

La justificación de decisiones judiciales en las democracias constitucionales



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA **ABOGACÍA**

2017

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN JUDICIAL

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN JUDICIAL

LA JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

*Director: Jorge L. Rodríguez
Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
Resol. 2016-9-E-APN-SECPE#MJ*

INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos en los estados democráticos han sufrido en los últimos años una profunda transformación, y nuestro país no ha permanecido al margen de ese proceso. Esa transformación se manifiesta con claridad en la gran ampliación del sistema de fuentes en el derecho actual. La globalización, la expansión que han experimentado las declaraciones de derechos, ya sea por modificación del propio texto constitucional como por la remisión a fuentes del derecho internacional y, en especial, el derecho internacional de los derechos humanos, han generado sin duda un nuevo escenario para los operadores jurídicos y, en especial, para los jueces.

Así, en las democracias constitucionales actuales, el papel de la judicatura se ha revalorizado. La tradicional visión del juez cuyo principal cometido consistía en ‘decir el derecho’ (*jurisdictio*) en los casos particulares, de conformidad con la teoría clásica de la separación de poderes, es incapaz de reflejar la complejidad de la práctica jurídica actual. Existe consenso en que los jueces deben resguardar con sus decisiones los derechos básicos tutelados en las constituciones y en numerosos instrumentos internacionales, en particular –aunque no exclusivamente– en aquellos casos en los que, como en nuestro sistema, se les asigna el control de constitucionalidad de leyes y actos administrativos. Y ese consenso que parece demandar un mayor protagonismo de los jueces se inserta en una realidad que también se caracteriza por la judicialización creciente de los conflictos presentes en la sociedad.

En este contexto cabe preguntarse qué objetivos debe perseguir y alcanzar un curso sobre razonamiento y decisión judicial. Tradicionalmente se esperaría que el objeto central de análisis de un curso de este tipo sea la corrección desde el punto de vista formal de la decisión judicial, en otras palabras, un curso que brinde herramientas que permitan establecer si en un caso dado la decisión en cuestión, la sentencia, constituye ‘una derivación razonada del derecho vigente’ para un caso en particular. Si bien esos contenidos siguen siendo relevantes, no alcanzan para ofrecer herramientas suficientes para hacer frente a la complejidad actual del proceso de toma de decisiones judiciales.

En estas páginas se propone una visión alternativa: no sólo considerar como objeto de estudio a la decisión judicial como tal, sino tomar como eje del análisis a todo el proceso que conduce o tiene como resultado final la sentencia judicial. Esta propuesta se basa en el entendimiento de que en la actualidad se requiere contar con herramientas teóricas más refinadas para llevar adelante y analizar el proceso que traduce simples textos en decisiones institucionales dotadas de autoridad. La configuración de lo que podríamos denominar el ‘sistema del juez’, que se plasma finalmente en las premisas de la decisión judicial, es el resultado de numerosas decisiones que requieren asumir una gran cantidad de presupuestos y categorías conceptuales y normativas. En sistemas como el nuestro, que se caracterizan por una gran profusión normativa, jerárquicamente estructurados, que establecen como criterio de validez último del sistema no solo a la constitución sino también a un importante número de fuentes de origen internacional, se presentan innumerables desafíos a la hora de configurar las premisas normativas y fácticas de un razonamiento judicial. Sin pretensión de exhaustividad, frente a cualquier caso, el juez debe decidir:

- qué circunstancias de hecho pueden considerarse probadas en el caso que se somete a juzgamiento;

- cuál es el conjunto de todos los enunciados jurídicos que poseen en principio consecuencias normativas relevantes respecto del caso, sean ellos de fuente nacional o internacional;

- qué significado corresponde asignar a los enunciados jurídicos que se hubieren escogido;
- qué reglas de inferencia se utilizarán para derivar consecuencias de las normas generales del sistema de normas aplicables a los hechos que se consideren probados del caso individual;
- qué relaciones jerárquicas corresponde establecer entre las normas del sistema que se toma como referencia;
- cuál es el derecho aplicable si existen conflictos entre las normas que hayan sido identificadas;
- qué soluciones se derivan del sistema seleccionado para el caso bajo el cual se haya subsumido el caso individual;
- si la respuesta que se deriva para el caso individual del sistema aplicable resulta axiológicamente aceptable.

El curso está conformado por cuatro módulos:

1. Normas, lenguaje y lógica
2. Racionalidad y sistematización del derecho
3. Interpretación, objetividad y conocimiento del derecho
4. Razonamiento jurídico y justificación de las decisiones judiciales

Cada módulo cuenta con el desarrollo de los contenidos teóricos, un detalle de los objetivos que se persiguen en cada caso y un abanico de posibles actividades didácticas. También se incluye bibliografía ampliatoria y remisiones a otros materiales y recursos que pueden ser de utilidad para que el docente amplíe su arsenal teórico y didáctico.

CONTENIDOS TEÓRICOS

ÍNDICE

MÓDULO I NORMAS, LENGUAJE Y LÓGICA

1. Los diversos usos de la expresión 'norma'
 - 1.1. Usos del lenguaje
 - 1.2. Diversas clases de normas
 - 1.3. Las prescripciones y sus componentes
 - 1.4. Reglas constitutivas y regulativas. Reglas imperativas e indicativas
2. Normas y lenguaje
 - 2.1. Normas, formulaciones de normas y proposiciones normativas
 - 2.2. El carácter sobre y subincluyente de las normas
 - 2.3. Existencia de normas, formulaciones normativas y regularidades de conducta
 - 2.4. Concepciones de las normas
3. Normas, verdad y lógica
 - 3.1. El dilema de Jørgensen
 - 3.2. Normas sin lógica
 - 3.3. La aplicación indirecta de la lógica a las normas
 - 3.4. Lógica sin verdad
4. Lógica deóntica
 - 4.1. Lógica modal y lógica deóntica
 - 4.2. Algunos sistemas de lógica deóntica
 - 4.3. Lógica deóntica y concepciones de las normas
 - 4.4. Representación de normas condicionales
5. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas
 - 5.1. La negación de las proposiciones normativas
 - 5.2. Diversos sentidos de permisón
 - 5.3. Consistencia y completitud
 - 5.4. Un dilema para la lógica de proposiciones normativas

MÓDULO II RACIONALIDAD Y SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO

6. Sistemas jurídicos y validez de sus normas
 - 6.1. Validez y estructura jerárquica de los sistemas jurídicos
 - 6.2. Las tesis de la unidad lógica y la completitud de los sistemas jurídicos
 - 6.3. Ambigüedad de la expresión 'validez'
 - 6.4. Modelos analíticos de reconstrucción de los sistemas jurídicos
7. Sistemas de normas aplicables
 - 7.1. Identificación de normas aplicables
 - 7.2. Aplicabilidad y casos regulados
 - 7.3. Aplicabilidad y validez
 - 7.4. Un modelo de reconstrucción de los sistemas aplicables
8. Completitud, lagunas y discrecionalidad
 - 8.1. Análisis crítico de la tesis de la completitud
 - 8.2. Diferentes clases de lagunas
 - 8.3. Lagunas y discrecionalidad judicial

- 8.4. Lagunas y casos no regulados por el derecho
- 9. Consistencia y contradicciones normativas
 - 9.1. La noción de contradicción normativa
 - 9.2. Conflictos normativos y de instanciación
 - 9.3. Conflictos entre principios constitucionales
 - 9.4. La operación de ponderación
- 10. Dinámica jurídica y sistemas constitucionales
 - 10.1. Resultados de los procesos de promulgación y derogación de normas
 - 10.2. Dinámica jurídica y jerarquías normativas
 - 10.3. Derechos garantizados y justicia constitucional
 - 10.4. La objeción contramayoritaria

MÓDULO III

INTERPRETACIÓN, OBJETIVIDAD Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

- 11. Concepciones de la interpretación
 - 11.1. Enunciados interpretativos
 - 11.2. La tesis de la única respuesta correcta
 - 11.3. La tesis de la indeterminación radical
 - 11.4. La indeterminación parcial del derecho
- 12. Problemas de interpretación en el derecho
 - 12.1. Ambigüedad y vaguedad
 - 12.2. Textura abierta
 - 12.3. La derrotabilidad de las normas jurídicas
 - 12.4. Las naturalezas jurídicas
- 13. Interpretación y argumentación
 - 13.1. Interpretación literal, extensiva y restrictiva
 - 13.2. La interpretación según su autor
 - 13.3. Directivas de interpretación
 - 13.4. Argumentos interpretativos
- 14. Interpretación, indeterminación y desacuerdos
 - 14.1. Derecho y desacuerdos
 - 14.2. Clases naturales, conceptos interpretativos y conceptos determinados por el uso
 - 14.3. Fuentes sociales y desacuerdos
 - 14.4. Diversidad de desacuerdos
- 15. El conocimiento del derecho
 - 15.1. La posibilidad de una 'ciencia' del derecho
 - 15.2. La dogmática jurídica
 - 15.3. Derecho y verdad
 - 15.4. El problemático carácter de los enunciados de la ciencia jurídica

MÓDULO IV

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

- 16. El razonamiento práctico
 - 16.1. Normas y razones para la acción
 - 16.2. La paradoja de la irracionalidad o irrelevancia del seguimiento de normas
 - 16.3. Las normas como razones excluyentes

- 16.4. El razonamiento práctico: universalismo y particularismo
- 17. Justificación de las decisiones judiciales
 - 17.1. Motivación y justificación de las decisiones judiciales
 - 17.2. Justificación interna, justificación externa y teoría de la argumentación
 - 17.3. Casos fáciles y difíciles
 - 17.4. Justificación, verdad y prueba
- 18. Discrecionalidad judicial
 - 18.1. Diferentes sentidos de discrecionalidad
 - 18.2. Una crítica a la tesis de la discrecionalidad
 - 18.3. La distinción entre reglas y principios
 - 18.4. Los principios como normas no concluyentes
- 19. Principios jurídicos y derrotabilidad en el derecho
 - 19.1. Los principios y la regla de reconocimiento
 - 19.2. Discrecionalidad y la tesis de la única respuesta correcta
 - 19.3. El carácter de la distinción entre reglas y principios
 - 19.4. Razonamiento jurídico, reglas procesales y excepciones no enumerables
- 20. Justificación jurídica y justificación moral
 - 20.1. Sobre la conexión justificatoria entre derecho y moral
 - 20.2. Corrección material y posturas metaéticas
 - 20.3. La irrelevancia práctica del objetivismo moral
 - 20.4. Racionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales

MÓDULO I NORMAS, LENGUAJE Y LÓGICA

El 20 de octubre de 2002 César Alejandro Baldivieso ingresó al Hospital San Bernardo, ubicado en la capital de la Provincia de Salta, y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas que más tarde se determinó que contenían clorhidrato de cocaína, fue intervenido quirúrgicamente. Se le extrajeron de su cuerpo trece envolturas y otras tantas las expulsó naturalmente. Todas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del hospital habían puesto sobre aviso. El 24 de junio de 2003 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta condenó a Baldivieso a cuatro años de prisión, multa de doscientos veintiséis pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autor responsable del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5°, inciso c de la ley 23.737).

