuovo diritto<sup>31</sup>: in molte occasioni è necessaria una lettura evolutiva, "dinamica", del diritto basata sull'equità, anche per garantire la capacità di coordinamento del sistema giuridico, soprattutto quando le disposizioni sono risalenti<sup>32</sup>. Il riconoscimento "originario" dei *Framers* non è sufficiente a vincolare le generazioni future<sup>33</sup>.

Marmor è ancora più esplicito: l'obiettivo di *qualsiasi* costituzione è stabilire un impegno intergenerazionale, ma le azioni collettive delle maggioranze passate «non pretendono di avere autorità sulle generazioni future»<sup>34</sup>. Marmor ammette che «seguendo le prescrizioni costituzionali abbiamo più probabilità di seguire le corrette ragioni morali che si applicano a noi che non cercando di capire da soli tali ragioni», ma si affretta ad aggiungere che questa «argomentazione chiaramente fallisce» perché attribuisce ai *Framers* una sorta di autorità morale quasi assoluta, che essi non possedevano<sup>35</sup>. Secondo Marmor, l'originalismo non è dunque un metodo adeguato per l'interpretazione costituzionale<sup>36</sup>.

Anche Scott Shapiro ha difeso un metodo di interpretazione più olistico, che si discosta dall'originalismo. Shapiro definisce il contenuto del diritto come una combinazione di *piani* che l'autorità normativa ha approvato intenzionalmente<sup>37</sup>. Coerentemente con la tesi principale del positivismo, Shapiro sostiene che solo i fatti istituzionali determinano il contenuto del diritto. Partendo dalla premessa secondo cui le domande sulla natura del diritto forniscono risposte a questioni fondamentali sull'interpretazione giuridica e sui metodi interpretativi, Shapiro sostiene che i piani di un'autorità legislativa *possono* vincolare l'interpretazione del diritto<sup>38</sup>. Tuttavia, Shapiro sostiene anche che la *planning theory* non implica compromesso con l'originalismo<sup>39</sup>.

<sup>27</sup> Raz 2009: 233.

<sup>28</sup> Raz 2009: 235 ss.

<sup>29</sup> Raz 2009: 239 ss.

<sup>30</sup> Raz 2009: 265 ss.

<sup>31</sup> Raz 2009: 224.

<sup>32</sup> Raz 2009: 290.

<sup>33</sup> Raz 2009: 335; 338 ss.

<sup>34</sup> Marmor 2005:145.

<sup>35</sup> Marmor 2005: 146; 156.

<sup>36</sup> Marmor 2005: 160.

<sup>37</sup> Shapiro 2011: 302.

<sup>38</sup> Shapiro 2011: 331.

<sup>39</sup> Shapiro 2011: 352.

In sintesi, possiamo dire che la *will theory* giustifica un approccio originalista all'interpretazione. Al contrario, le versioni più recente del positivismo giuridico difese da Raz, Marmor e Shapiro, da un lato, accettano l'idea che il diritto sia un atto intenzionale dell'autorità legislativa ma, dall'altro, rifiutano l'originalismo come metodo di interpretazione. Anche in questo caso, c'è (solo?) una parziale sovrapposizione tra originalismo e positivismo giuridico. Esistono dunque due tipi di positivismo: uno a favore e uno contro l'originalismo.

#### 4. Conclusioni

Le connessioni tra originalismo e positivismo non sono necessarie ma contingenti. Tuttavia, c'è un elevato numero di somiglianze rilevanti tra un tipo di originalismo e un tipo di giuspositivismo, e questo non può essere ignorato. Molti originalisti hanno adottato argomenti giuspositivistici contro la lettura morale della Costituzione. Sia la teoria della volontà, sia l'originalismo intenzionalista considerano il (contenuto del) diritto come «un insieme di segni dichiarativi di una volontà» dell'autorità sovrana. Alcuni originalisti (ad esempio Akhil Amar) sarebbero anche inclini a presentare la Costituzione originaria in termini radicalmente positivisticci, come farebbe un seguace di Bentham o Olivecrona<sup>40</sup>: la volontà (e anche l'inclinazione all'obbedienza) di *We, The People* è la “causa costitutiva” dell'autorità della Costituzione degli Stati Uniti. Le versioni più recenti del positivismo difese da Raz, Marmor e Shapiro, però, rifiutano l'originalismo come paradigma dominante per l'interpretazione costituzionale.

#### Riferimenti bibliografici

- Amar, A. (2012). *America's Unwritten Constitution*, New York, Basic Books.
- Austin, J. (1885). *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law* (5<sup>th</sup> ed.), London, Murray.
- Austin, J. (1954). *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), New York, The Noonday Press.
- Baude, W. (2015). *Is Originalism Our Law?*, «Columbia Law Review», 115, 2349–2408.
- Bentham, J. (1843). *Scotch Reform*, in J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. 5, 1-54.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General* (1782), London, The Athlone Press.

<sup>40</sup> Bentham 1970: 18-20; 139.

- Bentham, J. (1977). *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government* (1776), London, The Athlone Press.
- Bentham, J. (1982). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), London, Meuthen.
- Bentham, J. (1988). *A Fragment on Government* (1776), Cambridge University Press, Cambridge.
- Berger, R. (1977). *Government by Judiciary*, Indianapolis, Liberty Fund Books.
- Berger, R. (1988). *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, «Cornell Law Review», 73, 350-358.
- Bork, R. (1990). *The Tempting of America*, New York, MacMillan.
- Hall, K. (2005). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford, Oxford University Press.
- Kay, R. (1988). *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, «Northwestern University Law Review», 82, 226-292.
- Lawson, G. (1997). *On Reading Recipes...and Constitutions*, «Georgetown Law Journal», 85, 1823-1836.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing.
- McConnell, M. (1998). *Textualism and the Dead Hand of the Past*, «George Washington Law Review», 66, 1127-1140.
- Olivecrona, K. (1971). *Law as Fact, 2<sup>nd</sup> Ed*, London, Stevens & Sons.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford, Oxford University Press.
- Rehnquist, W. (1976). *The Notion of a Living Constitution*, «Texas Law Review», 54, 693-706.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Sachs, S. (2015). *Originalism as a Theory of Legal Change*, «Harv Journal of Law & Public Policy», 38, 817-888.
- Scalia, A. (1989). *Originalism: The Lesser Evil*, «University of Cincinnati Law Review», 57, 849-865.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Scalia, A., Garner, B. (2012), *Reading the Law: The Interpretation of Legal Texts*, Eegan, West.
- Schauer, F. (2015). *The Path-Dependence of Legal Positivism*, «Virginia Law Review», 101, 957-981.
- Soames, S. (2013). *Deferentialism: A Post-originalist Theory of Legal Interpretation*, «Fordham Law Review», 82, 597-617.

# Universalidad y sistemas normativos

María Cristina Redondo\*

## Resumen

El presente trabajo discute un conjunto de ideas planteadas por Jorge Rodríguez en su libro *Teoría analítica del derecho* al analizar las normas jurídicas como razones para la acción. En primer lugar, presenta una crítica a las tesis sostenidas por Rodríguez respecto de aquello que significa asumir una concepción universalista de las razones que un sistema jurídico ofrece. En concreto, se critica la idea de que un sistema de normas universales ha de ser necesariamente consistente y establecer en cada caso un balance perfecto que determine qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes. En segundo lugar, el trabajo presenta una crítica a la distinción que el autor propone entre problemas de derrotabilidad vinculados con la identificación y con la aplicación de las normas jurídicas en la medida en que ella no es coherente con la posición universalista que supuestamente él asume. Por último, se ofrecen algunos ejemplos que intentan mostrar en qué modo una concepción universalista de los sistemas jurídicos puede dar cuenta de la existencia de conflictos entre sus normas sin que ello signifique aceptar que ellas son derrotables sobre la base de consideraciones extrasistemáticas al momento de su aplicación, i.e. sin renunciar a su tesis de que las normas jurídicas ofrecen razones uniforme e invariablemente relevantes.

**Palabras claves:** Normas jurídicas universales. Razones para la acción. Derrotabilidad. Conflictos normativos.

---

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

### *Abstract*

This paper discusses a number of ideas put forward by Jorge Rodríguez in his book *Teoría analítica del derecho* in analyzing legal norms as reasons for action. First, I present a critique of Rodríguez's theses about what it means to adopt a universalist conception of the reasons that a legal system offers. In particular, I criticize the notion that a system of universal norms should necessarily be consistent and determine in each case a perfect balance between its norms that allows one to establish what should be done everything considered. Second, I criticize the distinction the author proposes between defeasability problems related to the identification and application of legal norms as inconsistent with the universalist position he purports to advocate. Finally, some examples are given that attempt to show how a universalist conception of legal systems can explain the existence of conflicts between their universal norms without accepting that they are defeasible on the basis of extra-systematic considerations at the time of their application, that is, without abandoning the thesis that universal norms provide uniformly and invariably relevant reasons.

**Keywords:** Universal legal norms. Reasons for action. Defeasibility. Normative conflicts.

El libro *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez tiene múltiples virtudes. Me complace destacar especialmente una, que salta a la vista en modo claro en cada uno de los temas que trata. El libro presenta en manera didáctica y accesible temas de alta complejidad, sin perder sofisticación en el análisis y, más aún, siendo capaz de plantear nuevos problemas y realizar contribuciones teóricas importantes. En otras palabras, es un libro de alto interés tanto para un estudiante que se inicia en el estudio de la filosofía del derecho como para un investigador ya formado en este ámbito. Ordena con gran elegancia casi todos los temas clásicos de la disciplina y contiene aportes muy finos que revelan la excepcional capacidad analítica de su autor. En suma, un texto en el cual hay mucho para aprender y que defiende con solidez múltiples tesis que invitan al debate.

Mi comentario se referirá fundamentalmente a algunas de las ideas planteadas en los capítulos IV y VII de *Teoría analítica del derecho* sobre las normas entendidas como razones para la acción. En especial, mis consideraciones toman como punto de partida la concepción universalista que Rodríguez sostiene explícitamente al respecto<sup>1</sup>. En primer lugar, me detendré en lo que creo es el problema que da

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 691-692.

lugar a las dificultades que señalo: las tesis que Rodríguez atribuye a una posición universalista y, consecuentemente, la caracterización que ofrece de esta posición. En segundo lugar, me referiré a la distinción que el autor propone entre «derrotabilidad en la identificación» y «derrotabilidad en la aplicación». En tercer lugar, proyectaré las consideraciones propuestas a la resolución de conflictos entre principios constitucionales. Concretamente, me concentraré en el modo en que Rodríguez caracteriza la ponderación. Los argumentos críticos que presento, en general, se basan en el hecho de que Rodríguez, si bien asume abiertamente una concepción universalista de las normas jurídicas y de las razones justificativas que ellas ofrecen, al aceptar la posibilidad de derrotabilidad en la aplicación y admitir que las normas jurídicas son excepcionales sobre la base de consideraciones extrasistemáticas, hace concesiones “realistas” que están en tensión con las que un universalista puede, y debe, sostener.

Las observaciones que expongo presuponen varias ideas que no se pondrán en discusión ya que Rodríguez las acepta y pueden considerarse pacíficas en este contexto. Me refiero, en primer lugar, a la idea de que, si bien las normas jurídicas pueden representarse en modos diversos según sean los objetivos que se persigan, a los fines de mostrar que ellas expresan razones que permiten justificar conclusiones acerca de aquello que se debe o está permitido hacer, es adecuado atribuirles una estructura condicional que conecta un conjunto de propiedades con determinadas consecuencias deónticas. En segundo lugar, a la tesis de que las normas jurídicas y las razones que ellas confieren han de ser caracterizadas tal como una posición universalista las entiende. Esta caracterización, según acepta Rodríguez, supone al menos dos compromisos. Las razones son consideraciones cuya relevancia es uniforme e invariable<sup>2</sup>. A su vez, las normas que expresan este tipo de razones (uniforme e invariablemente relevantes) son formuladas mediante condicionales universales<sup>3</sup>. En tal sentido, se representan mediante el “recurso técnico” de un condicional inderrotable. Este tipo de condicional admite el refuerzo del antecedente (que por ello expresa una condición suficiente) y la aplicación del *Modus Ponens*, razón por la cual a partir de ellas es posible obtener consecuencias deónticas. En contraste, a las normas expresadas mediante condicionales derrotables no son aplicables ni el refuerzo del condicional ni el *Modus Ponens* de manera irrestricta<sup>4</sup>. Ellas toleran la introducción en su antecedente de nuevas condiciones de aplicación no determinables *ex ante*. Es decir, excepciones cuya relevancia emerge del caso individual respecto del cual se evalúa si la norma es aplicable o no. En tal sentido, en la medida en que las normas se expresen a través de condicionales derrotables su relevancia práctica podría ser excluida mediante una especificación determinable en el momento mismo en el que se decide qué es lo que está justificado hacer. En otras palabras, un condicional derrotable no permite expresar

---

<sup>2</sup> Rodríguez 2021: esp. 692-693.

<sup>3</sup> Rodríguez 2021: 689-690.

<sup>4</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 741 (nota 209).

adecuadamente normas tal como un universalista las concibe. No es apto para representar normas que ofrecen razones uniforme e invariablemente relevantes.

Ahora bien, como se verá, estas ideas son las mismas que Rodríguez abandona al momento de explicar las situaciones de conflicto. Puesto que, en su opinión, estas situaciones exigen necesariamente abandonar un modelo universalista. Al respecto, intentaré mostrar que una concepción universalista de las normas/razones jurídicas, efectivamente, se compromete con la idea de que ellas se expresan mediante condicionales inderrotables. Sin embargo, puede dar cuenta de la existencia de conflictos entre normas universales en los que la decisión no se toma necesariamente con la discrecionalidad fuerte que sugiere el escéptico, o sobre la base de propiedades no determinables *ex ante*, como sugiere el particularista. En suma, las situaciones de conflicto pueden ser resueltas en modo coherente con una concepción universalista de las normas que conforman un sistema jurídico.

### 1. ¿Con qué nos comprometemos cuando configuramos el derecho como un sistema de normas universales?

Rodríguez sostiene correctamente que, conforme a la tesis del universalismo, las razones que las normas ofrecen tienen relevancia uniforme e invariable. Ahora bien, esto supone que un sistema de normas/razones universales tiene que poder identificarse en modo completo antes del momento en el que se toma una decisión. Es decir, tiene que contar con criterios que, al momento de decidir, permitan distinguir aquello que es ya relevante conforme al sistema de aquello que no lo es. Siendo así, las propiedades relevantes conforme a las normas de un sistema jurídico (i.e. en el lenguaje de Rodríguez, las propiedades descriptivamente relevantes) están *delimitadas* por tales criterios. Un sistema de normas universales es un sistema con límites. Si no se satisface esta exigencia, es decir, si el sistema jurídico es abierto y al momento de justificar decisiones admite la incorporación de propiedades que pueden desplazar a aquellas que el sistema incluye como relevantes, no es posible sostener que las razones que ofrece sean uniforme e invariablemente relevantes<sup>5</sup>.

Asimismo, Rodríguez correctamente advierte que la uniformidad e invariabilidad de la relevancia de una razón no implican la insuperabilidad de la misma. Este es un punto crucial y significa que el peso o relevancia práctica (uniforme e invari-

---

<sup>5</sup> Esto significa que el sistema cuenta con una tesis de relevancia; lo cual no implica que cuente con lo que se ha denominado una “tesis de relevancia última”. La noción de tesis de relevancia última expresa una idea absurda que el universalismo no tiene por qué asumir. Con respecto a la idea de tesis de relevancia, véase Alchourrón y Bulygin 1971:103-105. Con respecto a la idea de tesis de relevancia última Cfr. Celano 2002: 236. También Redondo 2005: 152-156.

able) de una propiedad puede ser menor al peso o relevancia práctica (invariable y uniforme) de otra propiedad. Motivo por el cual, en caso de conflicto, lo que una razón exige podría ser superado por lo que exige otra razón, sin que la primera vea alterada, y menos aún eliminada, su relevancia (uniforme e invariable). Esto implica, por una parte, que la noción de razón universal, o universalmente relevante, no tiene que equipararse con la noción de razón concluyente. Una razón universal no es tal porque determina el veredicto, una vez considerados todos los factores relevantes. Que una razón sea universal no significa que ella “vence” en un balance concreto entre distintas razones aplicables. Del mismo modo, la noción de razón universal tampoco tiene que equipararse con la de razón con peso absoluto o insuperable. Una razón universal no es tal porque sea invencible o porque necesariamente siempre prevalezca sobre otras razones en caso de conflicto. La idea de universalidad de la relevancia no dice nada acerca cuál sea la específica fuerza de una razón.

En síntesis, conforme al universalismo, si la presencia (o ausencia) de una propiedad P es una razón a favor (o en contra) de  $\emptyset$  entonces, en cualquier circunstancia, la presencia (o ausencia) de P tendrá el *mismo valor* a favor (o en contra) de  $\emptyset$ . Esto equivale a decir que ella ha de configurarse como una norma universal. A su vez, si un sistema jurídico se concibe como un conjunto de normas/razones universales, ellas han de ser expresadas mediante condicionales inderrotables. Estos condicionales ciertamente admiten excepciones, pero *solo* sobre la base de un conjunto de propiedades delimitables *ex ante*.

Rodríguez, en principio, caracteriza adecuadamente a las razones y a las normas conforme a una posición universalista. Sin embargo, afirma también que una concepción universalista de la justificación de decisiones «obliga a asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y *consistente* de los contenidos regulados por las normas generales»<sup>6</sup>. En tal sentido, según Rodríguez, el desafío que debe enfrentar el universalista es cómo puede ser posible «elaborar una reconstrucción completa de todas las normas y de todos los criterios para resolver posibles conflictos entre ellas»<sup>7</sup>. Respecto de este tema, una primera pregunta que se podría formular a Rodríguez es por qué una posición universalista estaría constreñida a sostener que todo sistema de normas universales es, por esta misma razón, consistente o, en modo necesario, carente de conflictos, i.e. debe ofrecer criterios que los resuelvan.

Si entendemos que el universalismo se compromete con estas tesis, ciertamente, emergen consecuencias inaceptables. En primer lugar, y tal como señala Rodríguez, esta posición se enfrenta a una objeción insuperable. Concretamente, se enfrenta a «la imposibilidad de ofrecer una reconstrucción de todas las propiedades generales normativamente relevantes que *permita efectuar frente a cada caso un balance perfecto* entre todas las normas concebibles para *determinar qué se debe hacer considerando*

<sup>6</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 691. El cursivo es añadido.

<sup>7</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 690.

*todos los factores relevantes*»<sup>8</sup>.

En segundo lugar, pareciera que tenemos que aceptar un (a mi juicio falso) dilema: o bien el sistema ofrece «una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las normas generales, reconstrucción que parece inalcanzable; o bien solo es posible la ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional»<sup>9</sup>.

Estas dificultades llevan a Rodríguez a la conclusión de que el modelo universalista de justificación de las decisiones normativas no es del todo adecuado, justamente, porque no logra ofrecer «un balance perfecto» que determine lo que se debe hacer en cada caso, todo considerado. Consecuentemente, según Rodríguez: «La justificación práctica debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y *abierto a la reconsideración de las razones en juego*»<sup>10</sup>.

Esta última conclusión, si bien no es muy clara, aparece como una renuncia explícita a una concepción universalista de las razones y del modo de justificar las decisiones jurídicas. El universalismo no admite que la justificación esté *abierto a la reconsideración de las razones en juego*.

En mi opinión, en primer lugar, el universalismo no tiene por qué responder a la objeción mencionada por Rodríguez. Comprometerse con una visión universalista de las normas jurídicas no es comprometerse con la idea de que ellas determinan un veredicto, i.e. aquello que se debe hacer en cada caso concreto, *todo considerado*. Las normas resuelven casos genéricos. El veredicto final o aquello que concluyentemente se debe hacer en cada caso individual, si concurren diversas normas aplicables, dependerá de un balance, el cual, en una visión universalista, ha de resolverse: (i) sin incorporar propiedades no previstas como relevantes en el sistema, (ii) sin modificar el valor de las propiedades relevantes. El que todas las propiedades descriptivamente relevantes de un sistema deban poder ser identificadas *ex ante* no significa que todos los veredictos o razones concluyentes tengan que poder ser identificados *ex ante*. Si no se advierte esta diferencia se está confundiendo la noción de razón con relevancia uniforme e invariable con la noción de razón concluyente. A su vez, se está atribuyendo erróneamente al universalismo la tesis del noble sueño Dworkiniano. Un sistema de normas universales no es necesariamente coherente ni determina balances perfectos. Estas ideas son sí mismas altamente implausibles, pero, además, no son parte de lo que el universalismo sostiene. En tal sentido, el universalista no tiene por qué responder a un objetor que presupone, incorrectamente, que ellas están implícitas en su propuesta.

En segundo lugar, si el universalismo puede dar cuenta de las situaciones de conflicto, no hay solo dos modos de razonar sobre la base de normas. Es decir, no tene-

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 692. El cursivo es añadido.

<sup>9</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 691.

<sup>10</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 693. El cursivo es añadido.

mos por qué aceptar un dilema según el cual, o bien las normas determinan siempre un veredicto y excluyen todo tipo de discrecionalidad por parte del decisor, o bien ellas se consideran derrotables, especificables al momento de la aplicación sobre la base de consideraciones contextuales, extrasistemáticas, decididas mediante la discrecionalidad fuerte del decisor. En rigor, existe una tercera opción: quien decide goza de una discrecionalidad débil, limitada o circunscripta. Es verdad que las normas universales no siempre determinan un veredicto. Y, en efecto, en los casos de conflicto dicho veredicto está indeterminado y depende de una evaluación discrecional acerca de cuál criterio de preferencia adoptar. Sin embargo, en una visión universalista, la elección está circunscripta y el veredicto en cuestión debe siempre basarse en el conjunto de propiedades relevantes preestablecidas que no dependen de la discrecionalidad del decisor. En el último punto de este comentario ofreceré un ejemplo en el que se muestra que esto es posible.

Lo dicho no niega que, de hecho, los conflictos se puedan resolver en la forma fuertemente discrecional que sostiene Rodríguez. Nada puede impedirlo y ello no está en discusión. Los puntos que interesa destacar son dos: por una parte, no es correcto afirmar que en los casos de conflicto la decisión del veredicto supone necesariamente una decisión fuertemente discrecional en la que el decisor atribuye relevancia a propiedades hasta el momento irrelevantes. La decisión podría estar aun exclusivamente basada en el conjunto de propiedades descriptivamente relevantes del sistema. Por otra parte, para una posición universalista como la que asume Rodríguez, sostener que los conflictos genuinos se resuelven necesariamente mediante una decisión discrecional en sentido fuerte no es una tesis disponible. Concretamente supone conceder que las normas que componen el sistema jurídico no ofrecen razones universales puesto que, en el caso concreto, su relevancia puede ser dejada de lado en virtud de propiedades no predeterminadas por el sistema de referencia.

En síntesis, la tesis de la uniformidad e invariabilidad de la relevancia no implica contar con balances predeterminados y es incompatible con que la decisión final acerca de lo que se debe hacer sea diferente en casos individuales diferentes. El compromiso asumido por la posición universalista es que la relevancia de las razones está preestablecida por normas universales, no emerge del caso individual de aplicación ni es alterable en virtud de las características de cada caso individual. Todo ello, a pesar de que una razón universalmente relevante puede no determinar el veredicto, o hacerlo solo parcialmente. A esto se refieren diversos autores cuando sostienen que las razones, aun cuando sean superadas en casos de conflicto, conservan una fuerza residual, la cual justifica sentimientos de remordimiento o pesar, como así también medidas colaterales de compensación<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, Williams 1973: 175; Kagan 1989: 17. Hurley 1989: 125-135.

## 2. ¿Normas universales derrotables al momento de su aplicación?

Si lo dicho es correcto, conforme a una concepción universalista de las normas jurídicas es imprescindible advertir una diferencia crucial entre la anulación de la relevancia de una razón y la superabilidad de su peso por parte de otras razones. Una norma universal no necesariamente expresa una razón de peso absoluto o insuperable, consecuentemente es totalmente compatible con la admisión de que, en caso de conflicto, ella no prevalezca frente a otras de mayor relevancia. Sin embargo, si una norma expresa una razón uniforme e invariablemente relevante ella no puede ser cancelada o anulada mediante la introducción de excepciones no predeterminables. La superabilidad de la relevancia de una razón presupone su relevancia, la introducción de excepciones no predeterminables, significa que la norma deviene inaplicable y conlleva la pérdida total de su relevancia práctica.

En otro contexto he sostenido que la distinción que acabo de mencionar entre anulación y superabilidad de la relevancia de las normas exige discriminar entre un problema de la derrotabilidad en sentido lógico y un problema de derrotabilidad en sentido sustancial<sup>12</sup>. El primer problema es de carácter formal y pone una pregunta acerca del tipo de condicionales que permiten expresar normas universales. Es decir, acerca del tipo de condicional apto para formular razones uniforme e invariablemente relevantes. El segundo problema pone una pregunta acerca del efectivo peso de estas razones que las normas expresan y su capacidad para determinar un veredicto. Es decir, si las normas universales son razones de peso insuperable o superable y, en esta última hipótesis, si ocasionalmente su relevancia es concluyente o no.

Rodríguez no considera acertado distinguir un problema de derrotabilidad/inderrotabilidad en sentido lógico o formal y otro sustantivo. Su rechazo se sostiene, por una parte, en que «[l]a introducción de condicionales derrotables para la representación formal de la estructura de ciertas normas ha estado, entre otras cosas, motivada precisamente por la intención de dar cuenta de la distinta fuerza en el razonamiento práctico que ellas pueden tener»<sup>13</sup>. Asimismo, conforme señala Rodríguez, la distinción mencionada no puede basarse –tal como yo había sugerido– en aquella existente entre aplicabilidad interna (que se vincularía con el problema lógico del carácter derrotable/inderrotable del condicional que expresa la norma) y aplicabilidad externa (que se vincularía con la cuestión sustantiva relativa al peso derrotable/inderrotable de la razón que la norma expresa). En efecto, la distinción entre aplicabilidad interna y externa es sumamente ambigua, motivo por el cual lleva razón Rodríguez en que no podemos apoyarnos en ella. Al menos, no podemos hacerlo sin introducir muchas aclaraciones previas. Ahora bien, la idea central es que una concepción universalista de las normas jurídicas –y el positivismo

<sup>12</sup> Redondo 2018: 101.

<sup>13</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 742.

jurídico que se compromete con dicha tesis—, necesita hacer la distinción entre la admisión de *excepciones no predeterminables*, lo cual supone el carácter abierto del antecedente de la norma, y la admisión de *conflictos*, lo cual supone solo el carácter abierto del veredicto final que resuelve un caso individual. Estos son dos tipos de problema que no pueden asimilarse sin caer en contradicción con la tesis del universalismo, que rechaza lo primero, pero admite lo segundo. El que la distinción entre aplicabilidad interna/externa no permita echar luz sobre la distinción entre el problema de la derrotabilidad de los condicionales que expresan normas y el de la superabilidad de la fuerza o relevancia práctica de tales normas no quiere decir que esta última distinción sea insustancial.

En discrepancia con la distinción entre un sentido lógico-formal y un sentido sustantivo de derrotabilidad, Rodríguez sostiene que el mismo problema de derrotabilidad puede presentarse en momentos diferentes: en el momento de la identificación o en el de la aplicación de las normas<sup>14</sup>. Asimismo, si bien en principio acepta la diferencia entre casos de excepción (en el momento de la identificación) y de conflicto (en el momento de la aplicación) sostiene que ambos problemas, en realidad, se expresan del mismo modo: apelando al recurso técnico de representar las normas como condicionales derrotables. En tal sentido, al criticar mi propuesta, Rodríguez sostiene que «el recurso técnico de acudir en la representación formal de las normas a condicionales derrotables puede ser un vehículo adecuado para dar cuenta precisamente del mayor o menor peso de una norma frente a otras»<sup>15</sup>.

Esta tesis es problemática. En primer lugar, es problemático representar del mismo modo dos problemas diferentes, sin sugerir que son el mismo. En segundo lugar, es especialmente problemático hacerlo en una visión universalista. Sostener que para dar cuenta del mayor o menor peso de una norma es adecuado expresarla mediante un condicional derrotable no es compatible con el universalismo y dicha incompatibilidad no se salva introduciendo la distinción entre «derrotabilidad en la identificación» y «derrotabilidad en la aplicación», puesto que también esta propuesta es altamente cuestionable. Salvo que la palabra «derrotabilidad» se esté usando ambiguamente y aluda a propiedades diferentes, independientemente de que se acepte o no una concepción universalista, es sorprendente sostener que las normas carecen de dicha propiedad al momento de su identificación y la adquieren al momento de su aplicación.

Es verdad que la palabra «derrotabilidad» se utiliza ambiguamente para hacer referencia a muchos problemas diversos. Sin embargo, en la distinción propuesta por Rodríguez la palabra «derrotabilidad» se usa siempre con el mismo significado. Si un condicional es derrotable significa que admite excepciones no predeterminables. Decir que las normas universales admiten este tipo de excepciones frustra la idea universalista,

---

<sup>14</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 745.

<sup>15</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 742.

y es indiferente que ellas se introduzcan al momento de la identificación o al momento de su aplicación. Sostener que las normas jurídicas, universales en su identificación, al momento de ser aplicadas funcionan como sugiere el particularismo es desconcertante. Conforme al universalismo, las normas se expresan mediante condicionales inderrotables y un condicional inderrotable no deja de ser tal al momento de su aplicación.

En síntesis, al admitir que los problemas de «derrotabilidad en la aplicación» (i.e. de peso o fuerza) se expresan mediante el «recurso técnico» de los condicionales derrotables, involuntariamente, se admite que las razones que dichas normas expresan no son uniforme e invariablemente relevantes, puesto que, en el momento de su aplicación, toleran la introducción de excepciones no predeterminables.

Rodríguez no pretende avalar ni una concepción escéptica ni una concepción particularista del razonamiento justificativo de los jueces. En su opinión, debemos admitir la existencia de conflictos, es decir, debemos descartar el noble sueño Dworkiniano, pero también rechazar la idea de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales son siempre discrecionales. Después de un detallado debate sobre la derrotabilidad que no es posible reseñar en este comentario, Rodríguez admite que, si un sistema jurídico no contiene una regla de clausura de la relevancia, en el momento de la aplicación, a los jueces no estaría jurídicamente vedado decidir sobre la base de propiedades que no son descriptivamente relevantes en el sistema de referencia. Ahora bien, en su opinión, esta posibilidad «solo permite sostener que las calificaciones normativas que se siguen de las normas promulgadas son derrotables en su aplicación a casos particulares de conformidad con *consideraciones normativas extrasistemáticas* que los órganos jurisdiccionales podrán tomar en cuenta para justificar sus decisiones»<sup>16</sup>.

Dos breves comentarios son pertinentes al respecto. En primer lugar, si un sistema jurídico no contiene una regla de clausura de la relevancia, en efecto, no califica como jurídicamente prohibida la posibilidad de derrotar sus normas conforme a consideraciones normativas extrasistemáticas. Sin embargo, conviene subrayar que esto es contingente y no es lo que está en discusión en el debate acerca de qué tipo de razones ofrece el derecho. El universalismo no sostiene que los sistemas jurídicos impongan el deber de razonar en modo universalista. Es decir, que contengan una norma de clausura que prohíbe jurídicamente tomar decisiones sobre la base de propiedades no descriptivamente relevantes. Así como el particularismo tampoco sostiene que exista una permisión jurídica, fuerte o débil, al respecto. El universalismo y el particularismo, aplicados al ámbito jurídico, discrepan acerca del alcance y la fuente de la relevancia de las razones que justifican decisiones jurídicas, independientemente de qué normas el sistema jurídico contenga. En segundo lugar, Rodríguez no parece advertir que, desde una perspectiva universalista, el hecho de que las excepciones abiertas y no enumerables que las normas jurídicas admitirían al momento de su aplicación sean de carácter extrasistemático es irrelevante. El punto decisivo es que se

---

<sup>16</sup> Rodríguez 2021: 746.

admite que las normas jurídicas «son derrotables en su aplicación a casos particulares», es decir, pueden ser excepcionadas sobre la base de consideraciones no previsibles ni identificables conforme a los criterios que el sistema ofrece. En esta hipótesis, las normas jurídicas no ofrecen razones de relevancia uniforme e invariable ya que pueden perderla totalmente cuando se confrontan con razones extrasistemáticas.

### **3. ¿Los casos de conflicto requieren incorporar nuevos criterios de preferencia, así como atribuir relevancia normativa a circunstancias antes irrelevantes?**

En este último apartado me interesa aplicar cuanto ha sido dicho hasta aquí a casos de conflicto entre normas. Al respecto, es interesante el ejemplo propuesto por Rodríguez en el que la Corte argentina debe decidir entre proteger el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad de información<sup>17</sup>. Concretamente, cabe notar cómo en el razonamiento de la Corte subyace una concepción universalista de las normas involucradas. En su visión, si bien es exigible evitar una interpretación de las disposiciones constitucionales que dé lugar a normas contradictorias, ella está llamada a resolver un genuino conflicto, justamente porque la constitución no establece criterios para preferir entre el principio que ampara el derecho a la intimidad y aquel que protege la libertad de información. Según la Corte, la resolución de un caso en el que ambas normas se aplican debería hacerse en modo tal que «deje a todas con valor y efecto [...]; las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras»<sup>18</sup>.

De hecho, en sistemas como el ordenamiento argentino normalmente se acepta una directiva interpretativa sistemática según la cual no se debería conferir a las disposiciones jurídicas un significado que produzca contradicciones o de lugar a conflictos. Rodríguez reconoce la diferencia entre contradicción y conflicto, como así también la sensatez de la directiva interpretativa sistemática tendiente a evitar ambos problemas. En todo caso, como señala Rodríguez, si en el sistema jurídico hubiese criterios de preferencia incondicional, ellos establecerían una jerarquía completa y determinable con antelación al caso concreto, con lo cual, el conflicto se diluye. Por ejemplo, esta sería la situación si el derecho argentino estableciese – imaginemos – que el sistema republicano consagrado en la constitución exige que la libertad de información sea siempre preferida a la intimidad de un individuo. En esta hipótesis, la norma que protege la libertad de información tendría que ser configurada como estableciendo una excepción a la norma que protege la intimidad. O, en otros términos, debería admitirse que el principio que protege la intimidad contiene una

<sup>17</sup> CSJN, Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S. A. s/daños y perjuicios, Sentencia de 11 de diciembre de 1984, Fallos, 306: 1892. Cfr. Rodríguez 2021: 406 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 407.

excepción o especificación: se protege la intimidad siempre y cuando no esté en juego la libertad de información. El conflicto entre estos dos derechos es meramente aparente porque el sistema establece un criterio de preferencia incondicional.

Ahora bien, por hipótesis, no existen criterios de preferencia incondicional entre normas constitucionales. Sin embargo, es posible que existan criterios de preferencia *condicional*. Este tipo de criterios no establece una jerarquía general entre los principios pero sí permite justificar una ordenación frente a cada caso individual, atendiendo a si se verifican o no las circunstancias relevantes a las cuales está condicionada la preferencia. Para ejemplificar este tipo de preferencia condicional, Rodríguez toma en consideración un caso, analizado por Moreso, en el que se resuelve un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información<sup>19</sup>. Conforme a la reconstrucción de Moreso, tres son las condiciones relevantes que según el Tribunal Constitucional español deben verificarse en un caso individual para poder establecer una preferencia: a) que la información sea veraz, b) que tenga relevancia pública y c) que no sea injuriosa. Solo si se verifican estas circunstancias, la norma que protege la libertad de información se prefiere respecto de la que protege el honor, y determina el veredicto.

Según Rodríguez, en la medida en que se basa en propiedades genéricas (veracidad, relevancia pública y carácter no injurioso), la operación de ponderación o el establecimiento de preferencias condicionales es todavía compatible con el universalismo. Sin embargo, no deja de ser discrecional en un sentido fuerte. En sus palabras: «La operación no deja por esto de resultar discrecional, dado que implica incorporar al sistema de normas aplicables criterios de preferencia para resolver el conflicto que *no existían antes de las decisiones adoptadas, así como atribuir relevancia normativa a circunstancias antes irrelevantes*»<sup>20</sup>.

Supongamos que Rodríguez está en lo cierto y que, en el caso analizado por Moreso, las tres propiedades señaladas no son relevantes *conforme al derecho español*, sino que el Tribunal Constitucional decide atribuirles relevancia sin guiarse por lo que el sistema jurídico establece y ejercitando una discrecionalidad en sentido fuerte. Esto significa que la decisión no ha sido tomada sobre la base del conjunto de propiedades que, conforme a los criterios ofrecidos por el sistema, cabe identificar como uniforme e invariablemente relevantes. Así descrito, el fallo ejemplifica claramente, o bien una tesis particularista, o bien una escéptica. En tal sentido, Rodríguez nos debe una explicación de en qué sentido puede ser conciliado con un compromiso universalista. Debe recordarse que la generalidad semántica no es sinónimo de relevancia práctica universal. Y, de hecho, ni un escéptico ni un particularista están constreñidos a negar que en la justificación de decisiones individuales se invoquen propiedades generales.

No obstante, casos como el mencionado pueden todavía resolverse en modo

<sup>19</sup> Moreso 2002: 19-34. Cfr. Rodríguez 2021: 451.

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 452.

compatible con el universalismo. En primer lugar, en la hipótesis de que el sistema no cuenta con ningún criterio de preferencia entre las normas involucradas, la decisión discrecional acerca de cuál utilizar no implica que la preferencia tenga que establecerse atribuyendo relevancia a propiedades antes consideradas irrelevantes. Es decir, la preferencia todavía puede establecerse teniendo en cuenta solo propiedades descriptivamente relevantes. Supongamos que, conforme a un imaginario sistema jurídico, a los fines de la mayor o menor protección de la intimidad sea preciso distinguir entre actos privados y actos íntimos en sentido estricto, como así también sea requerido tener en cuenta si las personas cuya privacidad/intimidad está involucrada tienen o no una fuerte exposición pública, al momento de la interferencia. Ahora bien, supongamos una situación como la del caso Balbín presentado por Rodríguez, en la que son aplicables tanto la norma que protege la intimidad como la que consagra la libertad de información. La hipótesis es que el sistema en cuestión no ha incorporado aún ningún criterio de preferencia entre estas dos normas. Si una Corte debe decidir, deberá incorporar uno. Sin embargo, si se asume que el sistema jurídico delimita un conjunto de propiedades universalmente relevantes, la Corte puede establecer la preferencia sobre la base de propiedades antes mencionadas que son ya relevantes en el sistema. Supongamos: si la información afecta la intimidad en sentido estricto de una persona que al momento de la interferencia no ostentaba un rol público, prevalece el derecho a la intimidad. En otras palabras, es verdad que en esta hipótesis se introduce una prioridad o preferencia que hasta ese momento no existía, pero es también verdad que ella se puede establecer, y de hecho en el ejemplo se establece, sobre la base de propiedades descriptivamente relevantes. No es necesario atribuir relevancia a otras no previstas.

Cabe acotar que, cuando la práctica judicial ha ya aceptado un criterio de preferencia condicional como el que acabo de imaginar entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, o como el que menciona Moreso respecto de la libertad de información y el derecho al honor, es dable inferir que, en lo sucesivo, los jueces tienen ya a disposición uno para resolver las situaciones de conflicto entre estos derechos. En realidad, no existiría ya un genuino conflicto puesto que, salvo que se asuma una posición extremadamente formalista, puede decirse que el sistema ha incorporado un criterio que ordena las normas afectadas sobre la base de la presencia o ausencia de las propiedades mencionadas.