La defensa, con cita del conocido plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal 'Natividad Frías', afirmó que Baldivieso no habría prestado libremente su consentimiento para que se le extrajera el material que luego fuera utilizado en su contra, pues había sido obtenido en el transcurso de una situación en la que se debatía entre la vida y la muerte. Sostuvo que se habría afectado la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe la autoincriminación, por lo que solicitó la exclusión de la prueba obtenida en forma ilegal derivada de la comparecencia del imputado al hospital. De este modo, y por no haber una fuente independiente de prueba, estimó que debía anularse todo lo actuado y absolverse a Baldivieso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso 'Zambrana Daza' del año 1997 (Fallos: 320:1717), había considerado que la utilización como prueba de cargo de aquellos materiales obtenidos legítimamente por el médico que atiende al imputado cuando busca atención médica en un hospital no implica que el acusado haya sido obligado a declarar contra sí mismo, en violación a la garantía constitucional establecida por su artículo 18.

Sin embargo, frente al recurso interpuesto por la defensa de Baldivieso, la Corte, siguiendo el dictamen de la Procuradora General, sostuvo que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte, y que, en caso de considerarse válidas las pruebas que se recogieron a partir de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado se hallaba en la disyuntiva de morir o afrontar un proceso y una pena. Interpretó que el principio republicano de gobierno impediría que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como lo sería el aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado. De ello concluyó que la tensión entre el derecho a la vida y a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud -una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual (artículo 19 de la Constitución Nacional)- y el interés del Estado en la persecución de los delitos,

debía resolverse a favor del primero. Consiguientemente, se decretó la nulidad de lo actuado y se absolvió al imputado.¹

En su voto concurrente, la Dra. Argibay consideró que, aunque a su juicio en el caso no se habría violado la garantía contra la autoincriminación, cuando los cuidados del cuerpo son realizados con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir que haya mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales. Y en ese ámbito de privacidad debía situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud, de acuerdo con el artículo 11 de la ley 17.132 sobre ejercicio de la medicina, que ‘Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer –salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal– sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal.’ Ahora bien, por otra parte, el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: ‘Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.’ Dicho artículo establece dos estándares diferentes, uno para los funcionarios y empleados públicos y otro para las personas que ejerzan el arte de curar: los primeros tienen el deber de denunciar todo delito que llegue a su conocimiento en ejercicio de sus funciones; los segundos, solamente los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional. El problema se verificaría cuando se trata de personas que revisten ambas condiciones, es decir, actúan como funcionarios y médicos simultáneamente, lo que sucede en el caso de los médicos de hospitales públicos –como los que atendieron a Baldivieso– que en ocasión de su trabajo toman conocimiento de un delito que no es de los que se dirigen contra la vida o la integridad física. En tales circunstancias el mismo sujeto se encontraría, a la vez, obligado a denunciarlo por ser funcionario (según el artículo 177.1 del CPP), y relevado de denunciarlo por ser médico, haberlo conocido bajo el amparo del secreto profesional y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física (según el artículo 177.2) e, incluso, impedido de denunciarlo (artículo 11 de la ley 17.132). Si a los médicos funcionarios públicos se les exigiera el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que solo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas. Por ello debería concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá.

En el caso en concreto, la Dra. Argibay consideró que los médicos que atendieron a Baldivieso tomaron conocimiento de la existencia de droga en su tracto digestivo con

motivo de prestarle atención médica, por lo que tenían obligación de guardar secreto (artículo 11 de la ley 17.132) y, por otro lado, ninguna alegación se hizo de que estuviesen presentes algunas de las circunstancias que relevasen a los médicos del secreto, esto es, que hubiesen actuado en el entendimiento de que se encontraban ante un delito contra la vida o la integridad física o que estuviesen ante la necesidad de evitar un mal mayor, establecidas respectivamente o en el artículo 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación en el mismo artículo 11 de la ley 17.132.

1. Los diversos usos de la expresión 'norma'

1.1. Usos del lenguaje

El lenguaje es la herramienta más rica y compleja de la comunicación humana. Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas* afirmaba que:

Hay *innumerables géneros* diferentes de empleo de todo lo que llamamos 'signos', 'palabras', 'oraciones'. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan ... La expresión 'juego de lenguaje' debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida.²

Cuando se examina el lenguaje desde el punto de vista pragmático, es decir, tomando en cuenta la relación entre los signos y sus usuarios, puede apreciarse la diversidad de actos que el hablante puede llevar a cabo a través del uso del lenguaje. J.L. Austin sostenía que cuando alguien dice algo, es preciso distinguir:

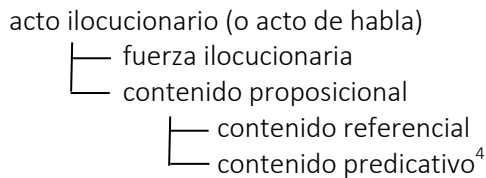
a) el acto *de* decirlo, es decir, la emisión de ciertos sonidos con cierta entonación o acentuación, sonidos que forman parte de un vocabulario, que se emiten siguiendo cierta construcción y que tienen cierta referencia o sentido. Austin llama a esto *acto locucionario*, o dimensión locucionaria de un acto lingüístico;

b) el acto que se lleva a cabo *al* decir algo, como, por ejemplo, afirmar, prometer, saludar, insultar, definir, ordenar, etc. Austin llama a esto *acto ilocucionario*, o dimensión ilocucionaria de un acto lingüístico, y

c) el acto que se lleva a cabo *porque* se dice algo, esto es, el efecto que se provoca en el auditorio. Por ejemplo, convencer, ilusionar, ofender, intrigar, etc. Austin denomina a esto *acto perlocucionario*, o dimensión perlocucionaria de un acto lingüístico.³

En un ejemplo simple: el profesor llega al aula y dice 'Saquen una hoja'. Aquí, el acto locucionario consiste en la emisión por parte del docente de la frase en cuestión; el acto ilocucionario consiste en lo que ha hecho el profesor al emitir esa frase, esto es, impartir una orden a sus alumnos; finalmente, el acto perlocucionario está dado por la reacción que provoca en su auditorio: pánico generalizado de los alumnos frente a una evaluación inesperada.

Siguiendo a John Searle, la estructura de todo acto de habla o acto comunicativo puede descomponerse en un árbol como el siguiente:



Para que la comunicación sea exitosa es necesario que todos estos componentes estén presentes. Veamos qué significa cada uno de ellos a través de ejemplos:

- (1) Juan estudia todos los días.
- (2) ¿Estudia Juan todos los días?
- (3) Juan, ¡estudia todos los días!
- (4) Sería bueno que Juan estudiara todos los días.⁵

En cada una de estas cuatro oraciones, el contenido referencial es el mismo: Juan, esto es, el sujeto al que las oraciones se refieren. También es uno solo en los cuatro casos el contenido predicativo: estudiar todos los días. Conjuntamente, el contenido referencial y el contenido predicativo configuran el contenido proposicional del acto de habla. El contenido proposicional de un acto de habla nos dice de qué se está hablando, pero qué es lo que se dice sobre aquello de lo que se habla depende además del restante componente de los actos de habla: su fuerza ilocucionaria. La diferente fuerza ilocucionaria de estas expresiones se revela en el orden de las palabras y los signos de puntuación, interrogación o admiración. Así, (1) constituye una *aserción* o *afirmación*; (2) constituye una *pregunta* o *interrogación*; (3) es una *orden* o *pedido* y (4) la *expresión de un deseo*.

Searle formula una clasificación de los actos de habla en las siguientes cinco clases, sobre la base de la diferente intención en cada uno de ellos:⁶

a) *Representativos*: en ellos el hablante se compromete con que su comentario se refiera a la realidad. Por ejemplo, afirmar, negar, confesar, admitir, notificar, etc.

b) *Directivos*: en ellos se intenta obligar al oyente a hacer cierta cosa. Por ejemplo, solicitar, requerir, ordenar, prohibir, aconsejar, etc.

c) *Compromisorios*: aquí es el hablante quien se obliga a hacer una cierta cosa. Por ejemplo, prometer, jurar, ofrecerse, garantizar, etc.

d) *Expresivos*: ellos expresan el estado de ánimo del hablante. Por ejemplo, agradecer, felicitar, condolerse, dar la bienvenida, disculparse, etc.

e) *Declarativos* (también llamados *operativos*): en este caso, la emisión del enunciado, en conjunción con un cierto entramado de reglas subyacentes, produce una modificación en un estado de cosas. Por ejemplo, nombrar, bautizar, rendirse, excomulgar, acusar, etc.

Por supuesto, esta clasificación no puede tomarse como exhaustiva de la rica gama de *usos* o *funciones* posibles del lenguaje. Por otra parte, resulta claro que en la práctica comunicativa

muchos de nuestros usos lingüísticos no aparecen claramente delimitados, sino que combinan en formas complejas aspectos característicos de más de una de estas distintas clasificaciones. Un poema puede describir en cierta forma una situación o buscar que los lectores actúen de una determinada manera; un escrito científico, más allá de una descripción, puede reflejar el entusiasmo del autor o buscar captar la adhesión del lector. La mayoría de los usos del lenguaje son, en realidad, mixtos.

Con tales salvedades, centraremos aquí la atención en dos de estos usos o funciones que se destacan por su relevancia para esta investigación: el uso descriptivo (informativo, asertivo o representativo) y el prescriptivo (o directivo). Y para ilustrar sobre sus diferencias quizás pueda servir la adaptación de un ejemplo acuñado por Elizabeth Anscombe.⁷ Supóngase un hombre a quien su esposa envía al supermercado con una lista de productos para comprar. Supóngase también que, desconfiando de su marido, la mujer contrata un detective para que lo siga y anote en una libreta todo lo que hace. El hombre, efectivamente, ingresa en el supermercado. Una vez allí, va cargando en un carro los diferentes artículos que figuran en su lista. Pocos pasos detrás de él, el detective anota en su libreta todos los productos que el hombre carga en el carro. Existirán, en consecuencia, dos listas: la que confeccionó la mujer y la que produce el detective.

Pues bien, supóngase ahora que se produce un desacuerdo entre una de estas listas y el contenido del carro. Por ejemplo, la lista que tiene el marido dice 'vino blanco', pero él compra vinagre en su lugar. En un caso semejante, resultaría insensato atribuir el error a la lista, puesto que ella constituye una instrucción, una directiva de la mujer para las compras del marido. Si este no compra algo de lo consignado en esta lista, como ella no pretende ser una descripción del contenido del carro sino, más bien, una prescripción de lo que el hombre debe comprar, en caso de discrepancia entre la lista y el carro, el 'error' no es de la lista sino de lo que hizo el marido al llenar el carro. Siguiendo a Anscombe, podría decirse que esta lista tiene una *dirección de ajuste* que va del mundo al lenguaje, en el sentido de que lo que debe ajustarse es el mundo al lenguaje y no este a aquel. En caso de discrepancia, el problema no está en el lenguaje sino en el mundo.

Ahora supóngase que la discrepancia se presenta entre el contenido del carro y lo consignado por el detective en su libreta. Por ejemplo, el hombre ha cargado en su carro un kilo de tomates y el detective escribió en su lista 'naranjas'. A diferencia del caso anterior, aquí el error no está en lo hecho por el hombre sino en lo informado por el detective; en la lista del detective y no en el contenido del carro. Se supone que el detective debe consignar fielmente lo que acontece y, por consiguiente, debe listar correctamente los productos que el hombre carga en el carro. En caso de discrepancia, lo que debe corregirse es la lista y no el contenido del carro. Esta lista posee una *dirección de ajuste* que va del lenguaje al mundo, en el sentido de que, en caso de discrepancia, el problema no está en el mundo sino en el lenguaje.

Cuando el lenguaje se emplea descriptivamente, como en el caso de esta última lista, podríamos decir, siguiendo una imagen de Ludwig Wittgenstein, que lo que se intenta hacer es una pintura o representación de la realidad, en el sentido de que, si lo expresado por el enunciado en cuestión se corresponde con ella, se dirá que es verdadero y, en caso contrario, que es falso.

En cambio, cuando el lenguaje se emplea prescriptivamente, como en el caso de la primera lista, se pretende con él influir sobre la conducta de cierto agente a efectos de que este se comporte del modo en que lo pretende el emisor. Si la conducta del destinatario de la prescripción no se ajusta a lo prescrito, no hay razón alguna para corregir la prescripción: lo que en todo caso debería

corregirse es la conducta para que ella se conforme con lo prescripto. Es por ello que aquí no parece tener sentido hablar de verdad o falsedad.

1.2. Diversas clases de normas

En su libro *Las reglas en juego*, Frederick Schauer afirma que, aunque los hombres se creen libres, están rodeados de normas.⁸ Cuando se toman decisiones en la vida cotidiana, gran parte de las acciones o actividades por las que se opta se ven influidas por normas de muy diferentes tipos. La presión que ejercen las normas sobre las conductas difiere en cada caso, y su influencia en nuestros proyectos de vida también varía. Algunas cierran por completo el camino que se pretende tomar, otras colocan obstáculos que deben sortearse para alcanzar los objetivos anhelados, mientras que otras solo son tomadas en cuenta cuando resultan útiles para lograr ciertos fines. Por eso es importante la pregunta acerca de cómo funcionan las normas.

El filósofo y lógico finlandés George Henrik von Wright presenta en *Norma y Acción* un análisis del significado de la palabra 'norma',⁹ advirtiendo que esa empresa presenta una serie de dificultades. En primer lugar, el campo de significado del término 'norma' es heterogéneo, problema que se agrava debido a que el concepto estudiado no es ambiguo en el sentido ordinario, por poseer diversos significados, sino que además esos diversos significados se encuentran íntimamente relacionados entre sí. En segundo lugar, el concepto de 'norma' es vago, pero no solo por tener contornos imprecisos, sino porque en realidad no existe siquiera una característica común, presente en todas las instancias de uso de esta palabra, que se encuentran vinculadas entre sí de muchas maneras diferentes con un cierto 'aire o parecido de familia'.¹⁰ Estos dos problemas, según von Wright, hacen que sea fútil tratar de crear una teoría general de las normas que dé cuenta de todo este conglomerado de fenómenos.

Algunos de los enunciados siguientes son normas y otros tienen cierta relación con ellas. Para distinguir algunos de los principales núcleos significativos de la expresión 'norma', y para marcar relaciones entre éstos y otros tipos de enunciados que no pueden considerarse tales, el análisis ofrecido por von Wright resulta sumamente útil.

- a) 'Todo cuerpo sumergido en el agua recibe un empuje de abajo hacia arriba que es igual al peso del líquido desalojado'.
- b) 'Si quieres que la masa del pan leude debes dejarla reposar algunas horas'.
- c) 'Dejar reposar la masa algunas horas es condición necesaria para que el pan leude'.
- d) 'El enroque consiste en un movimiento del rey completado por el de una torre, todo lo cual se cuenta como una sola jugada. Se ejecuta así: el rey deja su casilla inicial para ocupar una u otra de las casillas del mismo color más próximas de la misma línea; luego la torre hacia la cual se dirigió el rey pasa sobre el rey ubicándose en la casilla que este acaba de saltar. El enroque no puede realizarse si el rey o la torre ya han sido jugados'.
- e) 'Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento

de su objeto y los fines de su creación’ (artículo 141 del Código Civil y Comercial argentino).

f) ‘El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años’ (artículo 138 inciso 1 del Código Penal español).

g) ‘No matarás’.

Teniendo en cuenta el problema de la vaguedad del concepto de norma, un criterio que emplea von Wright para intentar delimitar su campo de significado consiste en excluir de este a los enunciados descriptivos. En otras palabras, utiliza la oposición entre uso prescriptivo y uso descriptivo del lenguaje para distinguir entre normas y enunciados que no revisten tal carácter, de manera que ella coadyuvaría a precisar, hasta cierto punto, los límites del concepto.

Con este criterio se pueden marcar las primeras diferencias entre los enunciados propuestos. Así, resulta claro que los enunciados a) y c) no serían normas ya que se trata de enunciados descriptivos. En a) se describe la fuerza o empuje que recibe un objeto cuando es sumergido en un líquido, y es un ejemplo típico de lo que suele denominarse ‘ley de la naturaleza’. En c) se describe la relación causal que existe entre dejar reposar la masa algunas horas (causa) y que el pan leude (efecto), expresando lo que von Wright denomina –como se verá enseguida– ‘proposición anankástica’. Ambos pueden ser verdaderos o falsos dependiendo de si los hechos o relaciones que describen se verifican o no en la realidad.

La distinción entre uso descriptivo y uso prescriptivo del lenguaje sirve también para diferenciar entre reglas o leyes del Estado –el enunciado e), por ejemplo– y reglas o leyes de la naturaleza –el enunciado a)– siendo las segundas de carácter descriptivo: describen regularidades que se dan en el curso de la naturaleza y, por ello, pueden ser verdaderas o falsas. Estas leyes no *regulan* el comportamiento de la naturaleza, sino que *describen las regularidades* que pueden observarse en ella; la naturaleza no debe adaptarse a estas leyes sino que, por el contrario, las leyes deben adaptarse a ella. Como postularía Anscombe, su *dirección de ajuste* va del lenguaje al mundo.

Ya se ha expresado que ‘norma’ es una expresión que tiene muchos casos de uso, sin que entre muchos de ellos exista ni siquiera una característica común. Es por esta razón que von Wright sostiene que no puede ofrecerse una definición que abarque todos esos usos diversos y propone en su lugar aislar tres grandes núcleos de significado principales: las *reglas determinativas*, las *directrices* o *normas técnicas* y las *prescripciones* o *regulaciones*.¹¹ Además, menciona otros tres núcleos de significado secundarios: las *costumbres*, los *principios morales* y las *reglas ideales*. Es característico de los grupos menores, según von Wright, el presentar afinidades con más de uno de los grupos mayores. Caen, por así decirlo, entre ellos.

Las *reglas determinativas* se caracterizan por definir o determinar una cierta actividad humana. El ejemplo típico de esta especie de normas es el de las reglas que indican cómo jugar un cierto juego. Sirven para establecer los ‘movimientos’ admitidos y, de esta manera, definen al juego mismo y a la actividad de jugarlo.

Las reglas de la gramática de un lenguaje natural también pertenecerían a esta especie de normas. Ellas determinan o definen la actividad de hablar o escribir en un lenguaje determinado. Las reglas de la gramática tienen mayor flexibilidad y mutabilidad que las reglas de un juego pues, a

diferencia de ellas, están en constante proceso de crecimiento y cambio. También las reglas del cálculo lógico y matemático pueden ser incluidas dentro de este tipo de normas.

De una persona que no habla de acuerdo con las reglas de la gramática se dirá que habla incorrectamente o que no habla el lenguaje en cuestión, por las mismas razones que llevan a aseverar que una persona juega incorrectamente o no juega un juego determinado. De manera que, en términos generales, podría decirse que la consecuencia de incumplir una regla determinativa es que la conducta de quien se aparta de sus preceptos quedará fuera de los límites de la actividad definida por esas normas.

Con esta caracterización de von Wright pueden examinarse los ejemplos ofrecidos al comienzo de este punto. Entre ellos, los enunciados d) y e) parecen corresponderse con este tipo de normas. El enunciado d) define la acción de enrocar en el contexto del juego del ajedrez, en tanto que el enunciado e) define qué se considera 'persona jurídica' de acuerdo con el Código Civil y Comercial argentino.

Las *directrices* o *normas técnicas* establecen los medios que han de usarse para lograr un determinado fin. Von Wright considera que la formulación típica de las normas técnicas se lleva a cabo a través de oraciones condicionales como la siguiente: 'Si quieres hacer la cabaña habitable, debes calentarla'. La estructura típica de esta especie de normas sería, pues, *condicional*, donde en el *antecedente* se menciona el fin a alcanzar (hacer la cabaña habitable) –el cual está supeditado a la voluntad del destinatario de la norma– y en el *consecuente* se enuncia la acción que tiene o no tiene que hacerse para lograr tal fin (en este caso, calentar la cabaña).

Las directrices o normas técnicas deben diferenciarse de las *proposiciones anankásticas*, enunciados descriptivos que afirman que determinada acción es condición necesaria para lograr determinado fin. Entre ellas y las directrices hay una relación de *presuposición*, dado que al enunciar una norma técnica se presupone la verdad de una proposición anankástica. En el ejemplo que brinda por von Wright, la proposición anankástica presupuesta es: 'Si no se calienta la cabaña, esta no será habitable' o, lo que es lo mismo, 'Calentar la cabaña es condición necesaria para hacerla habitable'.

Una norma técnica puede asimilarse a un consejo. Y quien acude a una persona pidiéndole consejo supone que el consejero posee más información que él sobre el tema. Esa información presupuesta por quien brinda un consejo, que de ser correcta haría eficaz al consejo, es lo que von Wright denomina 'proposición anankástica'. De la verdad de este enunciado descriptivo depende la eficacia de la norma técnica que lo presupone. Es decir, si es verdad que calentar la cabaña es condición necesaria para hacerla habitable, entonces la norma técnica 'Si quieres hacer habitable la cabaña, debes calentarla' será eficaz, en el sentido de que quien cumpla con lo que ella dispone podrá lograr el fin perseguido. Es claro que quien formula una norma técnica puede apoyarse en una proposición anankástica falsa (inadvertida o intencionalmente). En tal caso, su instrucción no permitirá alcanzar la finalidad buscada.