Por último, es también posible el escenario en el que la práctica judicial haya incorporado diversos criterios de preferencia condicional. En esta hipótesis, en la medida en que distintos criterios conduzcan a veredictos contrastantes, el conflicto subsiste. Por ejemplo, supongamos que en el sistema de referencia haya dos criterios incorporados. Por una parte, se acepta C1: si está involucrada una persona con fuerte exposición pública debe, ante todo, protegerse la libertad de información. Pero, al mismo tiempo, se acepta C2: si está involucrado un menor, en primer lugar, debe salvaguardarse su intimidad. Consecuentemente, en el hipotético caso en

el que se discuta sobre la divulgación de una información que afecta la intimidad de un menor con fuerte exposición pública, los criterios existentes no determinan un veredicto único. Conforme a C1 debe darse prioridad a la libertad de información. Conforme a C2 debe darse prioridad a la intimidad del menor. No obstante, tampoco en esta hipótesis el decisor está constreñido a incorporar ni nuevas propiedades ni nuevos criterios de preferencia. En rigor, puede limitarse a elegir entre los dos que el sistema ya le ofrece. Puede elegir si aplica solo C1, solo C2 o, si fuese posible, ambos contemporáneamente. De hecho, podría tomar una medida que satisfaga al mismo tiempo la libertad de información y la intimidad del menor, o bien, imponer acciones diferentes, cada una de ellas destinada a resguardar cada uno de los derechos, y que reflejen la respectiva importancia o urgencia de los mismos. La elección es ciertamente discrecional, pero a la vez limitada: está circunscripta a elegir entre los únicos dos criterios C1 y C2 que el sistema ha incorporado. En otras palabras, el veredicto final puede apoyarse *solo* en propiedades y en criterios de preferencia preestablecidos, cuya relevancia no emerge del caso individual. A su vez, cabe notar que los criterios de preferencia no generan una especificación del antecedente de las normas. En rigor, si aceptásemos que los criterios de preferencia condicional generan excepciones (i.e. introducen nuevas condiciones de aplicación), deberíamos concluir que, en esta hipótesis, resultarían dos especificaciones incompatibles entre sí. Conforme a C1 la libertad de información constituye una excepción al derecho a la intimidad. Conforme a C2 el derecho a la intimidad constituye una excepción a la norma que protege la libertad de información. En otras palabras, si hay una pluralidad de criterios que conducen a veredictos incompatibles entre sí, y el conflicto permanece. En todo caso, la decisión que deberán tomar los jueces será discrecional solo en sentido débil puesto la elección estaría circunscripta a las opciones que el sistema ya prevé.

En síntesis, una posición universalista debe rechazar lo que propone Rodríguez. Los casos de genuino conflicto no implican necesariamente la incorporación de nuevos criterios de preferencia ni la atribución de relevancia a propiedades hasta ese momento irrelevantes. Desde la perspectiva de un modelo universalista, un sistema jurídico conecta un conjunto delimitado de propiedades uniforme e invariablemente relevantes a un conjunto también delimitado de consecuencias normativas. En la hipótesis de conflicto, es decir, cuando en virtud de las características del caso individual el sistema permite inferir distintos veredictos incompatibles, sin ofrecer un criterio de preferencia, o estableciendo distintos criterios que justifican nuevamente veredictos incompatibles, los órganos competentes para establecer dicho veredicto deberán necesariamente operar una decisión discrecional acerca de cuál criterio de preferencia aplicar; sin embargo, la decisión final no siempre exige incorporar un criterio nuevo, y en ningún caso tiene por qué apoyarse en propiedades que no sean ya descriptivamente relevantes en el sistema.

**Referencias bibliográficas**

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, New York-Wien, Springer-Verlag.
- Celano, B. (2002). *Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*, «Ragion pratica», 18, 223-239.
- Hurley, S.L. (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*, OUP, Oxford.
- Kagan, S. (1989). *The Limits of Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Moreso, J.J. (2002). *Conflitti tra principi costituzionali*, «Diritto & questioni pubbliche», 2, 19-34.
- Redondo, M.C. (2005). *Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso*, «Discusiones», 5, 129-192.
- Redondo, M.C. (2018). *Positivismo jurídico «interno»*, Ljubljana, Revus.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.
- Williams, B. (1973). *Ethical Consistency*, in Id., *The Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 166-186.



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

Jorge L. Rodríguez\*

## Resumen

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

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

## Abstract

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

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

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

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

## 1. La reconstrucción racional de los derechos.

### Respuesta a Miguel Fernández Núñez

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

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

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

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

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

En segundo lugar, Fernández sostiene que un modelo conceptual tendría, por una parte, una dirección de ajuste *mente a mundo*, es decir, poseería carácter descriptivo, pero, por otra parte, tendría también una dirección de ajuste *mundo a mente*, esto es, tendría carácter normativo<sup>1</sup>. Dadas estas dos dimensiones, el teórico podría potenciar o mitigar las aspiraciones continuistas o las aspiraciones reformadoras. Creo que esta idea merece ser precisada. A mi juicio no es posible que un acto de habla simple tenga carácter descriptivo y prescriptivo a la vez, esto es, una dirección de ajuste lenguaje/mente al mundo y del mundo al lenguaje/mente. Pero sí es posible que en ciertas actividades complejas se puedan encontrar ambas actitudes, y esto es lo que ocurre, entre otras cosas, con la reconstrucción racional de conceptos y con la interpretación.

En el caso de la interpretación, ella parece recoger dos actitudes en tensión o conflicto. Por una parte, la interpretación es un proceso que busca descubrir o recuperar el significado de algo que se presupone objetivo, un *original* que ha de ser interpretado, cuyo sentido debe ser aclarado, explicado o descubierto para quienes lo ignoran o no son conscientes de él, lo que parece corresponderse con una dirección de ajuste del lenguaje al mundo. En este sentido, la interpretación sería algo diferente de una pura invención. Por otra parte, sin embargo, cuando se hace referencia a la interpretación de un cierto original, ordinariamente no se identifica esa actividad con su mera reproducción sino que, por el contrario, se asume que la actividad interpretativa tiene necesariamente un aspecto creativo o innovativo<sup>2</sup>, lo que parece corresponderse con una dirección de ajuste del mundo al lenguaje. Esas dos actitudes, llevadas a sus extremos, conducen a dos diferentes y antitéticas concepciones de la interpretación: la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la indeterminación radical. La adopción de una posición intermedia, representada por la tesis de la indeterminación parcial, que es la que he defendido en *TAD*, supone que la interpretación es una operación cognoscitiva, con dirección de ajuste del lenguaje al mundo, frente a los casos claros, en tanto que se trataría de una operación no cognoscitiva, decisoria y discrecional, con dirección de ajuste del mundo al lenguaje, frente a los casos difíciles o problemáticos.

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

---

<sup>1</sup> Sobre la idea de dirección de ajuste, véase Anscombe 1957: 56.

<sup>2</sup> Cfr. Raz 1995.

dos etapas en este proceso<sup>3</sup>, podría decirse que la etapa previa, consistente en la elucidación informal del concepto impreciso, busca explicar con la mayor rigurosidad posible el alcance del término, es decir, explicitar su significado haciendo referencia eventualmente a la diversidad de usos que pudiera poseer. Esa etapa sí tendría una dirección de ajuste del lenguaje al mundo. La segunda, en cambio, que es la central del proceso de reconstrucción racional, consistente en la introducción de un nuevo concepto más preciso que el anterior, con aspiración del máximo de fecundidad, semejanza y sencillez, posee por el contrario una dirección de ajuste del mundo al lenguaje.

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

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

Estas diferencias no me parecen muy convincentes. En realidad, el proyecto kelseniano también tiene aspiraciones profundamente transformadoras respecto de las distinciones de la dogmática jurídica tradicional, que asumen presupuestos fuertemente ligados al iusnaturalismo. Si bien Kelsen toma expresiones usuales en el discurso de los juristas, les asigna un significado profundamente diferente al caracterizar todos los conceptos jurídicos básicos a partir del concepto de sanción coactiva<sup>4</sup>; rechaza la idea de actos ilícitos como actos malos en sí mismos y los define como los realizados por aquella persona contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige una sanción como consecuencia en una norma jurídica<sup>5</sup>; cuestiona la concepciones de las obligaciones en términos de una vinculación psicológica del

---

<sup>3</sup> Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 11 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Kelsen 1979: 123-124.

<sup>5</sup> Cfr. Kelsen 1979: 126-129.

obligado<sup>6</sup>; rechaza la caracterización de los derechos subjetivos como correlatos de deberes morales<sup>7</sup>; identifica las nociones de capacidad, competencia e imputabilidad<sup>8</sup>, y eso solo para indicar algunos puntos en los que la reconstrucción kelseniana se aparta de manera radical de la dogmática jurídica tradicional. Por ello, me parece muy discutible interpretar que el modelo de Hohfeld es más reformador que el de Kelsen.

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

Discrepo también en este punto con Fernández. A mi juicio el modelo kelseniano no solo permite dar cuenta de todas las situaciones normativas que reconstruye Hohfeld sino de muchas más, con lo cual resulta muchísimo más fecundo que el del profesor norteamericano. El mérito mayor de la reconstrucción de Hohfeld fue presentar un modelo simplificado de análisis de ocho conceptos o posiciones jurídicas a través de relaciones simétricas. Como todo modelo simplificado, esa simetría se logra forzando algunas situaciones. Por ejemplo, mientras el concepto de libertad o privilegio puede caracterizarse por oposición al (contradicción con el) concepto de deber, el de incompetencia por oposición al de competencia y el de inmunidad por oposición al de sujeción, no hay ningún concepto jurídico que resulte opuesto al de derecho como pretensión, lo que obliga a Hohfeld a introducir su noción de no-derecho, un concepto inventado al solo efecto de preservar la simetría del modelo<sup>9</sup>. Por otra parte, mientras lo opuesto a un derecho sería este concepto inventado de no derecho, lo opuesto a la competencia sería la incompetencia y lo opuesto a la sujeción sería la inmunidad, lo opuesto a una libertad o privilegio no es un deber, sino un deber de abstenerse<sup>10</sup>. Con todo, más allá de estas cuestiones de detalle, el modelo es verdaderamente elegante.

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

<sup>6</sup> Cfr. Kelsen 1979: 130.

<sup>7</sup> Cfr. Kelsen 1992: 38.

<sup>8</sup> Cfr. Kelsen 1979: 157 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Hohfeld 1913: 54.

<sup>10</sup> Cfr. Hohfeld 1913: 51.

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

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

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

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

## 2. Competencia, reglas determinativas y sistemas constitutivos.

### Respuesta a Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos

Alejandro Calzetta y Julieta Rabanos examinan críticamente mi posición en torno a tres temas vinculados: las reglas constitutivas, las reglas que confieren potestades y el concepto de competencia o potestad jurídica. Consideran que mi posición sobre estos temas es “*más limitada de lo que debería ser*”, sosteniendo que habría rechazado de manera demasiado apresurada la noción de regla constitutiva. A criterio de los autores, más allá de las dificultades de la caracterización de Searle de las reglas constitutivas<sup>11</sup>, existirían reconstrucciones alternativas, como la de Amedeo Conte<sup>12</sup>, que debería haber considerado y, en todo caso, que ese rechazo no debería centrarse en el problema de que las reglas constitutivas “*regulen y constituyan a la vez*”, puesto que tal cosa podría explicarse satisfactoriamente en términos de sistemas constitutivos complejos. Estas dos ideas, esto es, concebir a las reglas constitutivas de acuerdo con el modelo de Conte y centrar la atención en sistemas complejos de tales reglas permitirían, a juicio de Calzetta y Rabanos, ofrecer una caracterización más adecuada de las reglas que atribuyen potestades jurídicas. Por todo ello concluyen sugiriéndome que me reconcilie con la noción de regla constitutiva y adopte la noción de sistema constitutivo como elemento fundamental para un análisis adecuado de los conceptos jurídicos.

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

En primer lugar, con respecto a mi rechazo a la noción de regla constitutiva, es correcto tal como puntualizan Calzetta y Rabanos que el objeto de mis críticas en el capítulo I de *TAD* ha sido la caracterización de tales reglas por parte de Searle y el modo en el que traza la distinción con las reglas regulativas. Las objeciones que he puntualizado allí son centralmente dos, que fueran resaltadas por Raz<sup>13</sup>: que el criterio de distinción que propone Searle tiene la implausible consecuencia de que todas las reglas poseerían a la vez el carácter de regulativas y constitutivas, y que Searle no explica en qué sentido las reglas constitutivas regularían las conductas que ellas mismas constituyen.

Desde luego, el hecho de que el criterio de la distinción y la caracterización de las reglas constitutivas de Searle resulten problemáticos no empece a que, con ciertas precisiones, la distinción pueda ser mantenida. De hecho, en un trabajo más reciente escrito en colaboración con Claudina Orunesu<sup>14</sup>, luego de examinar las

---

<sup>11</sup> Cfr. Searle 1964: 55 y ss.; Searle 1969: 33 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Conte 1995.

<sup>13</sup> Cfr. Raz 1990: 108-111.

<sup>14</sup> Cfr. Orunesu y Rodríguez 2022.

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

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

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

Esta interpretación de la distinción es la que ha sido adoptada uniformemente en los estudios formales en lógica e inteligencia artificial, donde a partir de fines de los años 90’ del siglo XX se desarrollaron diferentes contribuciones al análisis de las reglas constitutivas entendidas como enunciados condicionales del tipo antes comentado<sup>15</sup>, algunos de ellos basados en la lógica modal y otro en formalizaciones alternativas. En todos esos trabajos la nota distintiva que se toma como fundamental de las reglas constitutivas es que en su reconstrucción no se emplean modalizaciones deónticas, a diferencia de las reglas regulativas.

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

---

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

válidas de los términos que definen. Por otra parte, si bien ellas no guían la conducta en el sentido de obligar, prohibir o permitir hacer algo, si alguien quiere por ejemplo jugar ajedrez, al pretender mover una torre *tiene que* seguir las reglas del juego pues, de otro modo, no estaría efectuando una jugada válida de ajedrez. De igual modo, como lo expresa Hart<sup>16</sup>, las reglas que determinan la nulidad como consecuencia de la falta de satisfacción de las condiciones fijadas para la válida producción de, por caso, un contrato o un testamento, no pretenden disuadir de realizar ciertas acciones del modo en que la imposición de sanciones pretende desalentar que se cometan ciertos actos. Pero si se pretende lograr que el derecho reconozca ciertos efectos jurídicos a un contrato o testamento, se *tienen que* satisfacer las condiciones fijadas por las normas jurídicas para el reconocimiento de esos efectos, y ese “*tienen que*” no expresaría un deber deóntico sino una necesidad práctica o institucional, creada a partir de las relaciones conceptuales establecidas por las reglas constitutivas.

Una propuesta como esta supone asimilar el par reglas regulativas/reglas constitutivas con el par prescripciones/reglas determinativas de von Wright<sup>17</sup>, porque el punto relevante para distinguirlas sería que las reglas regulativas califican normativamente ciertas acciones cuya realización es concebible con independencia de ellas como obligatorias, prohibidas o permitidas, en tanto que las constitutivas definirían o determinarían ciertas formas de interpretar las acciones, esto es, establecerían las condiciones de aplicabilidad de ciertas expresiones institucionales sin calificarlas normativamente.

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

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

<sup>16</sup> Cfr. Hart 1963: 35-36.

<sup>17</sup> Cfr. von Wright 1970: 26-27.

elementos institucionales requeriría de reglas que serían regulativas en cuanto a su estructura<sup>18</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>18</sup> Cfr. Conte 1995: 279-280.

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

TV → OA

En otras palabras, si una conducta constituye una instancia válida de cierto predicado jurídico, resultará obligatoria (o prohibida o permitida) cierta conducta o conductas. Seguramente en la práctica el otorgamiento de un testamento no generará una sino un conjunto de obligaciones o prohibiciones. Pero si no existiese al menos una conducta calificada deónticamente, otorgar testamentos sería un acto que no produciría efecto jurídico alguno<sup>19</sup>.

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

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

Calzetta y Rabanos resaltan, como adelanté, la caracterización de Conte de las reglas constitutivas, en particular el rol que ocuparían lo que Conte denomina *reglas eidético-constitutivas* (reglas A1), y sugieren que sería más adecuado conceptualizar tales reglas como un sistema o microsistema de normas en el sentido de Alchourrón y Bulygin<sup>20</sup>. Hasta aquí los propios autores observan que no existirían demasiadas diferencias entre lo que yo llamo reglas que atribuyen potestades y los sistemas constitutivos a los que ellos aluden. Sin embargo, consideran que un conjunto de reglas determinativas/constitutivas no podría por sí solo determinar o constituir de

<sup>19</sup> Rodríguez 2002: 36-37.

<sup>20</sup> Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 82-100.

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

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

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

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

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

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

### **3. Normas, interpretación y positivismo.**

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

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

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

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

Comenzando con mi modo de concebir a las normas, en el capítulo I de *TAD* he descartado la tradicional distinción entre una concepción semántica (hilética) y una concepción pragmática (expresiva) de las normas y he propuesto diferenciar lo que he denominado una concepción cognoscitiva o representativa de una concepción no cognoscitiva o adscriptiva de las normas, tomando partido por esta última. Las razones para rechazar la primera distinción y justificar la segunda están más esbozadas que desarrolladas debido a la lenta evolución de mi pensamiento al respecto. En un trabajo reciente con Pablo Navarro hemos tratado de precisar esas razones, pero el punto fundamental es que la distinción entre una concepción semántica y una pragmática, tal como la delinearán Alchourrón y Bulygin<sup>21</sup>, se apoya en un presupuesto harto discutible: que los aspectos pragmáticos del lenguaje no son parte del significado.

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

Reconozco que no he sido aquí todo lo preciso que debería haber sido, pero la verdad es que todavía no tengo una posición suficientemente elaborada sobre el punto. Se trata de una asignatura pendiente sobre la que me gustaría profundizar el análisis en el futuro. Tenemos en carpeta entre otros proyectos con Giovanni Battista Ratti un trabajo examinando el problema Frege-Geach, íntimamente ligado a esta cuestión. He examinado algunas de las propuestas teóricas recientes al respecto<sup>22</sup>, pero ninguna de ellas termina de convencerme plenamente. Lo único que me siento en condiciones de aclarar aquí es lo siguiente: refiriéndose a la distinción entre sentido y fuerza, Hart ha resaltado que una expresión como “Hay un toro detrás de usted” tiene el mismo significado o contenido ya sea que se la haya formulado como respuesta a un pedido de información o para advertir sobre un posible peligro<sup>23</sup>. Podría decirse entonces que dicha expresión se puede “usar” para hacer cosas

<sup>21</sup> Cfr. Alchourrón y Bulygin 1981.

<sup>22</sup> Cfr. Bronzo 2021; Hanks 2015, 2019; Schmitz 2018; Schmitz y Mras 2022.

<sup>23</sup> Cfr. Hart 1983: 5-6.

diversas, pese a que su significado es el mismo. Pero, como bien lo advierte Hart en el mismo párrafo, la expresión “uso” tiene muchos sentidos. En la primera alternativa considerada, la expresión “Hay un toro detrás de usted” se “usa<sub>1</sub>” solo para informar, sin ninguna intención ulterior, mientras que en la segunda alternativa la expresión se “usa<sub>1</sub>” con la intención de influir sobre la conducta del destinatario para que haga algo al advertir el peligro que esa información revela, aludiendo aquí con “uso<sub>1</sub>” a la intención del hablante, al aspecto perlocucionario del lenguaje. No obstante, en los dos casos la expresión en cuestión se “usa<sub>2</sub>” en sentido descriptivo/representativo para transmitir información, más allá de otras posibles intenciones ulteriores, y es susceptible de verdad o falsedad, aludiendo aquí con “uso<sub>2</sub>” al tipo de acto lingüístico, a la clase de uso del lenguaje, es decir, al aspecto ilocucionario del lenguaje<sup>24</sup>.