La relación entre normas técnicas y proposiciones anankásticas quizás pueda advertirse más claramente si se consideran las inferencias prácticas que son efectuadas con frecuencia para justificar las acciones. En el ejemplo de la cabaña, se podría suponer que una persona razona del siguiente modo: 'Quiero hacer habitable la cabaña. Pero a menos que la caliente, ella no será habitable. Por ello, debo calentar la cabaña'. Aquí la segunda premisa del razonamiento constituye

una proposición anankástica. Supóngase que quien razona de este modo logra la finalidad buscada, esto es, hacer la cabaña habitable, y que ahora, sobre la base de su experiencia, le ofrece un consejo a un amigo a quien le presta la cabaña un fin de semana. Podría resumir su inferencia en la formulación del enunciado 'Si quieres hacer habitable la cabaña, debes calentarla'. En este consejo (norma técnica) se condensa su experiencia previa, la que a su vez se apoya en la verdad del enunciado 'Calentar la cabaña es una condición necesaria para hacerla habitable'. En la formulación de una norma técnica, por lo tanto, se sintetiza en un enunciado la conclusión de una inferencia práctica que se apoya en la verdad de una premisa implícita (la proposición anankástica).

De lo expresado se desprende que si bien media una importante conexión entre normas técnicas y proposiciones anankásticas, ellas no deben ser confundidas. Las proposiciones anankásticas son, como se dijo, enunciados descriptivos y, por ello, susceptibles de verdad o falsedad. Las normas técnicas, en cambio, no son enunciados destinados a describir algo sino a influir sobre la conducta de otro en la forma de un consejo o instrucción. Por otra parte, a partir de este análisis puede advertirse cuál es la consecuencia del incumplimiento de una norma técnica: si ella se apoya en una proposición anankástica verdadera, apartarse de lo que la norma técnica dispone puede impedir el logro del fin perseguido.

Si se examinan los ejemplos ofrecidos al comienzo del punto sobre la base de esta caracterización, podrá apreciarse que el enunciado b) expresa una norma técnica y el c) la proposición anankástica presupuesta por ella.

1.3. Las prescripciones y sus componentes

Las *prescripciones* son normas que tienen su fuente en la voluntad de quien las formula (autoridad normativa) y pretenden influir directamente sobre la conducta de aquel agente o agentes a quienes van dirigidas (sujetos normativos) para que éstos últimos se comporten del modo pretendido.¹² En este sentido, la formulación de la prescripción constituye una manifestación de la voluntad de la autoridad. Las órdenes militares, los mandatos o permisiones dados por los padres a los hijos y las reglas de tránsito son ejemplos característicos de este tipo de normas. Las decisiones judiciales tienen también un aspecto o componente prescriptivo. De los casos presentados en el punto anterior, parece claro que los enunciados f) y g) se ajustan a las características de las prescripciones.

En opinión de von Wright, la posibilidad misma del dictado de una prescripción supone la existencia de cierta relación de superioridad de la autoridad sobre el sujeto normativo, que puede asentarse en la fuerza, en el ascendiente moral o en una relación institucional de superioridad jerárquica. A fin de hacer conocer al sujeto su voluntad, la autoridad normativa *promulga* sus prescripciones, esto es, las formula en un lenguaje. Y para que su voluntad sea eficaz, generalmente la autoridad añade a la prescripción una amenaza de castigo o sanción. Este rasgo permite distinguir a las prescripciones de los tipos de normas que se analizaron previamente. A diferencia de lo que ocurre con las reglas determinativas, cuya inobservancia implica quedar fuera de la actividad que tales reglas definen, y con las normas técnicas, cuyo incumplimiento en caso de que ellas se apoyen en proposiciones anankásticas verdaderas puede ocasionar que se frustre la obtención del fin perseguido, incumplir una prescripción suele acarrear como consecuencia la imposición de una sanción. De todos modos, siguiendo el análisis del profesor finlandés, este

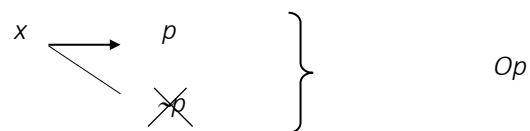
último no es un componente necesario de toda prescripción, dado que su ausencia no afecta su existencia sino, en todo caso, como se sugirió, su eficacia.

Von Wright distingue seis componentes de las prescripciones: su *carácter*, su *contenido*, su *condición de aplicación*, la *autoridad*, el *sujeto* y la *ocasión*. A ellos pueden adicionarse la *promulgación* y la *sanción*, aunque, como se dijo, no son considerados como partes esenciales de esta clase de normas.

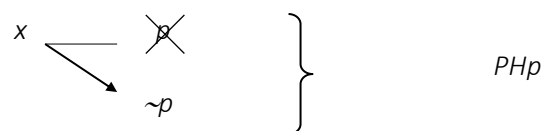
El carácter, el contenido y la condición de aplicación conforman lo que von Wright denomina *núcleo normativo*, una estructura lógica que las prescripciones compartirían con los otros tipos de normas. En cambio, la autoridad, el sujeto y la ocasión serían características específicas de las prescripciones. Por ejemplo, no puede decirse de las reglas de un juego que hayan sido establecidas por alguna autoridad, pues si bien es factible que hayan sido formuladas por alguien, su autoridad no es relevante para la existencia de la regla.

El *carácter* de una prescripción es la modalidad específica a través del cual la autoridad pretende dirigir la conducta de sus destinatarios. Una prescripción puede básicamente establecer que es *obligatorio* realizar cierta conducta, que está *prohibido* realizarla, o que es *facultativo* o está *permitido* llevarla a cabo. De modo que el carácter de una prescripción puede ser *obligatorio*, *prohibido*, *facultativo* o *permitido*, representados en adelante como *O*, *PH*, *F* y *P*, respectivamente.

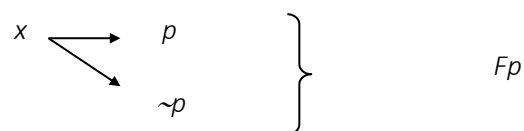
En este punto es importante aclarar, al menos en una aproximación intuitiva, qué se hace cuando se obliga, se prohíbe, o permite realizar cierta acción. Quien prescribe el deber de llevar a cabo una cierta acción, que en adelante se identificará con la letra *p*, pretende dirigir la conducta de los agentes normativos del siguiente modo: dado que para cualquier sujeto *x* en un momento determinado, o bien *x* realiza la acción *p* o bien no la realiza ($\sim p$ representará 'no realizar *p*'), obligar a realizar *p* implica orientar la conducta de los agentes hacia *p*, desalentando de algún modo $\sim p$.



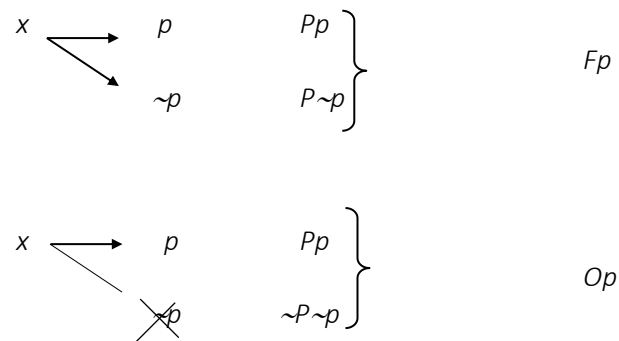
Cuando la autoridad normativa prohíbe la realización de la conducta *p*, pretende orientar la conducta de los agentes normativos hacia $\sim p$, desalentando la opción por el camino que va hacia *p*:



Facultar la realización de *p* significa habilitar tanto el camino que va hacia *p* como el que va hacia $\sim p$, de modo tal que la elección entre realizar o abstenerse de realizar *p* queda en manos del agente:



En cambio, permitir una acción p implica *habilitar* el camino que va hacia p , pero sin calificar el camino que va hacia $\sim p$. De ahí que la permisión de una conducta p sea compatible tanto con la permisión de la abstención de p , como con la no permisión de la abstención de p . En el primer caso, se dirá que la realización de p ha sido facultada; en el segundo, que la realización de p es obligatoria.



Habida cuenta de que el carácter facultativo de una acción es reducible a la permisión tanto de la conducta p como de su abstención, en adelante se prescindirá del uso de esta modalidad. A los diferentes caracteres de las prescripciones se los califica como *operadores deónticos* o *modalidades deónticas* (del griego $\delta\acute{\epsilon}\omicron\nu[\tau\omicron\varsigma]$, lo debido) y al análisis de sus relaciones, *lógica deóntica*.

El *contenido* de una prescripción es la conducta sobre la cual la autoridad normativa pretende influir al destinatario. Se trata de aquella conducta que la prescripción califica normativamente como permitida, prohibida u obligatoria. Desde este punto de vista, las prescripciones pueden clasificarse en *positivas* o *negativas*, según su contenido sea un acto o una abstención. Asimismo, pueden distinguirse según su contenido *prescripciones relativas a una acción* y *prescripciones relativas a una actividad*. Para von Wright, una acción es un cambio en el mundo provocado por la intervención voluntaria del hombre que se agota en un instante, es decir, que se asocia con un *suceso*. En cambio, una actividad se continúa en el tiempo, se asocia a un *proceso*. Aunque no hay un límite preciso que permita discriminar entre actos y actividades, podría decirse que disparar una pistola es un acto, mientras que caminar es una actividad. La prescripción que prohíbe fumar se refiere a una actividad, mientras que la que permite votar se refiere a la realización de un acto.

Se denomina *condición de aplicación* a aquella circunstancia o estado de cosas que tiene que verificarse para que sea posible realizar la conducta que constituye el contenido de la prescripción. Según von Wright, toda prescripción tiene una cierta condición de aplicación, sea que se subordine explícitamente el surgimiento del deber, la prohibición o la permisión a que se verifique cierta condición, sea que ella resulte implícitamente de su contenido. De modo que, desde el punto de vista de sus condiciones de aplicación, las prescripciones pueden dividirse en *categorías* e *hipotéticas*. Si una prescripción es categórica, su condición de aplicación surgirá de su propio contenido. Así, por ejemplo, si se ordena cerrar la puerta, la condición de aplicación será que la puerta esté abierta y que no se cierre por sí sola (que sea menester un acto humano para cerrarla). En cambio, si una prescripción es hipotética, su condición de aplicación resultará explicitada en su formulación por una cláusula adicional a la que se subordinará el surgimiento de la obligación, prohibición o permisión. En el ejemplo anterior, una variante que ilustra esta condición sería que se estableciera el deber de cerrar la puerta *si está lloviendo*. Cerrar la puerta constituiría aquí el contenido del acto prescripto y la condición de aplicación sería que esté lloviendo.