Una oración como “Está prohibido estacionar aquí” también se puede “usar” para hacer cosas diversas. Se la puede usar a) para prescribir, si es que quien la formula tiene autoridad para ello; se la puede usar b) para informarle a alguien de la existencia de una prohibición dictada por otro, pero solo por el valor de esa información (supongamos que un investigador está haciendo un relevamiento sobre en qué lugares se puede estacionar y alguien le dice “Está prohibido estacionar aquí”), o se la puede usar c) para advertirle a alguien que se expone a una sanción si estaciona en ese lugar, o para sugerirle que se busque otro lugar, esto es, para que se comporte de cierto modo sobre la base de esa información. El ejemplo de la oración “Hay un toro detrás de usted” lo único que indica es una diferencia como la que media entre b) y c): en esos dos casos, la expresión “Está prohibido estacionar aquí” es “usada<sub>1</sub>” para hacer cosas distintas: solo para informar en el caso b), para influir sobre la conducta en el caso c). En otras palabras, la diferencia que revela es una diferencia en el aspecto perlocucionario del lenguaje, lo cual no incide en el significado. Pero en ambos casos el “uso<sub>2</sub>” del lenguaje es el mismo: descriptivo/representativo. En cambio, en el caso a), la oración “Está prohibido estacionar aquí” es “usada<sub>2</sub>” en sentido prescriptivo. A diferencia de la oración “Hay un toro detrás de usted”, “Está prohibido estacionar aquí”, si bien tiene el mismo significado en los casos b) y c), no tiene el mismo significado en el caso a), porque aunque los aspectos perlocucionarios del lenguaje no hacen al significado, los aspectos ilocucionarios sí son parte del significado. En otras palabras, el significado de la expresión en los casos b) y c) es descriptivo/representativo, mientras que en el caso a) es prescriptivo. En tanto en los casos b) y c) la oración expresa una proposición normativa, en el caso a) expresa una norma, y normas y proposiciones normativas no tienen el mismo significado. Cuando sostengo que los aspectos pragmáticos son parte del significado, eso debe entenderse en el sentido de que el tipo de acto de habla cumplido por el hablante (el aspecto ilocucionario del lenguaje) es parte del significado, no así sus

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

intenciones ulteriores (el aspecto perlocucionario)<sup>25</sup>.

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

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

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

---

<sup>25</sup> Cfr. Navarro y Rodríguez 2022.

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

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

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

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

de verdad<sup>26</sup>. Contra esto sostuve que en realidad cualquier problema de subsunción individual requiere de cierta descripción del caso individual y, por ello, puede generalizarse como un problema de subsunción genérica. Cuando, por ejemplo, se duda si una norma que sanciona el robo agravado por el uso de arma cubre o no el caso de una persona que amenaza a otra con sustraerle sus pertenencias con la utilización de un arma de fuego descargada, esa duda requiere resolver la cuestión de si cualquier situación semejante en la que esté involucrado el uso de un arma de fuego descargada queda o no comprendida en el alcance de la norma, y esto puede igualmente presentarse como una duda sobre el valor de verdad del enunciado interpretativo «La disposición “Debe sancionarse con la pena x a quien se apodere de bienes ajenos mediante la amenaza de uso de un arma” significa que debe sancionarse con la pena x incluso a quien se apodere de bienes ajenos mediante la amenaza de uso de un arma de fuego descargada». De eso concluía que, si se admite que pueden existir casos claros de aplicación de las normas, entonces es necesario aceptar que al menos algunos enunciados interpretativos pueden ser verdaderos o falsos.

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

No obstante ello, también he sostenido, en crítica aquí contra Brian Leiter<sup>27</sup>, que la ambigüedad derivada de la existencia en el derecho de distintos cánones de interpretación potencialmente en conflicto, sumada a la vaguedad o textura abierta de las normas jurídicas, no necesariamente potenciaría la indeterminación del derecho. Cuando se habla de cánones de interpretación en conflicto lo que se quiere señalar es que diferentes criterios interpretativos pueden ofrecer pautas incompatibles sobre cómo resolver un mismo *caso*, de manera tal que ordinariamente los distintos

---

<sup>26</sup> Cfr. Guastini 2017: 37.

<sup>27</sup> Cfr. Leiter 2007: 117-119.

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

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

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

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

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

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

Con respecto al convencionalismo profundo, lo que he sostenido en *TAD* es que, debido al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein<sup>28</sup>, la existencia de una norma no puede estar determinada meramente por un acuerdo respecto de sus casos de aplicación, pues entonces ella no podría ofrecer ninguna pauta de corrección ya que cualquier aplicación futura podría hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasadas de acuerdo con alguna norma. El acuerdo que resulta relevante para identificar la existencia de una norma es el que recae sobre los criterios que guían su uso, lo que significa que una comunidad puede compartir ciertos criterios de corrección pese a que no exista entre sus miembros un acuerdo perfecto en sus aplicaciones y pese a que no todos puedan expresar exhaustivamente dichos criterios<sup>29</sup>. En el ejemplo que vengo utilizando, podría ser que no exista entre los intérpretes un acuerdo pleno respecto de si un arma de fuego descargada es un arma a los fines de la agravante del robo, o si puede reputarse como tal una botella rota, pero podría ser que esas diferencias convivan con un criterio uniformemente seguido en la práctica de aplicación de la norma aludida según el cual qué sea o no un arma no puede depender exclusivamente de la percepción subjetiva de la víctima, algo que quizás no resuelva todo caso problemático pero sí permita dar respuesta a ciertos casos problemáticos de aplicación. Por ello, es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas.

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

---

<sup>28</sup> Cfr. Kripke 1982.

<sup>29</sup> Cfr. Bayón 2002.

una respuesta distinta. Desde luego, la existencia de una norma demanda que existan acuerdos básicos en ciertos casos paradigmáticos de aplicación, pero es compatible con la posibilidad de un cierto margen de desacuerdos en la práctica de aplicarla.

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

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

Comenzaré aquí por el final. En el análisis de Hart del derecho el lenguaje ordinario ocupa un papel central debido a su concepción general del análisis filosófico, fuertemente influida por la filosofía del lenguaje ordinario predominante en su tiempo y su entorno formativo<sup>30</sup>. No obstante, no me parece que para Hart el lenguaje ordinario tenga prioridad para la interpretación jurídica frente a otras posibles opciones o que su concepción del derecho implique que deba dársele particular relevancia al lenguaje ordinario en la interpretación jurídica. Sea esto

---

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, Lacey 2004: 310 y ss.

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

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

La tesis de la única respuesta correcta, la tesis de la indeterminación radical y la tesis de la indeterminación parcial, son como dije diferentes *concepciones acerca de la naturaleza de la interpretación*. Se trata de distintas posturas teóricas respecto de qué características posee la actividad interpretativa y sus resultados, así como sobre el carácter de los enunciados interpretativos del tipo “La formulación normativa FN significa S”, una controversia que reviste carácter conceptual. Por contraste, también existen *teorías normativas de la interpretación*. Tales teorías ofrecen y a veces sistematizan distintas razones en favor de la atribución de un cierto significado a las disposiciones legales o formulaciones normativas, esto es, buscan justificar un cierto resultado interpretativo. Puede tratarse de teorías locales, que ofrecen argumentos para justificar un cierto modo de interpretar alguna norma, conjunto acotado de normas o un cierto sector del ordenamiento jurídico, o bien teorías con aspiraciones globales que pretenden justificar un cierto modo de interpretar el derecho en general y de jerarquizar los diferentes argumentos interpretativos. Como lo señala Chiassoni<sup>31</sup>, las razones que se ofrecen desde este punto de vista son retóricas y pertenecen al ámbito del razonamiento práctico y persuasivo, no demostrativo o lógico, y están conformadas por argumentos interpretativos. Estas teorías normativas de la interpretación, debido al objeto que persiguen, dependen de una cierta concepción política, ideológica, valorativa o moral.

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

---

<sup>31</sup> Cfr. Chiassoni 2011: 72 y ss.

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

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

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

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

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

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

Concuerdo con Sardo en que estos rasgos son características atribuibles al originalismo. También en que ciertas formas de defensa del positivismo jurídico se han comprometido con ellos. No obstante, en mi caracterización del positivismo jurídico en el capítulo II de *TAD* he sostenido que, en cuanto tal, el positivismo solo se compromete con la tesis ii), si por “neutral” se interpreta una referencia a la neutralidad valorativa. En cambio, he descartado expresamente la tesis i): sin desconocer que muchos positivistas de gran significación, como es el caso de Kelsen, Ross, Bulygin o Guastini, por poner unos pocos ejemplos, han sostenido su posición positivista precisamente a partir del presupuesto del rechazo del objetivismo moral, el escepticismo ético no puede tomarse como un rasgo definitorio del positivismo. Tal como he señalado, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral solo supone que para identificar el derecho no se requiere una evaluación de su contenido, de lo cual se sigue que pueden existir normas jurídicas contrarias a la moral, incluso asumiendo que existe algo así como una moral verdadera u objetiva<sup>32</sup>.

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

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

documentos normativos, parece una idea fuertemente emparentada con la tesis iii), que como dije no es distintiva del positivismo jurídico, y resulta además jaqueada por una dificultad que resaltara en el capítulo I de *TAD*: que las normas que deben su existencia a su formulación en el lenguaje presuponen –pues lo contrario conduciría a un regreso al infinito– otras implícitas en nuestras prácticas normativas cuya existencia no depende de ninguna formulación lingüística<sup>33</sup>. En cuanto a las intenciones del legislador, por los motivos ya expuestos no creo que el positivismo se comprometa con la primacía de dicho canon interpretativo.

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

A lo expuesto me gustaría agregar que, si bien muchas veces se presenta al originalismo en la interpretación constitucional como opuesto a una lectura moral de la constitución, estas dos visiones no resultan conjuntamente exhaustivas. No creo que haya ninguna razón que fuerce a concluir que si se rechaza el originalismo es preciso comprometerse con la idea de que la constitución debe ser leída bajo su mejor luz de acuerdo con una cierta concepción moral que se asume como objetiva. Más allá de lo que he señalado, entrando en un análisis sustantivo de la cuestión, me parece altamente controvertible y muy difícil de justificar que las cláusulas de una constitución deban ser leídas de conformidad con la interpretación que tenían en mente quienes las promulgaron. Marmor ha sostenido que no es una cuestión accidental de los procedimientos democráticos el que den por resultado un texto dotado de autoridad, pues uno de los objetivos primordiales que motivan que los debates parlamentarios culminen en el voto de un texto particular consiste en que, frente a los diferentes fines o propósitos que pueden perseguir los distintos participantes del debate con su promulgación, es necesario establecer, del modo más preciso que sea posible, qué es aquello que, habiéndose acordado, resulta suficiente para obtener apoyo mayoritario<sup>34</sup>. Pienso que si esto vale en general para las normas jurídicas promulgadas, con mayor razón vale para el texto constitucional, dado que parece más que controvertible que las constituciones, destinadas ordinariamente a perdurar por muchos años y a obligar a generaciones futuras, deban ser leídas con particular deferencia a las ideas de sus circunstanciales redactores, quizás

---

<sup>33</sup> Cfr. Rodríguez 2021: 65 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. Marmor 1992: 175.

muertos hace muchos años, o tratando de reconstruir contrafácticamente sus intenciones, o apelando al significado que se asignaba ordinariamente a la palabras de la constitución al tiempo en que fuera promulgada. Pero rechazar el originalismo, como decía, no compromete necesariamente con una lectura moral de la constitución, no solo porque tal cosa implica un compromiso con la objetividad de la moral, un punto de vista que no comparto, sino porque parece razonable pensar que el contenido semántico de la constitución debe actualizarse de acuerdo con las convenciones interpretativas y las valoraciones vigentes en cada momento (*living constitutionalism*), no de acuerdo con la visión iluminada de alguien que se arrogue el conocimiento de lo que una supuesta moral objetiva exige<sup>35</sup>.

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

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

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

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

---

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

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

Conuerdo aquí con Redondo. Si bien no desarrollé esto en el libro, estimo que es erróneo atribuir al universalismo un compromiso con la idea de que es posible efectuar una reconstrucción completa y consistente de la totalidad de las excepciones que deberían introducirse para restringir el alcance de cada una de tales normas a fin de que no entre en conflicto con las demás<sup>36</sup>, dado que la completitud y consistencia de los sistemas normativos son propiedades contingentes. La asociación del universalismo con esta idea parece confundir un problema conceptual consistente en determinar en qué consiste justificar una decisión práctica, con un problema sustantivo relativo a qué características posee uno de los elementos de la relación de justificación. La vinculación entre el universalismo y esta idea deriva, creo, de que ciertos autores que defienden una concepción universalista de la justificación de las decisiones en materia de conflictos entre derechos constitucionales lo hacen desde una concepción cognoscitivista extrema en materia de interpretación constitucional, comprometida con la tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cualquier caso, a su vez asociada con una tesis cognoscitivista igualmente extrema en materia metaética.

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

[...] la justificación práctica debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y abierto a reconsideración de las razones en juego<sup>37</sup>.

---

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

<sup>37</sup> Rodríguez 2021: 693.

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

Lo que pone de manifiesto la objeción es que ciertos casos particulares pueden revelarnos que no somos conscientes de todas las consecuencias que se siguen de nuestras convicciones normativas; pueden poner en crisis nuestras convicciones; pueden destacar la necesidad de que las refinemos o que las modifiquemos, y pueden incluso demostrar la concurrencia de razones incommensurables entre sí. En otras palabras, la objeción no demuestra que la noción de justificación que ofrece el universalismo sea incorrecta, sino, a lo sumo, que los sistemas normativos desde los cuales efectuamos nuestras evaluaciones pueden ser imperfectos<sup>38</sup>.

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

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

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

---

<sup>38</sup> Rodríguez 2021: 693.

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

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

[...] la derrotabilidad lógica de un enunciado afecta a su aplicabilidad interna mientras que la derrotabilidad del peso de las razones que un enunciado expresa afecta a la aplicabilidad externa del mismo sin afectar ni su identidad ni su peso<sup>39</sup>.

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

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

---

<sup>39</sup> Redondo 2018: 105-106, nota.

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

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

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

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

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

[...] la fuerza que le corresponda a una norma como razón para la acción en el momento de la deliberación sobre si se aplica, o se obedece, no afecta necesariamente su identidad ni su estructura interna<sup>40</sup>.

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

<sup>40</sup> Redondo 2018: 114.

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

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

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

La distinción entre problemas que se refieren a la identificación/estructura de las normas y aquellos que afectan al deber de aplicarlas u obedecerlas es paralela a la distinción entre el problema de la derrotabilidad lógica de los enunciados normativos y el de la derrotabilidad de la razón que ellos contingentemente expresan<sup>41</sup>.

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

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

<sup>41</sup> Redondo 2018: 113-114.

excluyentes al momento de su aplicación<sup>42</sup>.

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

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

La distinción entre derrotabilidad en la identificación y derrotabilidad en la aplicación de las normas no es más que una especificación de la distinción más general entre derrotabilidad intrasistemática y derrotabilidad extrasistemática: el hecho de que una norma sea inderrotable dentro de un cierto sistema normativo no significa que ella conserve tal carácter si se toman en consideración diferentes sistemas en competencia<sup>43</sup>. Diferenciar estos dos planos de análisis de la derrotabilidad no es incompatible con el universalismo porque supone interpretar que las normas jurídicas como tales poseen una relevancia uniforme e invariable y permiten derivar soluciones por *modus ponens* para los casos previstos en sus supuestos de hecho. Ahora, tal como lo señala Caracciolo, un rasgo estructural de la noción de justificación es su

---

<sup>42</sup> Redondo 2018: 111.

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

carácter relacional: siempre se justifica algo con relación a una o más razones<sup>44</sup>. La expresión “*justificación*” designa una cierta relación entre uno o más componentes de un conjunto de razones y uno o más componentes de otro conjunto compuesto por aquello que hay que justificar, ya sean acciones, normas, deseos, creencias, etc. Por ello, aunque una norma opere como inderrotable en un cierto dominio normativo, en el sentido de que podemos derivar la solución en ella prevista para todos los casos comprendidos en su supuesto de hecho, ello no tiene porqué significar que, si varía el dominio de normas considerado y sumamos a la evaluación normas de otro sistema normativo, no pueda ocurrir que la solución en cuestión resulte superada en virtud de alguna de esas otras consideraciones normativas.

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

Identificar normas, tal como ellas están caracterizadas en la teoría de Alchourrón y Bulygin, supone identificar ciertas propiedades en un momento dado (la tesis de relevancia) como inderrotables desde un punto de vista lógico; pero no significa declarar ni relevante ni irrelevante ninguna propiedad (ni siquiera las mencionadas en la norma) desde un punto de vista de su fuerza o peso en el razonamiento práctico. Conforme a la teoría expuesta en *Normative Systems*, una norma lógicamente inderrotable puede no ser considerada una razón para la acción en absoluto, y aun si es considerada como tal, podría ser dejada de lado al momento de su aplicación en virtud de la concurrencia de circunstancias que hacen aplicables razones de mayor peso<sup>45</sup>.

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

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

---

<sup>44</sup> Cfr. Caracciolo 2013.

<sup>45</sup> Redondo 2018: 113.

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

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

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

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

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

existen entre las normas constitucionales en juego preferencias condicionales *ex ante*, aunque el juez se apoye en propiedades que en algún sentido resultan relevantes en el sistema, su decisión significará asignarles a tales propiedades una relevancia que antes no tenían. En efecto, si la relevancia de tales propiedades está prevista en el sistema para determinar soluciones diferenciadas respecto del conflicto normativo concretamente considerado, entonces ellas permitirían justificar una preferencia condicional de una de las normas por sobre la otra, lo cual contradice la hipótesis planteada. Si en cambio su relevancia no tiene que ver con el problema normativo considerado por el juez, asignarles relevancia para privilegiar a una de las normas en juego significaría asignarle relevancia a una propiedad no prevista como tal para ese problema, lo cual no difiere en nada de asignarle relevancia a una propiedad no prevista en absoluto. Ello es así porque la relevancia normativa de una propiedad es relativa a un cierto universo de soluciones<sup>46</sup>, de modo que, si una propiedad es relevante para el universo de soluciones  $US_1$ , utilizarla para introducir distinciones en un universo de soluciones  $US_2$  implica asignarle una relevancia que antes no tenía.

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

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

---

<sup>46</sup> Cfr. Alchourrón y Bulygin 2012: 152.

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

La operación de ponderación es entonces claramente discrecional, porque incorpora valoraciones extrasistemáticas para asignar prioridad a una norma frente a otra, pero si se la lleva a cabo del modo antes indicado no supone apoyarse exclusivamente en las particularidades del caso sino en ciertas propiedades genéricas. Al respecto sostuve que esto permitiría conciliar la valoración de las particularidades del caso con la exigencia de universalidad en la justificación, esto es, con la exigencia de que los casos similares sean tratados del mismo modo. No he sostenido que esto permita conciliar al universalismo con el particularismo, porque eso no tendría sentido, ni tampoco que la operación de ponderación se ajuste estrictamente al modelo universalista, puesto que se deja de lado una de las soluciones derivables del sistema jurídico asignándole a tal fin relevancia a ciertas propiedades que no la poseían de acuerdo con el sistema. De todos modos, es importante resaltar, tal como lo ha hecho Moreso al examinar la cuestión<sup>47</sup>, que para poder derivar una solución para el caso a partir del sistema normativo que conforma el juez adicionando estas propiedades como relevantes, dentro de ese microsistema las normas en juego deben ser tratadas como inderrotables, pues de lo contrario no habría posibilidad de inferir nada para el caso considerado.

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

---

<sup>47</sup> Cfr. Moreso 2009: 285 y ss.

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

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

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

### Referencias bibliográficas

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

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

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

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



**SAGGI  
(ESSAYS)**



# Quando gli esperti creano diritto: deferenza, opacità, legittimità

Damiano Canale\*

## Riassunto

Il saggio focalizza l'attenzione sulla deferenza prestata dai legislatori e dalle corti nei confronti degli esperti, evidenziando un fenomeno fino ad oggi non considerato in letteratura. Chiamo questo fenomeno "opacità del diritto". In particolare, il saggio distingue l'opacità delle disposizioni dall'opacità delle norme. Una disposizione è opaca se contiene termini o espressioni tecniche, incorporate nel testo su indicazione degli esperti, che sfuggono alla comprensione dei legislatori. Una norma è opaca, invece, se il suo contenuto viene implicitamente fissato dagli esperti in sede probatoria, sebbene tale contenuto non sia compreso dal giudice che alla norma dà applicazione. Quando le disposizioni o le norme diventano opache, la deferenza epistemica nei confronti degli esperti si trasforma in una forma di deferenza semantica, e gli esperti creano diritto nel senso che determinano il contenuto dei testi normativi. A partire da due casi giurisprudenziali, il saggio analizza l'origine di questo fenomeno e i suoi effetti problematici.