La *autoridad normativa* es el agente que emite la prescripción. La autoridad ordena, permite o prohíbe a determinados sujetos realizar o abstenerse de realizar ciertas acciones en determinadas ocasiones. Por ejemplo, si el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Mar del Plata prohíbe fumar en las aulas de las diferentes Facultades, puede considerarse a dicho órgano como la autoridad normativa de esa prescripción.

Las acciones de la autoridad de las que resulta la existencia de una prescripción son denominadas *acciones normativas*. Por ejemplo, cuando el consejo Superior de la Universidad Nacional de Mar del Plata sanciona la ordenanza que prohíbe fumar en las aulas, realiza una acción normativa que genera una prescripción de carácter prohibitivo.

Se pueden distinguir, desde este punto de vista, aquellas prescripciones respecto de las cuales se considera que tienen como autoridad a un agente supraempírico, las que se califican como *prescripciones teónomas*, de las que resultan de una acción normativa humana, que son llamadas *prescripciones positivas*. A su vez, el agente empírico puede ser personal (un ser humano) o impersonal (una sociedad, un club, un tribunal). Por otra parte, von Wright discrimina entre *prescripciones autónomas* y *heterónomas*. Una prescripción es heterónoma si la autoridad normativa es distinta del sujeto destinatario. Las normas autónomas pueden ser caracterizadas de dos maneras distintas: como aquellas que no son dadas por ninguna autoridad (así, dice von Wright, podrían quizás interpretarse las normas morales) o como aquellas que un agente se da a sí mismo, esto es, aquellas en las que la autoridad y el sujeto normativo coinciden en una misma persona. A juicio de von Wright, solo metafóricamente o por analogía cabe hablar de un agente que se dicta a sí mismo una prescripción, de manera que, en un sentido primario, las prescripciones son siempre heterónomas, y solo en un sentido secundario puede considerarse la posibilidad de prescripciones autónomas.

Por *sujeto normativo* de una prescripción entiende von Wright al agente o agentes a quienes la prescripción se dirige. Son aquellas personas a quienes la prescripción les ordena hacer, no hacer o les permite llevar a cabo ciertos actos o actividades. Las prescripciones pueden clasificarse desde este punto de vista en *particulares* y *generales*. Una prescripción es particular con respecto al sujeto normativo si se dirige a un individuo específico o a varios a quienes se identifica individualmente. En cambio, una prescripción es general con respecto al sujeto normativo si se dirige a los hombres sin distinción o a los miembros de una clase definida por la posesión de una cierta propiedad. Así, una sentencia judicial que condena a Juan a quince años de prisión por homicidio es una prescripción particular. En cambio, una ley que dispone que toda persona que gane más de cierta suma de dinero por mes debe pagar cierto importe como impuesto a las ganancias sería un ejemplo de prescripción general. Cabe resaltar, contra lo que podría ingenuamente creerse, que lo que torna general o particular a una prescripción no es la cantidad de personas que resultan sus destinatarios, sino el que ella se dirija a personas individualizadas o a un número indeterminado de personas que satisfagan cierta descripción. Así, sería igualmente una prescripción particular la sentencia judicial que condenara a Juan y María como coautores de un homicidio, dado que, si bien ella se dirige a dos personas, ambas están individualizadas y no son destinatarias de la prescripción por ser miembros de una clase. Y sería general una ley que dispusiera que toda persona que gane más de cierta suma de dinero por mes debe pagar cierto importe como impuesto a las ganancias aun cuando haya solo una persona (o incluso ninguna) que satisfaga dicha descripción.

Por otro lado, una prescripción puede ser *conjuntiva* o *disyuntivamente general*. Será conjuntivamente general si se dirige a todos los integrantes de la clase especificada. En tal caso se requiere que cada uno de ellos cumpla con lo prescripto, como en el ejemplo de la ley impositiva del párrafo anterior. Una prescripción disyuntivamente general impone una obligación o prohibición a al menos uno de los integrantes de la clase, de manera que para considerar cumplida a la prescripción basta con que alguno de los miembros de la clase realice su contenido. Ejemplo de este tipo de prescripción sería el del capitán de un barco que dice a los pasajeros ‘Alguien tiene que abandonar la nave’. En tal caso no se ordena a ningún pasajero en particular abandonar el barco, y basta con que uno lo haga para considerar satisfecha la orden.

La *ocasión* es la localización en el espacio y en el tiempo en la que la prescripción debe ser cumplida. Desde el punto de vista de su ocasión, las prescripciones también pueden ser (conjuntiva o disyuntivamente) *generales* o *particulares*. Será particular una prescripción si ella ha de ser cumplida en una ocasión específica. Por ejemplo, ‘Abra la ventana ahora’. Cuando la prescripción debe ser cumplida en un número indeterminado de ocasiones a las que se identifica en virtud de cierta descripción genérica, será general con relación a la ocasión. Por ejemplo, ‘Cécheme mate todos los días cuando me despierta de la siesta’. Puede ser conjuntiva o disyuntivamente general con relación a la ocasión, según si ordena o permite la realización de su contenido en cada ocasión que responda a la descripción genérica en cuestión, como en el ejemplo anterior, o en al menos una de tales ocasiones, como en el siguiente ejemplo: ‘Venga a verme cualquier día de la semana por la mañana’. Von Wright propone denominar *eminente general* a aquellas prescripciones que son generales tanto respecto del sujeto como de la ocasión.

Resta analizar los usos secundarios de la expresión ‘norma’ que caracteriza von Wright. En primer lugar, las *costumbres* conforman un grupo de normas que, en algunos aspectos, se asemejan a las reglas determinativas y en otros a las prescripciones. Para von Wright, las costumbres pueden ser consideradas como especies del género de los *hábitos*, es decir, como regularidades en el comportamiento, disposiciones o tendencias a actuar de determinada manera en circunstancias similares. Son pautas sociales de comportamiento para los miembros de una comunidad, adquiridas por ella como un todo y más bien impuestas a sus miembros que incorporadas individualmente por ellos. A diferencia de los simples hábitos, como el hecho de que la gente concurra al cine cierto día de la semana porque la entrada es más barata, las costumbres presentan un aspecto genuinamente prescriptivo del que carecen los primeros. Ellas ejercen una cierta ‘presión normativa’ sobre los miembros de la comunidad. La existencia de esta presión se refleja en las diversas medidas punitivas con las que la comunidad reacciona frente a aquellos miembros que no se ajustan a sus costumbres. En este aspecto las costumbres se asemejan a las prescripciones. Así, decir ‘buen día’ cuando se llega al trabajo todas las mañanas no es un simple hábito, puesto que no hacerlo no está libre de al menos cierto reproche de parte del grupo social, cosa que no ocurre en absoluto en el ejemplo de la concurrencia al cine los días en que la entrada es más barata.

Sin perjuicio de lo dicho, existen notables diferencias entre las costumbres y las prescripciones. Ante todo, las costumbres no están dadas a los sujetos por ninguna autoridad. Solo en sentido figurado podría decirse que la autoridad detrás de las costumbres es la comunidad misma, incluyendo miembros presentes y pasados. En este entendimiento podrían caracterizarse como *prescripciones anónimas*. Otra diferencia es que las costumbres no requieren promulgación alguna por medio de símbolos. No necesitan ser expresadas en palabras ni poseer formulación canónica alguna. Por esta razón, también podrían ser consideradas *prescripciones implícitas*.

En otros aspectos las costumbres se asemejan más a las reglas determinativas. Las costumbres determinan o definen formas de conductas que son características de cierta comunidad. Un miembro que no vive de acuerdo con la costumbre es pocas veces castigado con la misma intensidad con la que se castiga a un miembro que infringe una ley. La peculiaridad de la posición de aquel que no actúa de acuerdo con la costumbre se asemeja más a la del niño que se para a un lado y no quiere participar en el juego de sus compañeros. Es más bien un 'extraño' a su comunidad que un proscrito.

Las *normas morales*, según Von Wright, tienen la peculiaridad de no constituir un grupo autónomo e independiente, sino que más bien presentan complicadas afinidades lógicas con los tipos principales de normas y con las nociones valorativas del bien y del mal. Por consiguiente, entender la naturaleza peculiar de las normas morales no es descubrir algún rasgo único en ellas, sino reconocer sus relaciones complejas con una serie de otros elementos. Algunos autores consideran que las normas morales son mandatos de Dios a los hombres. Aceptar esta concepción implica asimilar las normas morales a prescripciones. Sin embargo, estas normas serían un tipo muy especial de prescripciones debido a la naturaleza peculiar de la autoridad sobrenatural de la que emanarían. Para otros, lo bueno y lo malo se definen por el logro de determinados fines. Si se considera que es bueno aquello que contribuye a la felicidad general y es malo lo que se opone a ella, entonces se interpreta a las normas morales como especies de normas técnicas. Esta sería la postura que asumen las doctrinas utilitaristas.

Las *reglas ideales* guardan una diferencia significativa con la mayoría de los núcleos de significado a los que se ha hecho referencia hasta aquí, en los cuales se trataba de casos referidos a acciones que deben, pueden o no deben *hacerse*. Las *reglas ideales* no se refieren de manera inmediata a la acción, sino a aquello que debe, puede o no debe *ser*. Se apela a reglas ideales cuando se dice que el hombre debe ser generoso, veraz, justo prudente, etc., y cuando se afirma que un soldado debe ser valiente, resistente, etc., o que un cuchillo debe ser afilado, con buen mango, etc. Las reglas ideales están vinculadas estrechamente con el concepto de *bondad*. Las propiedades ideales no se predicen simplemente de un artesano, un administrador, o un juez, sino del *buen* artesano, del *buen* administrador o del *buen* juez. De quien posee en alto grado las propiedades de ser bueno dentro de un género más amplio se dice que alcanza el ideal en ese género. Los rasgos que las reglas ideales requieren que estén presentes en los buenos miembros de una clase pueden ser designados como las virtudes características de los miembros de esa clase. En este sentido, las reglas ideales se asemejan a las reglas determinativas, pues al determinar qué propiedades debe poseer un ejemplar óptimo de una clase definen el ideal dentro de ella.

También es posible marcar una semejanza entre las reglas ideales y las normas técnicas. La lucha por un ideal se asemeja a la prosecución de un fin. Sin embargo, según von Wright, sería erróneo pensar en las normas ideales como normas que se refieren a medios para el logro de determinados fines, puesto que la relación que existe entre medios y fines es diferente en las reglas ideales y en las normas técnicas. En las primeras esta relación es de tipo conceptual o lógico y en las segundas es de tipo causal.

Los principales núcleos de significado de la expresión 'norma' que distingue von Wright, así como los diversos modos en los que ellas impactan sobre nuestra conducta, pueden ejemplificarse con el plexo de normas relevantes del caso 'Baldivieso'. En primer lugar, tanto el artículo 11 de la ley 17.132 como el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación consagran prescripciones que

básicamente imponen deberes. El primero de ellos, como se transcribió al comienzo de este módulo establece que 'Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley [médicos], con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer...', pero agrega '... salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal', situaciones en las cuales se releva el deber genérico mediante una permisión. Del mismo modo, el segundo dispone que 'Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1°) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión...', y respecto de estos últimos también se prevé como excepción permisiva '... salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional'.

En la sentencia dictada en el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decretó la invalidez de la prueba de un presunto delito por entender que ella había sido obtenida en forma ilegal a partir de la violación del deber de guardar secreto profesional por parte de los médicos del hospital que atendieron al imputado. En este aspecto, ¿puede asimilarse el contenido de tal decisión a una prescripción? Aunque se trata de una cuestión compleja, puede adelantarse aquí que la determinación de las condiciones para la válida incorporación de ciertos elementos de juicio como prueba en el marco de un proceso debería más bien reconstruirse como una regla determinativa: así como es posible sostener que un cierto movimiento conjunto del rey y una torre cuenta como una jugada válida en el ajedrez (un enroque), del mismo modo puede decirse que una prueba recogida sin violar ninguna disposición legal, bajo ciertas circunstancias cuenta como una prueba válida.

Finalmente, aunque ello no surge de la argumentación de la Corte ni de la reseña del caso, podría formularse una regla dirigida a los instructores de causas judiciales en situaciones como la que se evaluara en el caso que especifiquen cómo debe procederse para evitar la producción de nulidades. Por ejemplo, podría decirse 'Si se quiere efectuar una imputación válida de la comisión de un delito, no debe iniciarse el proceso exclusivamente a partir de la noticia del hecho dada a conocer por un médico en violación a su deber de guardar secreto profesional'. Una directiva de estas características no se identificaría con la regla que determina las condiciones de validez de la prueba obtenida, sino que cumpliría el rol de una recomendación que especificaría qué camino debe seguirse si se quiere obtener un cierto fin (producir un proceso válido), de manera que funcionaría como una regla técnica.

1.4. Reglas constitutivas y regulativas. Reglas imperativas e indicativas

Analicemos más detenidamente ahora las características que distinguen a las prescripciones de las reglas determinativas, por una parte, y de las normas técnicas, por la otra. En cuanto a lo primero, parece importante comparar el análisis ofrecido por von Wright con las ideas de John Searle en *Actos de habla*.¹³ Allí se traza una distinción entre dos tipos de reglas o normas que se ha tornado clásica y que se emparenta con la postulada por von Wright entre reglas determinativas y prescripciones: la que mediaría entre las reglas *constitutivas* y las reglas *regulativas*. Para Searle, las reglas constitutivas son aquellas que crean la posibilidad misma de llevar a cabo una conducta de

cierto tipo. Ellas no solo regulan conductas, sino que también crean o definen una nueva forma de conducta, la cual no podría existir con independencia de la regla constitutiva. La actividad de jugar un cierto juego, por ejemplo, no solo estaría regulada por ciertas reglas, sino que además estaría constituida por ellas, en el sentido de que las reglas crean la posibilidad misma de jugarlo, determinan la actividad de jugarlo.

La formulación estándar de una regla constitutiva sería: 'Hacer x cuenta como y en el contexto C' ('Mover un alfil en diagonal cuenta como una jugada válida en el marco del juego de ajedrez'). En cambio, las reglas regulativas exigen o prohíben conductas cuya existencia es independiente de ellas, de manera que gobiernan comportamientos previamente existentes, que pueden ser definidos sin hacer referencia a tales reglas y, por ende, que resultan lógicamente previos a ellas. Por ejemplo, 'No mataras' sería una regla regulativa porque la existencia de la acción de matar sería independiente de dicha regla. En otras palabras, mientras se puede definir la acción de matar sin hacer referencia a la regla que prohíbe tal acción, no se puede concebir la existencia de un enroque con independencia de la regla del ajedrez que lo constituye.

Si bien las ideas de Searle suenan atractivas porque parecen proporcionar un criterio simple para identificar a una regla como constitutiva (evaluar si la existencia de la conducta que la regla regula puede concebirse con independencia de ella), la distinción que postula entre ambos tipos de reglas, así como la caracterización que ofrece de las reglas constitutivas, son pasibles de críticas de las que la propuesta de von Wright está libre.

Resulta claro que las reglas regulativas de Searle son equivalentes a las prescripciones de von Wright. Las reglas constitutivas, por su parte, poseen un componente definicional, en lo que se asemejan a las reglas determinativas. De hecho, cuando Searle caracteriza a las reglas constitutivas brinda los mismos ejemplos que utiliza von Wright al caracterizar a las reglas determinativas, de modo que tanto las reglas de los juegos como las reglas de la gramática y las del cálculo lógico y matemático serían para Searle casos típicos de reglas constitutivas. No obstante, Searle les atribuye además a las reglas constitutivas la propiedad de *regular* la conducta que ellas definen.

Comentando esta distinción, Schauer sostiene que ella resulta en cierto sentido esclarecedora pero, al propio tiempo, confusa.¹⁴ Y ello porque considera que sería una equivocación suponer que las reglas regulativas no son también parte de prácticas e instituciones creadas por reglas, y que si bien existe una diferencia importante entre términos que cobran significado a partir de un sistema normativo (como por ejemplo 'responsabilidad', 'inconstitucionalidad', etc.) y otros que no, ello no constituiría una razón suficiente para distinguir *tipos* diferentes de reglas.

Con mayor fuerza, Raz rechaza la distinción de Searle con diversos argumentos.¹⁵ En primer lugar, afirma que, siguiendo las pautas de demarcación propuestas por Searle entre estos dos tipos de reglas, todas las reglas serían a la vez constitutivas y regulativas. Por una parte, si se toma como criterio el que las reglas constitutivas tendrían la formulación canónica 'Hacer x cuenta como y en el contexto C', como el propio Searle acepta que cualquier regla podría ser formulada de ese modo ('Matar a otra persona cuenta como una acción subordinada a una pena de prisión de entre diez y quince años en el contexto del Código Penal español'), ello no permitiría justificar la distinción. Pero, por otra parte, la conclusión sería la misma si se tomara como criterio de distinción la idea de que una regla es regulativa si la conducta a la que se refiere podría recibir la misma descripción sea que exista o no la regla, en tanto y en cuanto esa descripción no haga referencia explícita a la regla,

y sería constitutiva si la conducta a la que se refiere puede ser objeto de descripciones que no podría recibir si la regla no existiese.¹⁶ Compárense estas dos diferentes descripciones de acción:

- a) Entregarle \$ 3.000,00 al Sr. A.
- b) Pagar el impuesto a las ganancias.

Supongamos que es posible que una cierta persona, Clara, pague lo que le corresponde en concepto de impuesto a las ganancias entregándole \$ 3.000,00 al Sr. A., quien se desempeña como titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos. En otras palabras, una misma acción individual puede ser indistintamente descripta como 'Entregarle \$ 3.000,00 al Sr. A.' y como 'Pagar el impuesto a las ganancias'. La primera de estas dos descripciones es enteramente independiente de la regla que exige pagar el impuesto a las ganancias. Por consiguiente, la regla en cuestión sería regulativa, ya que se verifica la condición de que la conducta a la que se refiere podría recibir la misma descripción ('Entregarle \$ 3.000,00 al Sr. A.') sea que exista o no la regla, puesto que tal descripción no hace referencia explícita a ella. La segunda descripción, en cambio, no podría ofrecerse si no fuera por la existencia de la regla que instituye el impuesto a las ganancias y exige su pago. Por consiguiente, la regla en cuestión sería constitutiva, ya que se cumple la condición de que la conducta a la que se refiere puede ser objeto de una descripción que no podría recibir si la regla no existiese. En consecuencia, la misma regla sería a la vez constitutiva y regulativa. Raz señala que como para cualquier regla es posible formular pares de descripciones similares, todas las reglas serían a la vez constitutivas y regulativas.¹⁷

Raz reconoce que es importante distinguir entre descripciones de acción normativas y naturales. Las descripciones de acción normativas serían aquellas para las cuales sería necesario incorporar una referencia a una norma para ofrecer una explicación completa de ellas, en tanto que en las naturales tal cosa no sería necesario. Pero esta distinción entre dos tipos de descripciones de acción no justificaría una distinción correlativa entre dos diversos tipos de reglas.

Además, en segundo lugar, Raz sostiene que en buena medida la dificultad para aceptar el análisis de Searle deriva de que, si bien es claro que a su juicio las reglas regulativas son reglas que imponen deberes, y que las reglas constitutivas no solo constituyen o determinan ciertas conductas, sino que también las regulan, Searle nunca explica cuál sería la 'fuerza normativa' de las reglas constitutivas, esto es, en qué sentido *regulan* las acciones a las que se refieren.¹⁸

Supóngase una regla como la identificada como d) en el punto 1.2:

El enroque consiste en un movimiento del rey completado por el de una torre, todo lo cual se cuenta como una sola jugada. Se ejecuta así: el rey deja su casilla inicial para ocupar una u otra de las casillas del mismo color más próximas de la misma línea; luego la torre hacia la cual se dirigió el rey pasa sobre el rey ubicándose en la casilla que este acaba de saltar. El enroque no puede realizarse si el rey o la torre ya han sido jugados.

Si se interpreta que estamos aquí en presencia de una regla constitutiva, ella no solo definiría qué es enrocar, sino que también *regularía* tal actividad al disponer, por ejemplo, que el enroque *no puede* realizarse si el rey o la torre han sido jugados. Ahora, ¿qué significa exactamente decir 'El enroque no puede realizarse si el rey o la torre ya han sido jugados'? ¿Se trata de una prohibición?

La consecuencia de ‘enrocar’ cuando el rey ya ha sido jugado no consiste en que se recibirán cincuenta latigazos o algo parecido: es la misma que pretender ‘enrocar’ con la dama: no se tratará en verdad de un enroque. De hecho, no se tratará de una jugada válida del ajedrez.

Por supuesto, nada obsta a que formulemos afirmaciones tales como que la regla en cuestión *regula* el enroque, o que ella establece cuando *está permitido* enrocar, o que ella determina el modo *correcto* de hacerlo. Tampoco, desde luego, puede negarse que en el marco de cierta actividad (como el juego de ajedrez) pueden coexistir reglas que determinan o definen esa actividad con otras genuinamente prescriptivas (como sería el caso en ajedrez de la regla que obliga a mover aquella pieza que ha sido tocada). Y es perfectamente sensato considerar que en muchos casos las reglas que determinan o definen cierta actividad cobran cabal sentido debido a la existencia de otras que le correlacionan ciertas consecuencias, a veces prescriptivas (las reglas que en el derecho determinan las condiciones para hacer un testamento válido cobran sentido en virtud de que otras reglas establecen cuáles son las consecuencias jurídicas de un testamento válido). Pero 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.