**Parole chiave:** Legislazione. Interpretazione. Deferenza semantica. Deferenza epistemica. legittimità.

---

\* Dipartimento di Studi giuridici "Angelo Saffa", Università Bocconi, via Röntgen 1, 20136 Milano, damiano.canale@unibocconi.it.

Questo saggio è stato presentato presso il Dipartimento di Studi giuridici "Angelo Saffa", Università Bocconi, il 24 marzo 2022, e presso l'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Università di Genova, il 7 settembre 2022. Sono grato ai partecipanti a questi seminari per i loro preziosi commenti critici. Una versione in lingua castigliana di questo saggio è stata accettata per la pubblicazione nel numero 30, 1/2022, della rivista *Discusiones*.

*Abstract*

The article focuses on the deference paid to experts by legislators and judges, highlighting a phenomenon hitherto not considered in the literature. I call this phenomenon “opacity of law”. In particular, the article distinguishes the opacity of legal provisions from the opacity of legal norms. A provision is opaque if it contains technical terms or expressions, incorporated into the text on the instructions of experts, that escape the understanding of the legislators. A norm is opaque, on the other hand, if its content is implicitly fixed by some experts in fact-finding, although that content is not understood by the judge who is called upon to apply the norm. When legal provisions or norms become opaque, epistemic deference to experts turns into semantic deference, and experts create new law in the sense that they establish the content of authoritative legal texts. Starting with two examples from case law, the article analyses the origin of this phenomenon, and its pernicious effects.

**Keywords:** Expert Knowledge. Legislation. Legal Interpretation. Epistemic Deference. Semantic Deference. Legitimacy.

**0. Introduzione**

Lo sviluppo scientifico e tecnologico ha reso ormai capillare il coinvolgimento degli esperti nei processi di produzione del diritto e di soluzione delle controversie. Sul primo versante, la redazione di qualsiasi legge o regolamento si avvale oggi della collaborazione di organismi tecnici il cui contributo viene considerato irrinunciabile per rendere i testi legislativi un mezzo idoneo a conseguire lo scopo perseguito dai legislatori, o per garantire una efficace implementazione delle policy di governo. Allo stesso tempo, sul versante della giurisdizione, il contributo degli esperti è diventato spesso determinante in sede probatoria ove l'accertamento dei fatti coinvolga conoscenze specialistiche che sfuggono alla competenza delle corti.

Il ruolo ineliminabile attribuito agli esperti nel diritto solleva tuttavia numerosi interrogativi che da tempo attraggono l'attenzione dei giuristi. Questi interrogativi riguardano l'indipendenza degli esperti, l'affidabilità dei loro pareri, come pure la pertinenza e rilevanza dei modelli esplicativi su cui tali pareri si fondano. Al contempo, in un numero crescente di situazioni gli esperti risultano in disaccordo tra loro, costringendo i legislatori o il giudice a compiere scelte relative alla “miglior scienza” che sfuggono alle loro competenze.

In questo saggio, concentrerò l'attenzione su un fenomeno che può manifestarsi nella comunicazione tra esperti e *legal decision-maker*; chiamerò questo fenomeno

“opacità del diritto”<sup>1</sup>. In particolare, nel saggio distinguerò l’opacità delle disposizioni dall’opacità delle norme<sup>2</sup>. Una disposizione diventa opaca quando contiene termini o espressioni tecniche, incorporate nel testo su indicazione degli esperti, che sfuggono alla comprensione dei legislatori (par. 2). Vedremo come questo tipo di opacità revoca in dubbio la legittimità delle disposizioni nel contesto degli ordinamenti democratico-costituzionali (par. 3). Una norma è opaca, invece, quando il suo contenuto viene implicitamente fissato dagli esperti in sede probatoria, sebbene tale contenuto non sia compreso dal giudice che alla norma dà applicazione (par. 4). Quando affligge le norme, l’opacità inibisce una serie di operazioni intellettuali e di scelte che il giudice è chiamato a compiere in sede di giudizio, rischiando di pregiudicare la tutela dei diritti e degli interessi in gioco nel caso concreto (par. 5). In entrambe le situazioni appena accennate, gli esperti creano diritto nel senso che determinano il contenuto dei testi normativi; un contenuto che sfugge invece alla comprensione dei soggetti istituzionali autorizzati a produrre e ad applicare il diritto.

## 1. Il caso della macchina del fumo

Per spiegare cosa intendo per disposizione opaca mi servirò di un esempio. Nel 2014 il Parlamento e la Commissione europea emanarono una direttiva per disciplinare la lavorazione, la presentazione e la vendita al pubblico dei prodotti derivati dal tabacco (Direttiva 2014/40/EU). L’obiettivo primario della disciplina, formulato all’art. 1, consiste nell’armonizzare le legislazioni degli Stati membri con riguardo ai limiti delle emissioni nocive delle sigarette, “nell’intento di agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani”. Questo obiettivo di tutela è ribadito nel preambolo (considerato 8), dove si

---

<sup>1</sup> Il termine ‘opacità’ verrà qui utilizzato nell’accezione proposta da Quine nella sua analisi dei contesti modali. Cfr. Quine 1953: 141 ss. Nel dibattito filosofico-giuridico, usi diversi di questo termine sono rinvenibili in Raz 2009: ch. 8, e Hass 2020; il termine ‘opacità’ ricorre inoltre nella caratterizzazione della conoscenza storica proposta da Taleb 2007: ch. 1, ed è di uso comune in molti altri contesti disciplinari. In questo saggio, tuttavia, mi atterrò all’uso canonico che il termine trova nel campo della filosofia del linguaggio a partire dalla seconda metà del secolo scorso.

<sup>2</sup> In questo saggio, il termine ‘disposizione’ si riferisce a qualsivoglia enunciato delle fonti del diritto; il termine ‘norma’ si riferisce invece a qualsiasi enunciato che esprime il contenuto linguistico di una disposizione. Su questa distinzione si vedano Pizzorusso 1977; Guastini 1990; Ferrajoli 2007: 217-223; Carcaterra 2011: 36. Sebbene alcuni autori descrivano le norme come il contenuto delle disposizioni, assumerò qui che tanto le disposizioni quanto le norme siano enunciati linguistici. In tal senso anche Guastini 2011: 65. Avremo inoltre modo di osservare che, dal punto di vista concettuale, l’opacità di una disposizione non implica l’opacità delle norme che ne esprimono il contenuto, né l’opacità di una norma implica quella della disposizione da cui è ricavata. Ciò giustifica un’analisi distinta di questi due fenomeni, sebbene essi siano strettamente correlati tra loro.

stabilisce che le legislazioni nazionali devono garantire “un livello di protezione della salute elevato, tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici”. I prodotti del tabacco, proseguono i legislatori, “non sono una merce comune e, in ragione degli effetti particolarmente dannosi del tabacco sulla salute umana, la protezione della salute merita un’attenzione particolare, soprattutto per ridurre la diffusione del fumo tra i giovani”. Sulla base di questi assunti, l’art. 3(1) stabilisce il livello massimo di emissioni di catrame, monossido di carbonio e nicotina di una sigaretta<sup>3</sup>. Successivamente, l’art. 4(1) stabilisce che

I livelli massimi di emissioni di catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette sono misurati, rispettivamente, sulla base della norma ISO 4387 per il catrame, della norma ISO 10315 per la nicotina e della norma ISO 8454 per il monossido di carbonio. L’esattezza delle misurazioni relative al tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio è determinata in base alla norma ISO 8243.

Vale la pena osservare che gli standard di misurazione richiamati nell’art. 4(1) erano stati precedentemente stabiliti, sotto forma di norme non vincolanti, dalla *International Organization for Standardisation* (ISO), vale a dire da un’organizzazione privata che riunisce tra loro un ampio numero di organismi di standardizzazione nazionali. Ciascuno standard è fissato da una commissione tecnica composta da esperti del settore così come da rappresentanti delle aziende produttrici di sigarette<sup>4</sup>. Il Parlamento e la Commissione europea hanno poi incorporato questi standard di origine privatistica all’interno della Direttiva 2014/40/EU. Va inoltre osservato che il contenuto degli standard richiamati dall’art. 4(1) non è liberamente accessibile al pubblico: gli standard ISO sono coperti da copyright e conoscibili solo mediante il pagamento di royalties. Detto altrimenti, la conoscenza degli standard ISO indicati dalla direttiva richiede competenze tecniche specialistiche possedute in via esclusiva da una organizzazione privata che stabilisce e amministra tali standard in modo indipendente. Dal momento che i membri del Parlamento e della Commissione europea non possedevano conoscenze specialistiche con riguardo alla misurazione delle sostanze chimiche emesse dalla combustione delle sigarette, i legislatori si sono affidati a un organismo tecnico di standardizzazione per formulare l’art. 4(1) della direttiva, e hanno incorporato le indicazioni di tale organismo all’interno della disposizione.

<sup>3</sup> “I livelli di emissioni delle sigarette immesse sul mercato o prodotte negli Stati membri non superano rispettivamente: a) 10 mg di catrame per sigaretta; b) 1 mg di nicotina per sigaretta; c) 10 mg di monossido di carbonio per sigaretta” (Direttiva 2014/40/EU, art. 3(1)).

<sup>4</sup> Nel caso delle emissioni dei prodotti da tabacco, gli standard ISO sono elaborati dalla Commissione Tecnica ISO/TC 126, attualmente presieduta dal prof. Wolf-Dieter Heller. Le proposte di standardizzazione elaborate dalla Commissione vengono sottoposte all’approvazione degli organismi ISO nazionali. La pubblicazione dello standard richiede l’approvazione da parte del 75% degli aventi diritto al voto. Si veda sul punto la norma ISO/IEC 17025:2018, cap. 3.

Questo modo di procedere appare, per un verso, ragionevole e legittimo. I legislatori hanno individuato degli standard tecnici condivisi per conseguire il fine della disciplina, convertendoli in direttive di condotta giuridicamente vincolanti. Più precisamente, i legislatori hanno delegato a un organismo tecnico il compito di fissare il contenuto dell'art. 4(1) al fine di facilitare il funzionamento del mercato interno e proteggere la salute dei consumatori. L'incorporazione degli standard ISO all'interno della disposizione è stata inoltre decisa da organi a ciò autorizzati dalle norme sulla produzione normativa, conformemente alla procedura da queste previste. Tuttavia, i membri degli organi di produzione normativa hanno emanato una disposizione il cui contenuto sfugge alla loro conoscenza e comprensione<sup>5</sup>. I membri del Parlamento europeo e della Commissione non conoscevano il contenuto degli standard ISO né i requisiti tecnici su cui questi si basano. Come mostrano i lavori preparatori della direttiva, tali standard non vennero esplicitati e discussi in seno alla Commissione e al Parlamento europeo in sede deliberativa, né è ragionevole ritenere che i membri degli organi di produzione normativa fossero comunque a conoscenza del loro contenuto, e in grado di comprendere le ragioni tecnico-scientifiche che giustificavano la loro adozione. I legislatori si sono limitati a riportare la denominazione di tali standard ('ISO 4387', 'ISO 10315', 'ISO 8454', 'ISO 8243') fornita dagli esperti all'interno del testo normativo, trattandoli come nomi propri o designatori rigidi<sup>6</sup>.

Chiameremo questo fenomeno "opacità delle disposizioni giuridiche". Una disposizione è opaca quando i membri di un organo di produzione normativa non conoscono, né hanno la competenza necessaria per comprendere, il contenuto della disposizione che l'organo emana. Più precisamente, i legislatori comprendono le componenti non-referenziali della disposizione, e sono in grado di fissare il riferimento di quest'ultima grazie alle indicazioni fornite dagli esperti. Essi tuttavia non hanno, né si preoccupano di acquisire, la competenza sufficiente per comprendere il contenuto inferenziale dei termini che fissano l'oggetto della disciplina e, quindi, il suo ambito di applicazione. Detto altrimenti, i legislatori scelgono di

---

<sup>5</sup> Si potrebbe qui obiettare che al legislatore, in quanto entità collettiva, non possono essere imputati stati intenzionali come credenze, desideri, intenzioni, né dunque stati epistemici. Per una discussione di questo punto rinvio a Canale 2022. Al contempo, è irragionevole ritenere che i processi deliberativi e i loro risultati siano indipendenti dalle credenze e dalle intenzioni degli individui che partecipano ad essi. Cfr. Raz 2009: 274. Esula dagli obbiettivi di questo saggio discutere questo tema. Basti qui osservare che la conoscenza richiamata nel testo è di tipo semantico: essa concerne il contenuto delle espressioni linguistiche che compongono le disposizioni giuridiche, e può essere imputata ai membri degli organi di produzione normativa e non al legislatore in quanto entità collettiva. Il termine 'legislatori' verrà quindi utilizzato per riferirsi agli agenti cognitivi che compongono un organo di produzione normativa.

<sup>6</sup> Secondo Kripke, un designatore rigido è un termine che si riferisce a un individuo a prescindere dalle descrizioni che associamo ad esso: è il riferimento a fissare cioè il contenuto del termine, anche nel caso tale contenuto non sia conosciuto da chi usa il termine. Vedi Kripke 1980: cap. 1.

non conoscere e comprendere il senso del testo che emanano<sup>7</sup>. Nel nostro caso, l'art. 4(1) è stato promulgato alla cieca, senza accertare il contenuto degli standard tecnici incorporati nella disposizione, senza verificare se questi costituiscano o meno un mezzo idoneo per conseguire il fine della direttiva, o entrino in conflitto con altre norme dell'ordinamento europeo, comportando la violazione, ad esempio, del *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* (TFUE) e della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* (CDFUE).

Questi profili problematici arrivarono all'attenzione pubblica nel 2018, quando alcune associazioni di consumatori olandesi presentarono un'istanza alla *Food and Product Safety Authority* (NVWA) affinché questa assicurasse che le sigarette offerte sul mercato rispettassero i livelli di emissione previsti dall'art. 3(1) della Direttiva 2014/40/EU. Le associazioni chiesero inoltre che le sigarette che oltrepassavano tali limiti fossero ritirate dal mercato. Queste richieste trovavano giustificazione in uno studio pubblicato dal *National Institute for Public Health and the Environment* (RIVM), in base al quale le sigarette vendute in Olanda superavano in misura rilevante i limiti imposti dalla direttiva. Il metodo di misurazione indicato dagli standard ISO si avvale infatti di una "macchina del fumo", uno strumento che registra i livelli di catrame, nicotina e monossido di carbonio emessi da una sigaretta durante la combustione. Questo strumento non tiene tuttavia conto del fatto che quando una sigaretta viene fumata da una persona in carne ed ossa, le dita e le labbra del fumatore chiudono i piccoli fori contenuti nel filtro. Questi fori hanno la funzione di permettere all'aria pulita di passare attraverso il filtro e di mescolarsi col fumo, riducendo così la quantità di sostanze nocive aspirate. Secondo lo studio del RIVM, la macchina del fumo, regolata conformemente agli standard ISO previsti dall'art. 4(1), registra una quantità di emissioni fino a 20 volte minore rispetto a quelle effettivamente prodotte proprio perché non riproduce fedelmente la modalità in cui la sigaretta testata viene fumata nell'uso quotidiano.

La NVWA rigettò tuttavia l'istanza. Le associazioni dei consumatori si rivolsero dunque alla Corte Distrettuale di Rotterdam, la quale richiese un giudizio preliminare alla Corte di Giustizia Europea (CGUE) con riguardo alla validità e all'interpretazione degli art.li 3 e 4 della Direttiva 2014/40/EU. In particolare, i giudici olandesi osservarono che in base all'art. 4(1), le emissioni delle sigarette devono essere testate sulla base di standard ISO che non sono liberamente accessibili al pubblico. Questo metodo di regolazione è conforme ai requisiti di pubblicità degli atti legislativi dell'Unione Europea?

---

<sup>7</sup> Per un'analisi più dettagliata del fenomeno dell'opacità dal punto di vista della filosofia del linguaggio, mi permetto di rinviare a Canale 2021. L'opacità di un testo normativo deriva dalla dissociazione tra la competenza referenziale del parlante e la sua competenza inferenziale nell'uso del linguaggio. Cfr. *ivi*, § 4. Grazie alle indicazioni degli esperti, il legislatore (e il giudice) sono in grado di fissare il riferimento di un termine o espressione tecnica incorporata in un enunciato normativo anche se non ne comprendono il senso. Questo perché i soggetti istituzionali non padroneggiano l'insieme di inferenze che caratterizzano l'uso di quel termine o espressione all'interno del contesto linguistico in cui gli esperti operano. Sulla nozione di competenze linguistica inferenziale vedi Marconi 1999.

In secondo luogo, muovendo dallo studio della RIVM, la corte si chiese se gli standard ISO incorporati nel testo pregiudicassero seriamente il fine perseguito dalla direttiva, espresso nell'art. 1 e nel preambolo, vale a dire la protezione della salute dei consumatori con particolare riguardo alla tutela dei minori. Se così fosse, gli standard ISO incorporati nell'art. 4(1) sarebbero in conflitto con l'art. 114(3) TFUE, così come con gli art.li 24(2) e 35 CDFUE<sup>8</sup>.

La *Grand Chamber* della CGUE rispose a queste e ad altre domande poste dalla corte di Rotterdam nella decisione *Stichting Rookpreventie Jeugd* (C-160/20) del 22 febbraio 2022. In sintesi, la CGUE affermò che l'incorporazione nel diritto dell'Unione Europea di standard redatti da organismi tecnici privati non pregiudica la validità della disciplina, qualora tali standard siano chiari, precisi e prevedibili nei loro effetti. In secondo luogo, la Direttiva 2014/40/EU non viola i principi di pubblicità e certezza del diritto dal momento che gli standard ISO sono conoscibili da parte degli interessati mediante richiesta alle autorità nazionali competenti. Ai nostri fini, tuttavia, l'aspetto più rilevante della decisione riguarda la validità e l'interpretazione dell'art. 4(1) della direttiva.

In merito a questi aspetti, la corte innanzitutto osserva che “Secondo una giurisprudenza costante, nell'interpretare una disposizione del diritto dell'Unione, occorre tener conto non solo dei termini di tale disposizione secondo il loro significato abituale nel linguaggio corrente, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fa parte”<sup>9</sup>. Le direttive interpretative applicate dalla CGUE sono dunque l'interpretazione letterale, l'interpretazione sistematica contestuale, e l'interpretazione teleologica<sup>10</sup>. Con riguardo alla lettera del testo, la corte si pronuncia nel modo seguente:

Risulta, anzitutto, dai termini dell'articolo 4, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/40, in particolare dall'espressione “sono misurate” impiegata in tale disposizione, che quest'ultima rinvia in modo imperativo alle norme ISO 4387, 10315 e 8454 al fine di misurare le emissioni, rispettivamente, di catrame, nicotina e monossido di carbonio e che esso non

---

<sup>8</sup> L'art. 114(3) TFUE recita come segue: “La Commissione, nelle sue proposte [...] in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo”. L'art. 24(2) CDFUE prevede inoltre che “In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”. L'art. 35 CDFUE recita infine come segue: “Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”.

<sup>9</sup> *Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid* (C-160/20), n. 29.

<sup>10</sup> Con riguardo ai contenuti di queste direttive interpretative, mi permetto di rinviare a Canale e Tuzet 2021: 113 ss. e 149 ss.

menziona alcun altro metodo di misurazione. È altresì in termini imperativi che il secondo comma di detto articolo 4, paragrafo 1, precisa che l'esattezza di tali misurazioni è determinata in base alla norma ISO 8243<sup>11</sup>.