Por esta razón, parece preferible atenerse en este punto a la clara discriminación que efectúa von Wright entre reglas determinativas y prescripciones, máxime si se tiene en cuenta que ella no resulta sujeta a ninguna de las objeciones de Raz. En primer lugar, no posee la deficiencia de que el criterio de distinción entre ambas lleva a la implausible consecuencia de que todas las reglas poseen a la vez las características de las reglas determinativas y de las prescripciones. En segundo lugar, dado que las reglas determinativas no ‘regulan’ comportamientos, ellas están desprovistas de la ‘fuerza normativa’ distintiva de las prescripciones.

En lo que respecta a la distinción entre las normas técnicas y las prescripciones parece, a su vez, pertinente comparar el análisis de von Wright con las ideas de Frederick Schauer, quien clasifica a las normas prescriptivas en dos subclases: las reglas *imperativas* o *regulativas*, asimilables a las prescripciones de von Wright, y las reglas *indicativas* o *instrucciones*,¹⁹ que se corresponderían a las reglas técnicas de von Wright. La diferencia entre ambos tipos de reglas se centraría en la distinta presión o fuerza que ellas ejercen sobre la conducta. Para Schauer, las reglas imperativas ejercen presión normativa debido a su *estatus* como reglas, mientras que las indicativas solo ejercen presión debido a su utilidad indiciaria en una ocasión dada.

Para Schauer, lo que identificaría a las reglas indicativas es que serían optativas en un doble sentido. En un primer sentido, porque solo se aplicarían si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea. En otras palabras, las instrucciones son hipotéticas pues contienen una cláusula condicional, explícita o implícita, que limita su aplicación a aquellos casos en los que se busque el éxito en alguna actividad. La existencia de esta cláusula condicional hace, según Schauer, que sus destinatarios piensen que existe una opción genuina entre participar o no en la tarea designada. En un segundo sentido, serían optativas porque su fuerza para motivar la conducta se debería a que se estima que cumpliendo con lo que la regla prescribe se obtendrá el resultado deseado. Pero si se considera que siguiendo la regla indicativa no se alcanzará el objetivo, entonces la presión que ella ejerce se desvanecería. Por ejemplo, si se considera que en un caso determinado una cabaña no será habitable con independencia de que se la caliente, entonces la fuerza de la regla ‘Si quieres hacer habitable la cabaña, debes calentarla’ se diluye y el agente se sentirá libre para ignorarla. Esto sería así, según Schauer, porque a su juicio las reglas indicativas suministrarían directivas útiles

para los casos habituales, pero ni siquiera cuando se desea alcanzar el objetivo al que ellas apuntan ejercen presión normativa alguna en cuanto reglas si se estima que a pesar de realizar el deber que ellas imponen, no se logrará el objetivo deseado.

Pueden señalarse dos similitudes y una diferencia relevantes entre la caracterización de las reglas indicativas de Schauer y la caracterización de las normas técnicas de von Wright.²⁰ Las dos similitudes están relacionadas con los sentidos en los que Schauer considera que las reglas indicativas son optativas. En primer lugar, decir, como lo hace Schauer, que las reglas indicativas son optativas porque solo se aplican si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea significa lo mismo que afirmar que la aplicación de la norma técnica queda supeditada a que el destinatario de la norma quiera alcanzar determinado objetivo. En segundo lugar, sostener que la fuerza normativa de una regla indicativa desaparece si su destinatario estima que siguiendo sus pautas no se logrará el objetivo deseado coincide con la idea de von Wright de que la eficacia de las reglas técnicas depende de la verdad de las proposiciones anankásticas presupuestas por ellas. Si la proposición anankástica presupuesta en una regla técnica no es verdadera, entonces su eficacia desaparece o, lo que es lo mismo, su fuerza para motivar la conducta se diluye.

La importante diferencia que puede señalarse entre las dos caracterizaciones es que Schauer considera a las reglas indicativas como una subclase dentro de las reglas prescriptivas, mientras que von Wright, como se analizó, sostiene que las normas técnicas no se corresponden con el uso prescriptivo del lenguaje. Esta diferencia parece surgir del diverso modo en que cada uno de estos autores define el dominio de lo prescriptivo, que para Schauer es más amplio que para von Wright.

Schauer incluye dentro del dominio prescriptivo a las reglas indicativas pese a que, como se ha visto, señala que ellas serían optativas en los dos sentidos considerados. Para von Wright, en cambio, el hecho de que las normas técnicas estén supeditadas a la voluntad del agente hace que se excluya a este tipo de normas del campo de lo prescriptivo.

Ello condujo a von Wright a considerar que las normas técnicas impondrían deberes de naturaleza diferente a los deberes impuestos por las prescripciones, a los que califica como *técnicos*.²¹ La diferencia entre ambos sería que los deberes técnicos señalarían *necesidades prácticas* y no deberes en sentido estricto. Una necesidad práctica implicaría que se *tiene que* realizar determinada acción si se quiere lograr determinado objetivo, pero no se está obligado (en sentido prescriptivo) a ello. Por esta razón es que en las normas técnicas se puede intercambiar la palabra 'deber' por 'tener que' o 'necesitar que', sin que varíe su significado.

Si bien la discriminación entre diferentes usos de la expresión 'norma' nos resultará muy fructífera para examinar diferentes problemas respecto del funcionamiento del derecho, en el marco de este capítulo al menos, por simplicidad y salvo que expresamente se indique lo contrario, restringiremos el uso de la expresión 'normas' para referirnos a lo que von Wright denomina 'prescripciones'.

2. Normas y lenguaje

2.1. Normas, formulaciones de normas y proposiciones normativas

Resulta de la mayor importancia diferenciar los enunciados que expresan normas, los significados que se correlacionan con esos enunciados, y los enunciados descriptivos que se refieren a normas.

Tomando como base las distinciones que presenta von Wright en *Norma y Acción*, se denominarán a las primeras *formulaciones normativas*, a las segundas *normas* y a las terceras *proposiciones normativas*.²²

Una *formulación normativa* es un enunciado a través del cual una autoridad normativa pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta. Es el símbolo o los símbolos (generalmente palabras) usados en la enunciación de una norma. Las formulaciones normativas son expresiones lingüísticas, en la medida en que ellas son concebidas como signos, con prescindencia de su significado. Cuando la norma es una prescripción, su formulación en un lenguaje es llamada, a veces, *promulgación* de la norma. Las formulaciones pertenecen al lenguaje, entendido este en un sentido amplio. Un dibujo o el color de las luces de un semáforo, por ejemplo, pueden servir como formulación normativa.

En términos generales, podría decirse que la expresión 'norma' se reserva para aludir a lo que expresa una formulación normativa, de manera que solo correspondería hablar de 'normas', en sentido estricto, como resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componentes. Esto implica que para hablar de 'normas', la tarea de interpretar ciertas formulaciones normativas se supone ya cumplida.

El siguiente conocido ejemplo puede servir para apreciar cómo se relacionan estas dos nociones. Dada la formulación normativa: 'El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano', contenida en el artículo segundo de la Constitución Nacional Argentina, ¿cuál es la norma que ella expresa? Para responder esta pregunta es menester atribuir significado a los símbolos contenidos en ese texto legal. Como en las formulaciones normativas se utilizan palabras tomadas del lenguaje natural, se deben enfrentar los problemas semánticos que este ordinariamente posee, como la ambigüedad o la vaguedad. En la formulación del ejemplo puede observarse al menos una dificultad: la ambigüedad del término 'sostiene'. Algunos juristas han interpretado que este concepto significa 'profesa', es decir, que la norma expresada por la formulación normativa en análisis podría reformularse como: 'El gobierno federal profesa (considera verdadera) la religión católica apostólica romana'. Otros autores, en cambio, atribuyen a la palabra 'sostiene' el significado de 'mantiene', en el sentido de subvencionar económicamente, con lo que la norma podría reformularse como: 'El gobierno federal debe subvencionar económicamente al culto católico apostólico romano'. De manera que para cada una de estas dos corrientes interpretativas será diferente la norma expresada en la formulación normativa en cuestión.

Finalmente, y tal como luego se examinará con mayor profundidad,²³ en sentido amplio podría decirse que las *proposiciones normativas* son enunciados que se refieren a normas, describiendo alguna característica que ellas poseen. Se trata entonces de enunciados *metalingüísticos*, puesto que se refieren a otros enunciados, y *descriptivos*, esto es, susceptibles de verdad o falsedad. En un sentido más restringido suele entenderse por 'proposición normativa' un enunciado metalingüístico que predica la pertenencia de una norma a cierto sistema normativo. Por ejemplo, si alguien afirma que la pena de muerte está prohibida en el derecho argentino, estará formulando una proposición normativa, es decir, una afirmación relativa a las normas que componen un cierto sistema normativo, afirmación que por cierto podrá ser verdadera o falsa (en este caso es verdadera).

¿Cómo se relacionan las normas con su formulación en el lenguaje? Esta es una cuestión que ofrece diferentes aristas problemáticas.²⁴ Para presentar algunas de esas dificultades puede resultar útil la consideración de algunos ejemplos. En *United States v. Locke*,²⁵ la Corte Suprema de los EE. UU. examinó un caso en el cual la Oficina de Gerenciamiento de Tierras había rechazado la renovación de un reclamo sobre un terreno que había sido presentado el 31 de diciembre de 1982 debido a que la ley aplicable exigía que tales presentaciones se efectivizaran ‘antes del 31 de diciembre’ de cada año. Si bien resultaba evidente que el lenguaje empleado por la ley era defectuoso y que lo que el Congreso en realidad había querido decir era ‘hasta el 31 de diciembre inclusive’, la Corte concluyó que los aciertos o errores de la presentación efectuada por el accionante en ese caso en particular eran menos importantes que la cuestión más amplia de si la Corte Suprema debía encargarse de corregir incluso los errores más evidentes de las leyes, en particular aquellos concernientes a fechas límite. Comentando este caso, Schauer sostiene que, aunque a veces pueda parecer injusto el resultado que se deriva claramente de una regla, seguirla aun cuando el juez la estima errónea es lo que de acuerdo con una visión tradicional el derecho esperaría de sus aplicadores.²⁶

Este es un caso en el cual el lenguaje en el que se formula una norma triunfa sobre la justificación que se tuvo en cuenta al momento de dictarla. En otros casos, en cambio, es esta última la que se impone sobre una lectura literal de la formulación normativa. Por ejemplo, en *United States v. Kirby*²⁷ se acusó a un funcionario de Kentucky de haber violado una ley que consideraba delito el interferir con el envío de correspondencia. Kirby había realizado una acción que claramente encuadraba en la tipificación del delito, pero lo había hecho al abordar un buque para arrestar a un cartero acusado de homicidio. Aquí la Corte consideró que las palabras textuales de la ley no debían aplicarse cuando, como se entendió que acontecía en este caso, su aplicación no satisfaría el propósito subyacente de la regla.