L'interpretazione sistematica co-testuale conferma, ad opinione della corte, l'esito dell'interpretazione letterale<sup>12</sup>. Con riguardo, infine, all'interpretazione teleologica, la corte osserva che la direttiva persegue “un duplice obbiettivo, consistente nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani”<sup>13</sup>. Secondo la corte, “il fatto di ricorrere unicamente ai metodi previsti dalle norme ISO menzionate in tale articolo 4, paragrafo 1 [...], risponde [all']obbiettivo di buon funzionamento del mercato interno in quanto garantisce che l'accesso delle sigarette al mercato dell'Unione e la loro produzione nell'Unione non saranno impediti a causa dell'applicazione di metodi diversi di misurazione dei livelli di tali sostanze negli Stati membri”<sup>14</sup>. In merito al secondo obbiettivo della direttiva, inoltre, i giudici affermano quanto segue:

Occorre rilevare che il giudice del rinvio non indica i principi di base della direttiva 2014/40 alla luce dei quali dovrebbe essere esaminata la validità dell'articolo 4, paragrafo 1, di tale direttiva [...]. Orbene, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in relazione agli *elementi di cui il legislatore dell'Unione disponeva alla data dell'adozione della normativa di cui trattasi* [...]. Poiché gli studi e gli altri documenti di cui al punto 21 della presente sentenza sono tutti successivi al 3 aprile 2014, data di adozione della direttiva 2014/40, essi non possono essere presi in considerazione ai fini della valutazione della validità dell'articolo 4, paragrafo 1, di tale direttiva<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid (C-160/20)*: n. 30. A ben vedere, la corte non utilizza qui un argomento interpretativo di tipo letterale quanto piuttosto un argomento a contrario: la corte ricava dalla disposizione una norma inespressa di contenuto opposto, la quale vieta ai legislatori nazioni di adottare metodi di misurazione delle emissioni nocive diversi dagli standard ISO indicati nel testo.

<sup>12</sup> “Atteso che il Considerando 11 di detta direttiva sottolinea che per misurare il tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette è opportuno fare riferimento [alle pertinenti norme ISO] riconosciute a livello internazionale, occorre considerare che il contesto in cui si inserisce l'articolo 4, paragrafo 1, della succitata direttiva tende a confermare che tale disposizione prevede, in modo imperativo, l'applicazione esclusiva di dette norme” (*ivi*: n. 31).

<sup>13</sup> *Ivi*: n. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ivi*: nn. 55, 67 e 68, corsivo mio. Il ragionamento della CGUE appare qui sorprendente. In primo luogo, la corte remittente aveva indicato le disposizioni gerarchicamente sovraordinate sulla base delle quali valutare la validità della direttiva (TFUE, art. 114; CDFUE, art.li 24 e 35). In secondo luogo, il criterio secondo cui “la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in relazione agli elementi di cui il legislatore dell'Unione disponeva alla data dell'adozione della normativa” è in conflitto col fine perseguito dalla direttiva. Il legislatore aveva infatti precisato che il livello di protezione dai pericoli del fumo va determinato “tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri sci-

Muovendo da queste considerazioni, i giudici conclusero che gli standard di misurazione ISO previsti dall'art. 4(1) sono vincolanti ed esclusivi, che il loro contenuto è chiaro, preciso e prevedibile, e che non sussiste alcuna antinomia, rilevabile dalla corte, tra l'art. 4(1) e altre norme dell'ordinamento dell'Unione Europea.

Ci si potrebbe a questo punto chiedere: l'argomentazione della corte è convincente? Ci sono numerose ragioni per ritenere che non lo sia. A ben vedere, l'art. 4(1) della Direttiva 2014/40 è una disposizione che rinvia ad altre disposizioni, ovverosia agli standard ISO 4387, ISO 10315, ISO 8454 e ISO 8243. I giudici, in sede decisionale, non si sono tuttavia preoccupati di accertare il contenuto di tali standard, né se essi costituiscono un mezzo idoneo per conseguire il fine della disciplina. Inoltre, la corte si è astenuta dal valutare la validità dell'art. 4(1) alla luce dei principi fissati dall'art. 114 del Trattato e dagli art.li 24 e 35 del Carta, come pure di verificare se sussistono antinomie con altre norme contenute nella direttiva. I giudici hanno piuttosto attribuito un peso prioritario all'interpretazione letterale del testo<sup>16</sup>. Ma l'interpretazione letterale di una disposizione di rinvio richiede che il giudice determini il contenuto delle disposizioni rinviate, ponendolo poi in relazione col testo di partenza; operazioni che la corte non ha compiuto. I giudici hanno piuttosto trattato le disposizioni a cui l'art. 4(1) rinvia come nomi propri o designatori rigidi ('ISO 4387', 'ISO 10315', 'ISO 8454', 'ISO 8243'), rendendo opaco il contenuto di tale articolo. Ma quando una disposizione diventa opaca, l'interpretazione letterale si risolve in un atto di deferenza, con riguardo ai suoi contenuti, nei confronti degli esperti che hanno redatto il testo, le cui prescrizioni tecniche risultano sottratte alla conoscenza e alla valutazione dei giudici. Non si può infatti sostenere che una disposizione è stata interpretata dal giudice in modo conforme alla lettera del testo se il giudice non conosce e comprende il contenuto della disposizione, o quello delle disposizioni a cui essa rinvia. L'interpretazione letterale di una disposizione opaca si risolve piuttosto nella rinuncia, da parte del giudice, ad operare qualsiasi attività interpretativa, delegando agli esperti la determinazione del contenuto dei testi normativi<sup>17</sup>. Quando questo accade, la deferenza epistemica nei confronti degli

---

entifici" (Direttiva 2014/40/EU, Considerato 8). Se dunque le indagini condotte dal RIVM dimostrano scientificamente l'inadeguatezza degli standard di misurazione ISO prescritti, tale scoperta va considerata ai fini dei giudizi di non-contraddittorietà, proporzionalità e validità della disposizione.

<sup>16</sup> Per interpretazione letterale intendo qui, così come inteso dalla Corte di Giustizia Europea, l'interpretazione conforme alle regole della lingua.

<sup>17</sup> A ben vedere, la cosiddetta "interpretazione decisoria", compiuta dal giudice in sede di giudizio, si compone di due atti decisionali concettualmente distinti: 1) decisione del contenuto (significato) della disposizione; 2) decisione che il contenuto della disposizione è la norma che disciplina il caso. Quando una disposizione non è opaca, il giudice compie entrambi gli atti decisionali, al punto che la distinzione appena proposta risulta pleonastica. Quando invece una disposizione diventa opaca, il contenuto della disposizione viene deciso dagli esperti, mentre il giudice decide che quel contenuto è la norma che disciplina il caso. Sotto il profilo linguistico, infatti, il giudice non può decidere un contenuto che non conosce e comprende, mentre può decidere che quel contenuto (utilizzato come un designatore rigido) svolge il

esperti si converte in deferenza semantica<sup>18</sup>: sono gli esperti a determinare il contenuto linguistico delle disposizioni normative, un contenuto che resta non noto a chi è chiamato a dare ad esso applicazione. Ne segue che il giudice decide alla cieca, rischiando di pregiudicare la tutela dei diritti e degli interessi coinvolti.

## 2. Opacità delle disposizioni e legittimità

L'esempio appena considerato mostra chiaramente come l'opacità sia un fenomeno che affligge la comunicazione linguistica tra operatori giuridici istituzionali, da un lato, ed esperti, dall'altro. Nel caso della "macchina del fumo", il diritto diventa opaco perché i legislatori incorporano nelle disposizioni termini o espressioni tecniche il cui contenuto sfugge alla loro conoscenza e comprensione, senza interrogarsi sugli effetti che tale incorporazione può provocare. In situazioni come questa, il contenuto del diritto viene determinato da organismi tecnico-scientifici che operano al di fuori del circuito democratico-costituzionale. L'autorità epistemica riconosciuta agli esperti, alla quale il diritto non può rinunciare, si converte cioè in un potere indiretto di produzione normativa sottratto ai meccanismi istituzionali di controllo propri di uno Stato di diritto<sup>19</sup>.

Quanto fin qui osservato chiama in causa il più ampio dibattito attorno alla cosiddetta *regulatory science*. Come accennato in apertura, in moltissimi settori dell'ordinamento le conoscenze sviluppate in ambito tecnico e scientifico orientano i processi di *policy making* grazie all'apporto fornito da agenzie, autorità indipendenti, comitati tecnici, organizzazioni private<sup>20</sup>. Questi organismi forniscono ai *decision-maker* istituzionali ragioni per modificare le loro credenze con riguardo alle caratteristiche delle condotte da disciplinare e alle conseguenze attese di tale disciplina. Queste ragioni epistemiche – che assumono la forma di pareri, raccomandazioni, studi, ecc. – acquistano spesso, tuttavia, una valenza pratica, trasformandosi in ragioni per agire di tipo strumentale. Più precisamente, esse svolgono il ruolo di premesse nel ragionamento pratico dei *decision-maker*, indicando i mezzi necessari per raggiungere i loro fini. Quando il diritto diventa opaco, tuttavia, non solo accade che le ragioni epistemiche degli esperti si convertano in ragioni per agire, ma anche che tali ragioni risultino sottratte alla conoscenza e alla comprensione degli operatori giuridici istituzionali che le utilizzano per indirizzare e giustificare le loro scelte.

---

ruolo di norma, e dare alla norma applicazione grazie al contributo degli esperti.

<sup>18</sup> Sulla distinzione tra deferenza epistemica e deferenza semantica, e sull'indebita commistione tra di esse nella prassi giuridica, rinvio a Ubertone 2022.

<sup>19</sup> Cfr. Takema 2021.

<sup>20</sup> Su questo fenomeno vedi, per tutti, Jasanoff 1990; Ambrus 2014; Arcuri e Coman-Kund 2021.

Questo perché, in caso di opacità, i *decision-maker* non acquistano la competenza di tipo inferenziale sufficiente per comprendere il contenuto delle espressioni linguistiche che fissano il riferimento delle disposizioni da essi prodotte.

Quando questo accade, l'autorità *de facto* esercitata dagli esperti può essere considerata legittima dal punto di vista giuridico? Non è facile rispondere a questo interrogativo, non da ultimo perché il termine 'legittimità' è ambiguo nel dibattito filosofico-giuridico. Ciò dipende dal fatto che tale termine è di uso comune in molteplici discipline – dalla sociologia alla teoria generale del diritto, dall'antropologia alla filosofia politica – e ciascuna di esse gli attribuisce contenuti in parte diversi<sup>21</sup>. Senza entrare nell'intricato dibattito attorno a questo tema, proverò brevemente a distinguere tre diverse concezioni della legittimità giuridica, e la risposta che ciascuna di esse fornisce al problema che stiamo considerando.

### 2.1. Legittimità in senso formale

In base a una concezione formale della legittimità, un soggetto esercita legittimamente un potere pubblico se è a ciò autorizzato da una norma che gli attribuisce tale potere. Dal punto di vista politico, questo modo di intendere la legittimità affonda le sue radici nel principio del consenso: le direttive di un'autorità pubblica sono legittime soltanto se i cittadini hanno espresso il consenso all'esercizio di tale autorità<sup>22</sup>. Le norme che attribuiscono poteri garantiscono la trasmissione del consenso in modo tale che la volontà dell'autorità si identifichi, grazie al meccanismo della rappresentanza politica, con la volontà degli individui ad essa assoggettati<sup>23</sup>. Sotto il profilo giuridico, pertanto, una disposizione è legittima se è formalmente valida, ovvero se è conforme alle norme che ne disciplinano la produzione<sup>24</sup>. Nel caso dunque gli esperti non siano autorizzati a formulare disposizioni normative ma essi, nondimeno, esercitano *de facto* un potere di produzione normativa, l'esercizio di tale potere è illegittimo<sup>25</sup>. Questa risposta è tuttavia troppo affrettata. Riconsideriamo nuovamente il caso della "macchina del fumo": da un punto di vista formale, l'art. 4(1) della Direttiva 2014/40/EU è stato emanato, secondo le procedure previste, dal Parlamento e dalla Commissione Europea, vale a dire dagli organi autorizzati a esercitare il potere di produzione normativa nell'ordinamento dell'Unione Europea.

<sup>21</sup> Hanno sottolineato questo aspetto, tra gli altri, Bobbio 2012: 66; Lanchester 1998: 550.

<sup>22</sup> Vedi Simmons 2001; Dyzenhaus 2010.

<sup>23</sup> Cfr. Duso 1993: 13.

<sup>24</sup> Guastini 1992: 179.

<sup>25</sup> Giova ricordare che, quando una disposizione diventa opaca, gli esperti esercitano un'autorità di produzione normativa indiretta o *de facto* perché fissano il contenuto della disposizione, sebbene questo non sia conosciuto e compreso dai membri dell'organo che la emana. Vedi sul punto la nota 17. Tuttavia, quanto gli esperti operano nel contesto dell'attività amministrativa (ad esempio in un'agenzia pubblica), la loro autorità cessa di essere *de facto* per diventare *de jure*, attivando una serie di norme relative al procedimento amministrativo che riconfigurano le condizioni di legittimità del loro operato.

Il contributo degli esperti alla redazione della disposizione ha un carattere non vincolante, informale e indiretto, che può rilevare dal punto di vista sociologico e politico ma non certo dal punto di vista giuridico. Ciò è stato confermato dalla Corte di Giustizia Europea, che ha giudicato valide le disposizioni normative che includono standard tecnici anche se tali standard vengono stabiliti da organismi privati. Se l'incorporazione di tali standard è operata da un soggetto autorizzato a produrre norme, la loro validità e legittimità giuridica è garantita a prescindere da qualsivoglia ulteriore considerazione. Ci si potrebbe tuttavia chiedere: se i membri dell'organo a cui una norma attribuisce il potere di emanare norme non comprendono il testo che emanano, né hanno la competenza per farlo, può tale organo essere ritenuto l'*autore* di questo testo? Allo stesso modo, nel caso un organismo tecnico venga delegato a esercitare un potere di produzione normativa, l'esercizio di tale potere è legittimo qualora il contenuto dell'atto non sia compreso dal soggetto delegante e dagli organi di controllo? Ora, si potrebbe sostenere che in base alla concezione che stiamo esaminando, l'esercizio legittimo di un potere di produzione normativa prescinda *in toto* dai contenuti delle direttive prodotte, sia che tale potere venga esercitato in via diretta oppure indiretta (o delegata). Tuttavia, risulta irragionevole imputare un atto di produzione normativa a un soggetto che non conosce e comprende il contenuto di tale atto, così come irragionevole è qualsiasi delegazione di potere qualora l'esercizio di detto potere non sia suscettibile di limitazione e controllo. Nel primo caso, la direttiva di condotta non può essere descritta come l'espressione della volontà dell'autorità che l'ha emanata, né dunque come un mezzo per perseguire il fine politico di quest'ultima. Stando così le cose, il contenuto della direttiva, qualunque esso sia, non è suscettibile di una giustificazione imputabile all'autorità legittima. Nel secondo caso, l'atto di delegazione si trasforma in una "delega in bianco" i cui confini non possono essere determinati da chi esercita, in via originaria, il potere di produzione normativa. Ma se l'autorità delegante non è in grado di fissare i limiti dell'esercizio del potere delegato, né tale esercizio è suscettibile di controllo da parte di un'altra autorità legittima, ne segue che l'atto di delegazione entra in conflitto col principio di legalità<sup>26</sup>.

## 2.2. Legittimità in senso sostanziale

In base a una concezione sostanziale, la legittimità di una disposizione dipende dal suo contenuto, ovverosia dalla norma che la disposizione esprime. La legittimità sostanziale viene tradizionalmente concepita in due modi. Secondo una prima acce-

---

<sup>26</sup> In base al principio di legalità, il legislatore ha l'obbligo di disciplinare *compiutamente* i poteri conferiti ad altri organi (tipicamente, i poteri di governo e della pubblica amministrazione): spetta cioè al legislatore predeterminare i contenuti di tali poteri, o perlomeno fissare i limiti del loro esercizio. Si veda sul punto Guastini 1994: 88-89. Nel caso le disposizioni dell'autorità delegata siano opache, tuttavia, la disciplina dei poteri conferiti dal legislatore, quand'anche fosse presente, risulta inefficace.

zione, una disposizione è legittima se il suo contenuto non è in conflitto con quello delle disposizioni ad essa gerarchicamente sovraordinate (*legittimità sostanziale in senso stretto*). In questa accezione, una disposizione è dunque legittima non solo se è valida in senso formale ma anche se lo è in senso sostanziale, vale a dire se è conforme alle norme ad essa sovraordinate<sup>27</sup>. Nel caso di disposizioni opache, tuttavia, chi esercita un'autorità legittima non è in grado di determinare se tale conformità sussista o meno, poiché i contenuti della disposizione sono per lui epistemicamente inaccessibili. L'opacità delle disposizioni non consente dunque un controllo di legittimità e ne preclude anzi l'esercizio. Da ciò segue che una disposizione opaca non è di per sé illegittima; lo diventa qualora il suo contenuto sia in conflitto con quello delle norme ad essa sovraordinate. Tuttavia, l'opacità costituisce un problema perché inibisce l'accertamento dell'illegittimità sostanziale in senso stretto, dal momento che i contenuti di una disposizione opaca sfuggono, per definizione, alla conoscenza e alla comprensione dei soggetti istituzionali<sup>28</sup>.

In base a una concezione della legittimità sostanziale *in senso ampio*, invece, a determinare la legittimità di una disposizione sono le ragioni di tipo morale, politico, sociale che giustificano i suoi contenuti. Nel dibattito odierno, la versione più nota di questo approccio è stata delineata da Joseph Raz. Secondo Raz, un atto legislativo e i suoi risultati sono legittimi se realizzano gli interessi dei loro destinatari intesi come soggetti autonomi<sup>29</sup>. Ciò si verifica a due condizioni: (1) le ragioni che giustificano le scelte dell'autorità riflettono le ragioni sottostanti dei destinatari, vale a dire i loro interessi (*dependence thesis*); (2) è più probabile che i destinatari vedano soddisfatti i loro interessi seguendo le direttive dell'autorità piuttosto che agendo in modo difforme (*normal justification thesis*). Se adottiamo questa prospettiva, si potrebbe ad un primo sguardo ritenere che una disposizione opaca non possa soddisfare tali requisiti. In caso di opacità, l'organo che esercita un potere di produzione normativa non è infatti in grado di comprendere il contenuto delle proprie direttive, un contenuto che è fissato di fatto dagli esperti. Pertanto, tale organo non sa se le ragioni che giustificano la disposizione riflettono gli interessi sottostanti dei suoi destinatari, né se è più probabile che tali interessi vengano soddisfatti laddove i contenuti della disposizione vengano seguiti e applicati. Il "deficit cognitivo" di chi esercita un potere di produzione normativa rederebbe cioè illegittimi i suoi provvedimenti.

<sup>27</sup> Guastini chiama questo tipo di legittimità "validità in senso pieno". Vedi Guastini 1992: 179.

<sup>28</sup> In astratto, l'opacità potrebbe giustificare la nullità della disposizione per impossibilità da parte del giudice di determinare quali condotte rientrino nel suo ambito di applicazione. Questa tesi ha forti analogie con la dottrina dell'*unconstitutional vagueness* elaborata in ambito statunitense: si potrebbe cioè sostenere che una disposizione o un norma opaca sono di fatto *unenforceable* da parte del giudice e, comunque, troppo difficili da comprendere per il cittadino. Esse potrebbero essere dunque dichiarate "void for opacity". Si veda sul punto *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Federal Communications Commission v. Fox Television Stations*, 567 U.S. 239 (2012).

<sup>29</sup> Vedi Raz 1986: 46 ss.; Raz 1994: 357 ss.

Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una conclusione affrettata. Abbiamo visto come gli esperti esercitino innanzitutto una autorità epistemica: essi forniscono ragioni per credere e non ragioni per agire. La loro autorità acquista un carattere pratico nel momento in cui tali ragioni fungono da premesse nei ragionamenti pratici che indirizzano e giustificano le scelte d'azione di chi esercita un'autorità giuridica. Potrebbe dunque accadere che le ragioni che giustificano una disposizione opaca riflettano gli interessi sottostanti dei suoi destinatari, anche se i legislatori o il giudice non lo sanno. Di più: potrebbe accadere che grazie a una disposizione opaca i destinatari realizzino i loro interessi meglio di quanto non accadrebbe qualora agissero sulla base di ragioni diverse. Detto altrimenti, il deficit cognitivo del legislatore non pregiudica, necessariamente, la legittimità sostanziale in senso lato dei suoi atti. In molte occasioni sembra valere anzi il contrario. Il ricorso al parere degli esperti è infatti giustificato dalle loro competenze epistemiche, di cui i soggetti istituzionali non dispongono e che sono indipendenti da considerazioni di tipo politico, giuridico, morale. L'opacità delle disposizioni, se osservata da questo angolo visuale, può essere dunque considerata come il risultato di un ragionevole atteggiamento di deferenza da parte dei legislatori nei confronti degli esperti, o addirittura come una garanzia contro l'ingerenza del potere legislativo in questioni di tipo conoscitivo. Questo perché l'opacità delle disposizioni impedisce che l'autorità giuridica di chi esercita poteri di produzione normativa si trasformi in autorità epistemica, determinando, su base politica o morale, cosa siamo giustificati a credere o, addirittura, il valore di verità di enunciati fattuali. Se osservato da questa prospettiva, pertanto, il contributo fornito dagli esperti ai processi di produzione normativa aumenta il grado di legittimità sostanziale in senso ampio delle disposizioni, e non invece il contrario<sup>30</sup>. Questo è per altro coerente con la considerazione di senso comune secondo cui, di fronte a questioni complesse, è preferibile affidarsi alla competenza degli esperti piuttosto che alle scelte della maggioranza politica di turno.

Come abbiamo osservato nel caso della “macchina del fumo”, tuttavia, nel momento in cui una disposizione diventa opaca, le ragioni epistemiche che ne giustificano l'adozione acquistano un carattere “escludente”<sup>31</sup>. Le credenze e le ragioni

---

<sup>30</sup> Nella prospettiva di Thomas Christiano, questa divisione del lavoro nei processi di produzione normativa è coerente con uno sviluppo virtuoso dei regimi democratici contemporanei. Ai cittadini, mediante i loro rappresentanti, spetta individuare i fini non strumentali delle politiche pubbliche, mentre agli esperti spetta il compito di individuare i mezzi più adeguati per conseguire tali fini. Vedi Christiano 2012: 33. Per una critica a questo modello, e alla rigida distinzione tra mezzi e fini su cui si fonda, vedi tuttavia Lafont 2020: 177 ss. Un punto di vista diametralmente opposto a quello di Christiano è difeso dal movimento CrawlLaw, il quale promuove una legislazione partecipativa “dal basso”, resa possibile dalle tecnologie digitali, al fine di migliorare la qualità della legislazione senza far ricorso all'ausilio di esperti. Vedi Alsina e Martí 2018.

<sup>31</sup> Secondo Linda Zagzebski, tutte le ragioni epistemiche hanno un carattere “escludente” (*pre-emptory*): se un'autorità epistemica crede che *p*, è razionale credere che *p* a prescindere da qualsivoglia ragione rilevante che precedentemente avevamo riguardo a *p*. Cfr. Zagzebski 2012. Per una discussione

degli esperti chiamati a partecipare al processo di produzione normativa si sostituiscono non solo a quelle dei soggetti istituzionali ma anche a quelle di altri esperti, impedendo che eventuali ragioni epistemiche concorrenti vengano prese in considerazione. Ma la promulgazione di una disposizione opaca non costituisce, di per sé, una garanzia con riguardo all'autorità epistemica degli esperti che l'hanno formulata. Gli esperti che collaborano al processo di produzione normativa potrebbero non essere imparziali, il loro parere potrebbe essere inaffidabile, e i modelli conoscitivi su cui tale parere si fonda potrebbero essere inattendibili o controversi. Nel caso la legittimità sostanziale di una disposizione venga concepita in senso ampio, pertanto, essa dipende, in ultima istanza, dall'imparzialità, dall'accuratezza, dall'affidabilità del parere degli esperti, e dunque dal modo in cui i soggetti istituzionali acquisiscono le ragioni epistemiche necessarie per compiere scelte legislative e di politica pubblica. Questo problema chiama in causa una terza concezione della legittimità, di cui è arrivato il momento di occuparci brevemente.

### 2.3. Legittimità in senso procedurale

Secondo questa concezione, sono le procedure che regolano la creazione delle disposizioni a determinare la loro legittimità o illegittimità. Se osservata da questo angolo visuale, pertanto, la legittimità non dipende da *chi* emana la disposizione né da *cosa* quest'ultima prescrive, come invece accade, rispettivamente, nelle concezioni formali e sostanziali. La legittimità dipende piuttosto da *come* la disposizione viene creata, a prescindere da ogni altra considerazione<sup>32</sup>. Nei sistemi giuridici democratico-costituzionali contemporanei, i requisiti procedurali della legittimità sono, da un lato, l'uguale considerazione delle opinioni e degli interessi di tutti i cittadini e, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali, in particolare contro gli abusi che possono derivare dall'applicazione del principio di maggioranza<sup>33</sup>. Ora, è facile notare come il contenuto delle disposizioni opache non si presti a essere descritto né come l'aggregazione delle preferenze individuali dei rappresentanti<sup>34</sup>, né come il risultato di una deliberazione pubblica<sup>35</sup>, dal momento che il contenuto di queste

---

critica di questa tesi vedi tuttavia Jäger 2016.

<sup>32</sup> Secondo Rawls, ad esempio, la legittimità di un provvedimento normativo non dipende da criteri indipendenti dalla procedura che conduce alla sua emanazione. Cfr. Rawls 1999: 75. Cfr. anche Freeman 2000 e Estlund 2009: 69. Se così stanno le cose, la procedura rilevante ha "carattere costitutivo" della legittimità di ciò che ne costituisce il risultato. Cfr. Celano 2002: 110.

<sup>33</sup> Vedi, per tutti, Habermas 1996: cap. 7.

<sup>34</sup> Cfr. Waldron 1999: 84-85. L'idea secondo cui una disposizione è legittima se costituisce il risultato dell'aggregazione delle preferenze dei rappresentanti, presuppone una concezione liberale dello Stato quale custode dei diritti individuali in una società fondata sulla contrattazione privata. Vedi su questo punto Held 1987.

<sup>35</sup> Cfr., ad esempio, Christiano 2004: 142 ss. Una concezione deliberativa della democrazia concepisce la legittimità delle disposizioni legislative in termini "repubblicani": la legge è lo strumento me-

disposizioni non è noto ai membri dell'organo legislativo. Una disposizione opaca è piuttosto il risultato di un atto compiuto da un organo tecnico a cui il legislatore ha implicitamente delegato un potere di produzione normativa. In caso di opacità, inoltre, l'esercizio di tale potere è sottratto a qualsiasi forma di controllo istituzionale. Come abbiamo visto nel caso della "macchina del fumo", le disposizioni opache vengono trattate come designatori rigidi il cui riferimento è fissato dagli esperti, sebbene il loro contenuto non sia conosciuto e compreso dai soggetti istituzionali. Questo esime i legislatori e i giudici dal valutare se il contenuto di una disposizione opaca violi o meno i diritti fondamentali dei cittadini o entri in conflitto con altre norme dell'ordinamento.

Si potrebbe a ciò replicare che il contributo degli esperti alla redazione delle disposizioni si limita ad aumentare la "sensibilità alla verità" dei processi di produzione normativa. Gli esperti forniscono cioè conoscenze, definiscono standard ed elaborano regole tecniche che aumentano la qualità epistemica dei testi normativi, intesi come mezzi per raggiungere fini politici che sono i legislatori, in ogni caso, a stabilire. Se così stanno le cose, tuttavia, ne segue che la legittimità giuridica di una disposizione opaca dipende dalla "legittimità epistemica" del contributo fornito dagli esperti<sup>36</sup>. Le conoscenze specialistiche che guidano l'elaborazione delle disposizioni, come pure gli standard e le regole tecniche incorporate nell'ordinamento, devono cioè soddisfare, a loro volta, dei requisiti procedurali di tipo soggettivo e oggettivo. I primi riguardano l'imparzialità e l'indipendenza degli esperti che partecipano al processo legislativo; i secondi le regole epistemiche che presiedono allo sviluppo della conoscenza. La costruzione di qualsiasi sapere esperto è infatti governata da standard di condotta specifici, che individuano cosa è più razionale credere date le informazioni di cui disponiamo. Come noto, tali standard includono, oltre ad alcune regole logiche di base, le regole procedurali che contraddistinguono il metodo scientifico<sup>37</sup>. Ora, è ben noto che tali regole sono caratterizzate da un alto grado di indeterminazione. Come ha osservato Susan Haack, "non c'è un unico modo razionale di inferire o una procedura di ricerca usata da tutti gli scienziati e solo dagli scienziati"<sup>38</sup>. Gli standard epistemici sono principi generali che si prestano ad essere precisati in modi diversi a seconda dei campi di ricerca considerati e dei quesiti ai quali il ricercatore tenta di fornire una risposta. Non sorprende dunque che tali principi siano talora descritti in letteratura come dei valori o dei fini che lo

---

dianche il quale si manifesta l'unità politica della comunità sociale.

<sup>36</sup> Questa posizione è coerente con le concezioni epistemiche della democrazia, in base alle quali il governo democratico della società può essere giustificato soltanto sulla base di ragioni di tipo epistemico. Vedi, ad esempio, Cohen 1986, Misak 2000, Estlund 2009. Non è possibile discutere in questo articolo il rapporto tra saperi esperti e concezioni epistemiche della democrazia. Per uno sguardo critico su queste concezioni vedi, ad ogni modo, Peter 2016.

<sup>37</sup> Cfr. Hempel 1966: cap. 2 e 3.

<sup>38</sup> Haack 2006: 312.

scienziato deve realizzare<sup>39</sup>. Richiamando la caratterizzazione fornita da Robert Merton, si tratta del carattere pubblico, universale e disinteressato della ricerca, e soprattutto dell'atteggiamento di "scetticismo organizzato" che deve caratterizzare la comunità scientifica, la quale può dirsi tale nella misura in cui sottopone ad un vaglio critico intersoggettivo le ipotesi conoscitive dei suoi membri<sup>40</sup>. Una disposizione opaca può dirsi dunque legittima soltanto se le conoscenze scientifiche, gli standard e le regole tecniche che ne giustificano il contenuto soddisfano tali requisiti. Sotto il profilo normativo, ciò impone l'adozione di procedure specifiche per la redazione di disposizioni opache, capaci di garantire la loro qualità epistemica<sup>41</sup>. Questa esigenza rischia tuttavia di generare un paradosso. Anche ammettendo che la legittimità di una disposizione opaca dipenda dalla qualità epistemica dei suoi contenuti, spetta comunque a un'autorità giuridica, e non a un'autorità epistemica, accertare se la disposizione è legittima, e ciò sulla base dei poteri ascritti dall'ordinamento a tale autorità. Ne segue che qualora l'organo che esercita l'autorità giuridica non possieda, come è plausibile ritenere, la competenza epistemica per effettuare tale controllo in modo affidabile, il problema dell'opacità è destinato inesorabilmente a riproporsi.

### 3. Opacità delle norme e interpretazione giudiziale

Abbiamo fin qui osservato come l'opacità, quando affligge le disposizioni giuridiche, revoca in dubbio la loro legittimità. Sebbene le disposizioni opache vengano sovente considerate legittime dal punto di vista formale, la loro adozione da parte degli organi di produzione normativa solleva quesiti rilevanti con riguardo alla loro

---

<sup>39</sup> Celebre in tal senso è la posizione di Thomas Kuhn, secondo il quale gli standard epistemici "sono dei valori da proteggere quando si compiono delle scelte, non delle regole per scegliere" (Kuhn 1970: 261). Sulla concezioni teleologiche degli standard epistemici si vedano Pritchard 2007; Grimm 2009; Haddock 2010.

<sup>40</sup> Cfr. Merton 1973. Il principio dello "scetticismo organizzato" si articola in una serie di direttive rivolte al ricercatore e all'esperto, concernenti l'accuratezza, la rilevanza, la semplicità, la pubblicità, la confrontabilità e l'ampiezza esplicativa della ricerca o dei suoi risultati. In questa prospettiva, gli standard epistemici assumono la forma di un'etica della ricerca scientifica: cfr. Doppelt 2014.

<sup>41</sup> Nell'ordinamento italiano, un esempio di regole procedurali di questo tipo è costituito dalla cosiddetta *Analisi di impatto della regolamentazione* (AIR), introdotta dall'art.14 della legge 246/2005 e dal DPCM 169/2017. Queste disposizioni impongono alle amministrazioni pubbliche l'adozione di procedure specifiche, nel corso dell'istruttoria normativa, al fine di valutare l'impatto atteso delle opzioni di intervento considerate. Nel corso dell'AIR, l'amministrazione deve esplicitare i motivi dell'intervento normativo, gli obiettivi che intende perseguire, e quindi valutare sotto il profilo tecnico le opzioni di intervento disponibili, coinvolgendo esperti di settore. Per ogni provvedimento, l'AIR è poi resa accessibile al pubblico. Nell'ordinamento dell'Unione Europea, un regime procedurale analogo è stato adottato con riguardo alla registrazione e autorizzazione all'uso di sostanze chimiche: si tratta del regolamento REACH-ECHA n. 1907/2006.

conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate, come pure alla possibilità di sottoporre a controllo le ragioni epistemiche che giustificano la loro adozione. Una concezione procedurale della legittimità sembra fornire una soluzione ai problemi appena richiamati, richiedendo tuttavia l'adozione, da parte dell'ordinamento, di procedure idonee ad assicurare l'adeguatezza del contributo degli esperti agli standard epistemiche che caratterizzano il loro ambito di competenza.

Problemi in parte diversi solleva invece il fenomeno dell'opacità all'interno del processo. In questo contesto, l'opacità affligge tipicamente le norme, vale a dire il contenuto che il giudice ascrive alle disposizioni utilizzate per disciplinare il caso.

Per analizzare il modo in cui l'opacità si configura all'interno del processo, mi servirò di un esempio tratto dal diritto statunitense<sup>42</sup>.

Donald Stalcup lavorò come minatore presso la *Peabody Coal Company* circa 30 anni. Nel 1997 gli fu diagnostica una grave forma di antracosi, una malattia cronica dei polmoni causata dall'esposizione alle polveri di carbone. Donald Stalcup presentò dunque istanza di indennizzo sulla base dell'art. 921(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*, il quale prescriveva che

in caso di disabilità totale del minatore causata da antracosi, il minatore viene indennizzato durante il periodo di disabilità per un ammontare pari al 37,5 % del salario mensile previsto dal contratto di lavoro.

Il giudice amministrativo riconobbe inizialmente a Stalcup il diritto all'indennizzo, ma il *Benefits Review Board* (BRB), corte d'appello competente per le controversie in materia di lavoro, annullò con rinvio la decisione poiché il giudice aveva "valutato in modo erroneo le prove rilevanti"<sup>43</sup>. Il BRB ordinò al giudice di primo grado di considerare più attentamente se Donald Stalcup avesse realmente contratto l'antracosi, oppure se la sua disabilità fosse riconducibile ad altre patologie. A tale scopo, il giudice decise di avvalersi di una commissione di esperti chiamata a valutare la situazione clinica del malato. Tre dei cinque esperti affermarono che Donald Stalcup non era affetto da antracosi, mentre i restanti membri della commissione formularono una diagnosi opposta sulla base di una diversa eziologia dei sintomi manifestati dal paziente, in conflitto con quella adottata dagli altri medici e ugualmente fondata nella letteratura scientifica. In forza della maggioranza formatasi all'interno del collegio degli esperti, il giudice negò l'indennizzo a Stalcup poiché questi non aveva provato di aver contratto l'antracosi. Se consideriamo il ragionamento effettuato dal giudice in *Stalcup*, quale fu il contributo degli esperti alla soluzione del caso?

La nozione di opacità può essere utile per rispondere a questo quesito. Il termine 'antracosi' che ricorre nel *Black Lung Benefits Act* era opaco agli occhi del giudice, dal

<sup>42</sup> *Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 477 F.3d 482 (7th Cir. 2007).

<sup>43</sup> *Ivi*: 484.

momento che questi non padroneggiava il contenuto scientifico di questo termine né era dunque in grado di fissarne il riferimento. Il giudice decise dunque di ricorrere al parere degli esperti non solo per accertare se Donald Stalcup avesse effettivamente contratto l'antracosi, ma anche per determinare il significato del termine 'antracosi', ovvero sia le condizioni di applicazione dell'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*. 'Antracosi' è infatti un termine tecnico che appartiene al lessico della medicina patologica, che il legislatore aveva utilizzato per redigere la disposizione ma il cui contenuto specialistico non venne indagato dal giudice, rimanendo per lui inintelligibile. In aggiunta, gli esperti chiamati a testimoniare in giudizio formularono pareri confliggenti con riguardo alle condizioni di applicazione del termine 'antracosi', dal momento che la comunità scientifica era divisa in merito alla spiegazione scientifica dell'insorgere di questa malattia. Poiché il giudice non era competente sulla questione, la sua decisione si basò sul semplice conteggio dei voti degli esperti chiamati a testimoniare. Detto altrimenti, il giudice utilizzò l'opinione di maggioranza degli esperti per determinare, in primo luogo, il contenuto linguistico della disposizione, ovvero sia la norma da questa espressa, senza essere in grado di comprendere le ragioni epistemiche sottese alla sua decisione. Così facendo, il giudice si astenne dall'interpretare a fini decisionali l'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*, delegando di fatto una commissione di esperti ad esercitare il potere giurisdizionale al suo posto. Inoltre, gli esperti determinarono il contenuto della norma che disciplinava il caso non a partire da conoscenze consolidate nella comunità scientifica, quanto piuttosto mediante un voto di maggioranza. In questo modo, i criteri di selezione degli esperti chiamati a testimoniare, e la loro rappresentatività con riguardo alle diverse spiegazioni scientifiche della malattia accreditate in letteratura, divennero cruciali per la soluzione del caso. Gli esperti non solo si sostituirono al giudice nella determinazione del contenuto del diritto, "usurpando" il suo ruolo<sup>44</sup>, ma la loro opinione rimase controversa dal punto di vista epistemico<sup>45</sup>.

Ora, si potrebbe qui obiettare che la testimonianza degli esperti in giudizio non ha nulla a che fare con la determinazione del contenuto delle disposizioni utilizzate per decidere il caso. Il problema appena considerato riguarda l'accertamento dei fatti e dunque il ragionamento probatorio. In *Stalcup*, al giudice fu semplicemente chiesto di accertare, sulla base delle prove disponibili, se Donald Stalcup (DS) avesse o meno contratto l'antracosi, vale a dire il valore di verità dell'asserto 'DS è affetto da antracosi'. La testimonianza degli esperti venne utilizzata solo a tal fine – si potrebbe dunque sostenere –, non certo per stabilire il contenuto dell'art. 921(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*. Ad uno sguardo più attento, tuttavia, è facile osservare come gli esperti svolsero indirettamente un ruolo molto più pervasivo. Il loro parere venne usato sia per determinare il valore di verità di un asserto fattuale nel contesto probatorio, sia per

<sup>44</sup> Cfr. Gascón Abellán 2018: 13.

<sup>45</sup> Sul problema del disaccordo tra gli esperti nel processo penale mi permetto di rinviare a Canale 2020.

determinare il contenuto di un termine ('antracosi') da cui dipendevano le condizioni di applicazione della norma. Pertanto, gli esperti svolsero di fatto un lavoro interpretativo strettamente connesso all'attività probatoria, e logicamente antecedente ad essa<sup>46</sup>.

Per chiarire questo punto, è utile ricostruire il ragionamento del giudice facendo ricorso all'operatore deferenziale  $R_x(\sigma)$ , introdotto da François Recanati per analizzare il fenomeno della deferenza semantica<sup>47</sup>. Per semplicità, assumiamo che il giudice abbia utilizzato, per decidere il caso *Stalcap*, la disposizione 'Se antracosi, allora indennità'. Il giudice decide di non attribuire, in prima battuta, un contenuto alla disposizione; egli chiede piuttosto agli esperti di accertare il valore di verità dell'enunciato 'DS è affetto da antracosi'. La risposta fornita dagli esperti viene quindi utilizzata dal giudice per fissare, in modo deferenziale, il contenuto del predicato da cui dipende la qualificazione giuridica del fatto: quando usa il termine 'antracosi', il giudice sta in realtà utilizzando il termine ' $R_{\text{esperti}}$  (antracosi)'<sup>48</sup>. Ne segue che con riguardo alla premessa fattuale della decisione, il giudice si limita a stabilire se l'asserto 'DS è affetto da  $R_{\text{esperti}}$  (antracosi)' è provato; con riguardo alla premessa normativa, inoltre, egli decide che 'Se antracosi, allora indennità' esprime la norma 'Se  $R_{\text{esperti}}$  (antracosi), allora indennità'. Ciò mostra come il contenuto dell'asserto probatorio e della norma vengano fissati implicitamente dagli esperti e sfuggano, parallelamente, alla comprensione e alla valutazione del giudice.

Una seconda obiezione al quadro teorico appena delineato potrebbe essere la seguente: in *Stalcap* il giudice ha semplicemente attribuito all'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act* il suo significato tecnico-letterale. Se, per semplicità, assumiamo che il significato letterale di una espressione linguistica sia fissato dalle convenzioni sintattiche e semantiche che governano l'uso di tale espressione in un contesto dato, il giudice si è limitato ad adottare in sede interpretativa le convenzioni linguistiche in uso nel contesto della medicina patologica. È agevole notare, tuttavia, che il giudice, sotto il profilo cognitivo, non attribuì alcun significato al testo utilizzato per disciplinare il caso. Egli si limitò a fissare il riferimento del testo sulla base della testimonianza degli esperti, anche se le ragioni che giustificavano il loro parere non erano per lui intelligibili. Pertanto, come già osservato in precedenza, l'opacità delle norme non va confusa con significato letterale o con l'interpretazione tecnico-letterale. Il contenuto attribuito a un testo giuridico non può essere considerato corrispondente al suo significato letterale se tale contenuto non è compreso dal giudice che decide la controversia. L'in-

<sup>46</sup> Per un approfondimento di questa tesi vedi Canale 2021: § 4.

<sup>47</sup> Recanati 1997: 91-92. Questo operatore rende esplicito il riferimento tacito  $R$  di un parlante all'uso dell'espressione linguistica  $\sigma$  da parte di un agente cognitivo  $x$ . Il contenuto dell'espressione  $R_x(\sigma)$  è dunque determinato in modo "deferenziale", mediante il contenuto che un altro agente cognitivo, a cui il parlante fa implicitamente riferimento, ha attribuito o potrebbe attribuire a  $\sigma$  nel contesto enunciativo.

<sup>48</sup> Si noti che ' $R_{\text{esperti}}$  (antracosi)' è trattato dal giudice come un designatore rigido, che fissa il contenuto di ogni occorrenza di 'antracosi' nel contesto del ragionamento giudiziale, anche se tale contenuto non è noto al giudice.

interpretazione letterale richiede non solo che il giudice applichi un insieme appropriato di convenzioni linguistiche, ma anche che egli sia in grado di padroneggiare il loro uso sotto il profilo inferenziale, cosa che l'opacità delle norme impedisce<sup>49</sup>.

Da ultimo, si potrebbe obiettare che qualsivoglia disposizione che contenga termini tecnico-scientifici è opaca, al pari delle norme che essa esprime. È il ricorso da parte del legislatore di termini o espressioni specialistiche ricavate da linguaggi settoriali a generare il fenomeno che stiamo osservando, non certo il contributo offerto dagli esperti nel processo. Anche questa obiezione, tuttavia, è fuori bersaglio. L'opacità delle norme non è un problema che affligge i testi normativi in quanto tali; si tratta piuttosto di un fenomeno che può caratterizzare la comunicazione linguistica tra esperti e giudici in sede di giudizio. L'idea che qualsivoglia testo normativo che contenga termini tecnico-scientifici sia in qualche misura opaco, implica che i contenuti linguistici siano indipendenti sia dall'uso che facciamo del linguaggio, sia dal contributo cognitivo dei parlanti ai processi comunicativi. Ma le cose non stanno così: l'opacità è un fenomeno che dipende dall'interazione linguistica tra i *decision-maker* giuridici, da un lato, e gli esperti, dall'altro. È l'asimmetria epistemica tra queste figure a rendere le disposizioni e le norme opache<sup>50</sup>. Se, ad esempio, il giudice fosse in grado di padroneggiare il linguaggio specialistico utilizzato nella disposizione, o acquistasse la capacità di farlo prima di decidere il caso, la norma utilizzata non diventerebbe opaca.

Queste considerazioni consentono di precisare perché l'opacità delle norme costituisce un problema nel contesto processuale. Quando le norme diventano opache, il ragionamento probatorio invade il campo del ragionamento interpretativo del giudice, prendendone di fatto il posto<sup>51</sup>. Per un verso gli esperti, in sede probatoria, fissano il riferimento dei termini tecnici contenuti nei testi giuridici mediante i loro pareri o la loro testimonianza. Per altro verso, il giudice tratta tali termini come nomi propri o designatori rigidi, il cui significato è determinato dalla descrizione dei fatti, eventi o stati di cose a cui tali termini si riferiscono; descrizione la cui comprensione è riservata agli esperti. In questo modo, al giudice sono inibite una serie di operazioni intellettuali, di ragionamenti e di scelte pratiche che caratterizzano il suo lavoro nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei. Più precisamente, in caso di opacità delle norme il giudice non è in grado di:

- 1) stabilire se da una medesima disposizione possano essere ricavate norme diverse (l'opacità occulta l'ambiguità delle disposizioni);
- 2) stabilire se la norma si applica a tutte le sotto-classi della fattispecie regolata (l'opacità occulta la generalità);

<sup>49</sup> Cfr. Brandom 1994: 214.

<sup>50</sup> Sulla nozione di asimmetria epistemica si veda Goldman 1999: 267 ss.

<sup>51</sup> Sulla differenza tra la struttura inferenziale del ragionamento interpretativo e quella del ragionamento probatorio rinvio a Canale 1999: 45 ss.

- 3) accertare se la norma il cui contenuto è fissato dagli esperti ammetta casi *borderline* (l'opacità occulta la vaghezza);
- 4) interpretare una disposizione sulla base di direttive interpretative diverse da quella tecnico-letterale;
- 5) ricorrere a concetti o distinzioni dogmatiche per costruire norme inesprese;
- 6) estendere analogicamente l'applicazione della norma a casi simili;
- 7) identificare l'insorgere di antinomie tra la norma opaca e altre norme appartenenti all'ordinamento;
- 8) evitare l'insorgere di lacune con riguardo a fattispecie contigue;
- 9) adeguare il contenuto delle norme ai principi dell'ordinamento giuridico;
- 10) formulare un giudizio di proporzionalità con riguardo alla norma da applicare<sup>52</sup>.

In sintesi, l'opacità delle norme costituisce un problema poiché inibisce l'attività interpretativa e argomentativa del giudice, e il caso viene deciso anche se quest'ultimo non comprende il contenuto della norma che applica né è in grado di prevedere le conseguenze della propria decisione.

#### 4. L'interazione linguistica tra il giudice e l'esperto

Abbiamo visto come l'opacità delle norme presenti caratteristiche e ponga problemi diversi rispetto all'opacità delle disposizioni. Quando affligge le disposizioni, l'opacità conduce a revocare in dubbio la legittimità del ruolo para-legislativo attribuito agli esperti, e richiede procedure intersoggettive di controllo dell'autorità epistemica riconosciuta a questi ultimi. Quando affligge le norme, invece, l'opacità inibisce l'attività interpretativa e molte altre operazioni intellettuali che il giudice è tenuto a svolgere in sede decisionale per garantire la tutela giuridica dei diritti e degli interessi coinvolti. Più precisamente, l'opacità delle norme genera una commistione impropria tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* nel ragionamento del giudice. La giustificazione in fatto e la giustificazione in diritto della sentenza sono solitamente descritte come momenti distinti del ragionamento giudiziale, in quanto fanno capo a processi inferenziali diversi: l'uno orientato all'accertamento della verità di asserti fattuali, l'altro alla giustificazione della norma usata per disciplinare il caso. È ben noto, tuttavia, come questi due processi inferenziali siano strettamente connessi tra loro. La ricerca delle caratteristiche rilevanti del fatto è condizionata dalla norma

---

<sup>52</sup> Inoltre, se rivolgiamo l'attenzione al problema del controllo giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi, in caso di opacità delle norme il giudice non può stabilire se: 1) il provvedimento è illegittimo poiché l'autorità che l'ha emanato ha frainteso la legge a cui ha dato attuazione; 2) il provvedimento è irragionevole e dà dunque luogo a eccesso di potere; 3) il provvedimento è sproporzionato rispetto allo scopo che si propone di realizzare; 4) il provvedimento lede la legittima aspettativa del suo destinatario; 5) il provvedimento lede il principio di parità di trattamento.

scelta per disciplinarlo; per converso, la scelta della norma dipende dalle circostanze di fatto che costituiscono l'oggetto del giudizio<sup>53</sup>. Quando le norme diventano opache, questa correlazione tuttavia si spezza. Sono le caratteristiche del fatto identificate dagli esperti a fissare il riferimento della norma, ovvero sia l'oggetto della disciplina, provocando la paralisi del ragionamento interpretativo, vale a dire l'inibizione delle attività intellettuali e argomentative elencate in precedenza. Ciò mostra come il ragionamento probatorio possa svolgere, in taluni casi, una funzione semantica oltre che epistemica, con i pericoli che questo comporta.

Giunti a questo punto, si potrebbe tuttavia affermare che l'opacità delle norme non può essere eliminata negli ordinamenti contemporanei. Come già osservato in apertura di questo saggio, il contributo degli esperti in sede probatoria è indispensabile in un numero sempre maggiore di casi; l'asimmetria epistemica tra esperti e operatori giuridici è inoltre funzionale a garantire una accurata "divisione del lavoro probatorio", in modo da scongiurare il pericolo che il giudice o le giurie operino in modo arbitrario nell'accertamento dei fatti. Per converso, se la deferenza epistemica del giudice nei confronti degli esperti si trasforma in deferenza semantica, l'opacità delle norme rischia di pregiudicare i diritti e gli interessi dei soggetti coinvolti nel giudizio. Da un punto di vista normativo, dunque, in che modo è possibile ridurre l'opacità delle norme in modo da scongiurare l'insorge di questi problemi?

Questa domanda rinvia all'annoso dibattito tra chi sostiene che i giudici (o le giurie) debbano essere educati così da acquisire le competenze specialistiche richieste per accertare i fatti del caso, e chi invece ritiene che le corti debbano prestare totale deferenza agli esperti sulle questioni probatorie<sup>54</sup>. Secondo alcuni, detto altrimenti, la testimonianza degli esperti deve fornire le informazioni di sfondo necessarie per consentire al giudice o alle giurie di accertare i fatti del caso mediante il proprio ragionamento. Secondo altri, invece, giudici e giurie dovrebbero prestare piena deferenza nei confronti dei risultati a cui gli esperti giungono, dal momento che questi ultimi si trovano in una posizione migliore per accertare i fatti grazie alle loro conoscenze specialistiche. In base a quanto osservato fino a questo momento, tuttavia, nessuna di queste due soluzioni appare giustificata. L'opacità delle norme può essere tenuta sotto controllo soltanto se i giudici e gli esperti incrociano le loro competenze e cooperano in modo continuativo durante il processo. Più precisamente, l'opacità delle norme perde il suo carattere problematico se, da un lato, il giudice acquista una competenza tecnico-scientifica sufficiente per valutare l'impatto che la norma produce nell'ordinamento e nel caso concreto; per altro verso, se gli

---

<sup>53</sup> Se così non fosse, infatti, la sussunzione del caso nella norma risulterebbe altamente problematica, alla luce del numero infinito di caratteristiche che la descrizione di un fatto e il contenuto semantico di una norma possono denotare nel mondo. Sulla correlazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* nel ragionamento del giudice vedi Viola e Zaccaria 1999: 186 ss.; Tuzet 2016: cap. 2.

<sup>54</sup> Vedi ad esempio Allen e Miller 1993; Meazell 2010.

esperti chiamati a contribuire all'accertamento dei fatti acquistano la competenza giuridica necessaria per fornire al giudice tutte le informazioni tecnico-scientifiche giuridicamente rilevanti. Detto altrimenti, per combattere l'opacità delle norme non serve che il giudice si trasformi in esperto, né che gli esperti si sostituiscano ai giudici. Come ha sottolineato da Hilary Putnam, la divisione del lavoro linguistico che caratterizza oggi i diversi campi dell'attività umana deve accompagnarsi a una "cooperazione strutturata" tra i parlanti<sup>55</sup>. Se tale cooperazione viene meno, l'opacità delle norme rischia di diventare pervasiva.

Nei sistemi giuridici di *civil law*, ciò si traduce nell'esigenza, da parte del giudice, di operare una valutazione razionale delle prove tecnico-scientifiche. Il giudice deve essere cioè in grado di comprendere le inferenze compiute dagli esperti per giungere alla loro conclusione, di stabilire se tale conclusione sia o meno affidabile, e in che misura essa contribuisca a provare una certa spiegazione dei fatti del caso. Affinché una valutazione razionale delle prove tecnico-scientifiche diventi possibile, il contributo degli esperti non può dunque ridursi alla semplice formulazione di un parere in risposta al quesito posto dal giudice o dalle parti. Tale contributo, governato dal principio del contraddittorio<sup>56</sup>, deve estendersi all'intera fase istruttoria del processo e consistere in un dialogo continuo tra giudice ed esperti, volto a ridurre la loro rispettiva asimmetria conoscitiva e a impedire che la deferenza epistemica si tramuti in una forma di deferenza semantica. Una più stretta cooperazione linguistica tra giudice ed esperti consentirebbe, in particolare, che i pareri forniti da questi ultimi vengano trattati come un elemento di prova accanto ad altri, la cui rilevanza è comunque sottoposta alla valutazione del giudice<sup>57</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- Allen, R.J, Miller, J.S. (1993). *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, «Northwestern University Law Review», 87, 1131-1147.
- Alsina, V., Martí, J.L. (2018). *The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking*, «Analyse & Kritik», 40(2), 337-358.
- Ambrus, M. (2014). *The Role of 'Experts' in International and European Decision-making Processes*, Cambridge, Cambridge University Press.

<sup>55</sup> Putnam 1973: 706.

<sup>56</sup> Ha opportunamente insistito sull'importanza del contraddittorio nella valutazione delle prove esperte Vázquez 2020: 44 ss.

<sup>57</sup> Sulla sopravvalutazione delle prove scientifiche nell'ambito del processo, ovverosia sulla credenza ingiustificata che i pareri degli esperti siano in grado di confermare un'ipotesi probatoria col massimo grado di certezza, si veda Gascón Abellán 2013: 183-187.

- Arcuri, A., Coman-Kund, F. (2021). *Introduction: Breaking Taboo, Talking Accountability*, in A. Arcuri, F. Coman-Kund (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise*, New York, Routledge, 1-23.
- Bobbio, N. (2012). *Sul principio di legittimità* (1964), in Id., *Studi di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 65-77.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Canale, D. (2019). *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Canale, D. (2020). *Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 2020/2, 116-134.
- Canale, D. (2021). *The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making*, «Law and Philosophy», 40, 509-543.
- Canale, D. (2022). *Legislative Intent, Collective Intentionality, and Fictionalism*, in T. Marquez, C. Valentini (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law*, London-New York, Routledge, 45-68.
- Canale, D., Tuzet, G. (2021). *La giustificazione della decisione giudiziale. Seconda edizione*, Torino, Giappichelli.
- Carcattera, G. (2011). *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Celano, B. (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 101-142.
- Christiano, T. (2004). *The Authority of Democracy*, «The Journal of Political Philosophy», 12, 266-290.
- Christiano, T. (2012). *Rational Deliberation among Experts and Citizens*, in J. Parkinson, J. Masbridge (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at a Large Scale*, Cambridge, Cambridge University Press, 27-51.
- Cohen, J. (1986). *An Epistemic Conception of Democracy*, «Ethics», 97(1), 26-38.
- Duso, G. (1993). *Introduzione: Patto sociale e forma politica*, in Id. (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, Franco Angeli, 7-49.
- Doppelt, G. (2014). *Values in Science*, in M. Curd, S. Psillos (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Science. Second edition*, London-New York, Routledge, 346-357.
- Dyzenhaus, D. (2010). *Consent, Legitimacy and the Foundation of Political and Legal Authority*, in J. Webber, C.M. Macleod (eds.), *Between Consenting Peoples: Political Communities and the Meaning of Consent*, Vancouver, UBC Press, 163-187.

- Estlund, D. (2009). *Democratic Authority*, Princeton, Princeton University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Freeman, W.S. (2000). *Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment*, «Philosophy and Public Affairs», 29(4), 371-418.
- Gascón Abellán, M. (2013). *Prueba científica. Un mapa de retos*, in C. Vázquez Rojas (a cura di), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 181-203.
- Gascón Abellán, M. (2018). *Prevention and Education: The Path for Better Forensic Science and Evidence*, relazione presentata al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.
- Goldman, A. (1999). *Knowledge in a Social World*, Oxford, Oxford University Press.
- Grimm, S. (2009). *Epistemic Normativity*, in A. Haddock, A. Millar, D.H. Pritchard (eds.), *Epistemic Value*, Oxford, Oxford University Press, 243-264.
- Guastini, R. (1990). *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II. Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 235-252.
- Guastini, R. (1992). *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 177-201.
- Guastini, R. (1994). Voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 84-97.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Haack, S. (2006). *Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema Americana*, «Ars Interpretandi», 11, 303-325.
- Habermas, J. (1996). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Milano, Guerini e Associati.
- Haddock, A. (2010). *The Nature and Value of Knowledge: Three Investigations*, Oxford, Oxford University Press.
- Hass, B. (2020). *The Opaqueness of Rules*, «Oxford Journal of Legal Studies», 41(2), 407-430.
- Held, D. (1987). *Models of Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Hempel, C. (1966). *The Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall.
- Jäger, C. (2016). *Epistemic Authority, Preemptive Reasons, and Understanding*, «Episteme», 13(2), 167-185.
- Jasanoff, S. (1990). *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

- Kripke, S. (1980). *Naming and Necessity*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Kuhn, T.S. (1970). *Reflections on My Critics*, in I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 232-276.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Lanchester, F. (1998). *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, «Il Politico», 63(4), 547-565.
- Marconi, D. (1999). *La competenza lessicale*, Roma-Bari, Laterza.
- Mezell, E.H. (2010). *Super Deference, the Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science*, «Michigan Law Review», 109, 733-784.
- Merton, R.K. (1973). *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, Chicago, University of Chicago Press.
- Misak, C. (2000). *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, New York, Routledge.
- Peter, F. (2016). *The Epistemic Circumstances of Democracy*, in M. Fricker, M. Brady (eds.), *The Epistemic Life of Groups. Essays on the Epistemology of Collectives*, Oxford, Oxford University Press, 133-149.
- Pizzorusso, A. (1977). *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano.
- Pritchard, D.H. (2007). *Recent Work on Epistemic Value*, «American Philosophical Quarterly», 44, 85-110.
- Putnam, H. (1973). *Meaning and Reference*, «The Journal of Philosophy», 70, 699-711.
- Quine, W.V.O. (1953). *From a Logical Point of View*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (1971), Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- Recanati, F. (1997). *Can We Believe What We Do Not Understand?*, «Mind & Language», 12(1), 84-100.
- Simmons, A.J. (2001). *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Takema, S. (2021). *Expert Accountability and the Rule of Law. Intertwinement of Normative and Functional Standards?*, in A. Arcuri, F. Coman-Kund (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise*, New York, Routledge, 44-61.
- Taleb, N.N. (2007). *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, London, Penguin.
- Tuzet, G. (2016), *Filosofia della prova giuridica. Seconda edizione*, Torino, Giappichelli.
- Ubertone, M. (2022). *Il giudice e l'esperto: deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, Giappichelli.
- Vázquez, C. (2000). *El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial*, «Discusiones», 24, 29-60.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- Zagzebski L. (2012). *Epistemic Authority: A Theory of Trust, Authority, and Autonomy in Belief*, Oxford, Oxford University Press.



Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di dicembre 2022