Del mismo modo, algunos años después, en *United States v. Church of the Holy Trinity*²⁸ la Corte Suprema de EE. UU. se expidió en un caso cuya discusión versaba sobre lo siguiente: una iglesia había sido acusada de violar una ley federal que prohibía a cualquier empleador norteamericano pagarle el pasaje a un empleado extranjero desde su país hasta los EE. UU. a fin de asumir su cargo. En el caso considerado, la iglesia enjuiciada había hecho precisamente eso: había contratado un nuevo pastor y le había pagado su pasaje a los EE. UU. Sin embargo, la Corte consideró que la ley no debía aplicarse literalmente, puesto que estimó que la situación del pastor no encuadraría en el propósito tenido en mira al promulgar la ley (evitar la importación en gran escala de mano de obra barata extranjera), y con ese fundamento se eximió de toda sanción a la iglesia.

2.2. El carácter sobre y subincluyente de las normas

A diferencia de los enfoques tradicionales sobre la cuestión, si bien Frederick Schauer distingue entre reglas descriptivas y prescriptivas, se ha encargado de remarcar una característica que a su criterio los dos tipos de reglas comparten, que estaría dada por su *generalidad*.²⁹ Tanto las reglas prescriptivas como las descriptivas se fundarían en generalizaciones y, en cuanto tales, se dirigirían a tipos y no a particulares. Al generalizar no se percibiría a los individuos en forma aislada sino como miembros de una clase. De tal manera, las generalizaciones resultarían selectivas en un doble sentido: seleccionarían un limitado espectro de propiedades y, al hacerlo, necesariamente excluirían o suprimirían otras. El predicado fáctico de las reglas prescriptivas, al tomar a los individuos como miembros de una categoría más general, escogerían aquella propiedad que se

estima causalmente relevante respecto de la meta u objetivo que se quiere lograr o evitar mediante el dictado de la regla, y que constituiría su *justificación subyacente*.

En su enfoque, Schauer centra su atención en la conexión entre las reglas y su formulación en un lenguaje para examinar cómo operan las primeras en la toma de decisiones. Sin embargo, esa conexión no es tan estrecha como para identificar a las reglas con sus formulaciones. Ello así ya que Schauer considera que la fijación del significado de las generalizaciones en las reglas prescriptivas puede hacerse no solo recurriendo a formulaciones canónicas, es decir, a un conjunto de palabras escritas de una determinada fuente, sino que una regla no formulada canónicamente también podría operar del mismo modo. Sería entonces posible decir que una regla existe sin necesidad de que ella haya sido formulada, en la medida en que un cierto grupo de personas la haya internalizado, atribuyéndole el mismo significado y tratándolo como relativamente opaco respecto de su justificación subyacente. Las formulaciones de reglas podrían en todo caso facilitar el proceso de internalización del contenido semántico de la regla, pero ello no constituiría una condición necesaria para identificarlo.

Schauer afirma que a toda generalización contenida en una regla imperativa subyace un propósito o justificación. La generalización limita el número de propiedades que, sin su existencia, resultarían aplicables en virtud de su justificación. De manera que las generalizaciones operan aplicando y especificando sus justificaciones subyacentes.

El predicado fáctico de una regla es usualmente una generalización probabilística respecto de alguna justificación, esto es, el predicado es verdadero para la mayoría de los casos, aunque no necesariamente para todos. El ejemplo de Schauer es el siguiente: supongamos que una persona explota un restaurante y un día ingresa un perro en él causando diversas molestias a los clientes. A partir de ese hecho, el dueño del restaurante decide poner un cartel en la puerta en el que se indica 'No se admiten perros en el restaurante'. La justificación subyacente a la regla residiría en este caso en evitar molestias a los clientes. Ahora, es evidente que puede acontecer que algunos perros no ocasionen molestia alguna a los clientes: piénsese en un perro lazarillo, o en un perro embalsamado dentro de una valija. Si se admite esto, entonces debe aceptarse que la generalización del predicado fáctico de la regla ('perros') se presenta como *sobreincluyente* respecto de la justificación a la que obedeció su dictado, pues cubre más casos de los comprendidos en ella. Si bien la presencia de un perro en el restaurante, como categoría o tipo, está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la regla, puede suceder que en casos particulares no se configure la consecuencia prevista por esa justificación.

Supongamos ahora que al día siguiente pretende ingresar al restaurante una persona con un lobo. Parece evidente que las razones que motivaron el dictado de la regla justifican la exclusión con idéntico fundamento de los lobos. Pero eso no es lo que la regla dice. Por tal razón Schauer sostiene que el predicado fáctico de las reglas resulta también *subincluyente* respecto de su justificación subyacente, puesto que no cubre ciertos estados de cosas que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente. Los casos de sub y sobreinclusión son, entonces, casos en los que la generalización que conforma el predicado fáctico de la regla falla respecto de la justificación que la genera.³⁰

Por cierto, debería advertirse que sería incorrecto suponer que toda norma posee un único fin, propósito o justificación subyacente indiscutido. En realidad, existe una multiplicidad de justificaciones a las que puede obedecer el dictado de cualquier norma y, de hecho, a partir de una

formulación normativa y de las circunstancias que rodearon al acto de su formulación nunca resulta posible identificar un único fin, propósito o justificación como aquel que ha sido tenido en mira por quien la dictó, suponiendo que pueda afirmarse significativamente que haya tenido alguno. De modo que cuando un intérprete le atribuye a la autoridad un determinado propósito al formular una norma, ese propósito no es, en la mayor parte de los casos, sino una proyección de la ideología del propio intérprete.³¹

Otra situación en la que una regla se tornaría inadecuada a la luz de su justificación se presentaría cuando una generalización supuestamente universal resulta, en realidad, probabilística en virtud del fenómeno de la *textura abierta*. La textura abierta es la posibilidad de que incluso un término preciso se revele como vago frente a un caso no previsto, debido a nuestro imperfecto conocimiento del mundo o a nuestra imposibilidad de predecir el futuro. Así, puede suceder que el devenir de la experiencia revele que la generalización de una regla no es aplicable en determinadas circunstancias, transformándose entonces en probabilística, y resultando susceptible al tipo de falencias examinadas en el párrafo anterior, es decir, sujeta al problema de la sub y sobreinclusión. Además, otro caso de divergencia entre la regla y su justificación que Schauer examina se produciría debido a que, al generalizar y enfatizar determinadas propiedades, dejando así otras de lado, en el examen de un cierto caso puede ser que se considere que la generalización omitió tomar en cuenta una propiedad que ahora parece relevante para la decisión. A estos tres tipos de generalizaciones inadecuadas Schauer las denomina *experiencias recalitrantes*. Cómo se reaccione frente a estas experiencias recalitrantes dependerá de si se asume un *modelo conversacional* o un *modelo atrincherado* de toma de decisiones.

El modo conversacional ofrece una gran tolerancia a las experiencias recalitrantes, sean ellas provocadas por fenómenos de sub o sobreinclusión, de textura abierta o por supresiones equivocadas al momento de crear la generalización, ya que el discurso en el modo conversacional admite que se suministren precisiones o se refinen conceptos toda vez que ello resulte necesario. Las experiencias recalitrantes funcionan en este modelo como disparadoras de las adaptaciones requeridas, lo cual constituye su característica más meritoria y saliente.

Sin embargo, pese al atractivo del modelo conversacional, Schauer duda de que refleje la realidad del uso del lenguaje, ya que en ella es mucho más corriente que las generalizaciones no sean maleables, sino que se vuelvan *atrincheradas*. Las generalizaciones, señala Schauer, parten de similitudes que en cierto momento se consideraron relevantes, y de la supresión de otros factores que se proyectan en el tiempo. Cuando esas generalizaciones se asumen como atrincheradas, ciertas propiedades nunca serán tenidas en cuenta, otras resultarán difíciles de expresar, y otras serán menos comprensibles de lo que lo habrían sido si la generalización no se hubiese atrincherado.

En el modelo atrincherado, frente al acaecimiento de una experiencia recalitrante, no se produce una modificación o reformulación de la generalización como ocurre en el modelo alternativo. En el primer caso de experiencia recalitrante, esto es, el de la generalización probabilística, el atrincheramiento convierte a la generalización en una de carácter universal. Así, una generalización del tipo 'Todos los x deben hacer F ' prevalecerá como prescripción atrincherada, aun cuando aparezca un x que no deba, de conformidad con la justificación que genera esa generalización, hacer F . En el caso de la textura abierta, el hecho de que se haya descubierto un x que no debería hacer F no obstará a que prevalezca la generalización atrincherada, ni tampoco a que el caso que pone en crisis la generalización sea tratado como un caso más, debiendo por lo tanto también

hacer *F. Y*, por último, si una determinada característica fue soslayada por la generalización, ello no obstará a que se aplique incluso en aquellos casos en los que la propiedad en cuestión parezca relevante para su solución.

En síntesis, en el modelo de toma de decisiones al que Schauer califica como ‘conversacional’, los conflictos provocados por las experiencias recalcitrantes deben resolverse siempre a favor de la justificación de la regla y no de lo que esta última expresa. En cambio, en el modelo ‘atrincherado’ de toma de decisiones, el conflicto se resuelve a favor de la regla, y el decisor ha de considerar al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción incluso cuando se presenten experiencias recalcitrantes.

Las generalizaciones limitan, simplifican y especifican sus justificaciones. El hecho de que pueda haber divergencias entre lo que dispone una regla y el resultado determinado por su justificación obedece a que el significado de la regla no se encuentra completamente determinado por la aplicación de la justificación al caso bajo examen. Para Schauer, solo habrá toma de decisiones basada en reglas en la medida en que, si una regla determina soluciones diferentes frente a las que resultan de su justificación subyacente, ella ofrezca cierto grado de resistencia a tales justificaciones. Esto solo sería posible en la medida en que seamos capaces de captar el significado de la regla sin recurrir a su justificación. Una regla sería así apta para suministrar una razón para la decisión incluso cuando su formulación no sirva a la justificación que la ha generado.

2.3. Existencia de normas, formulaciones normativas y regularidades de conducta

Quienes tenemos una formación jurídica estamos acostumbrados a asociar a las normas con cierto tipo de formulaciones en el lenguaje. Ocurre que si bien en general se reconoce que pueden existir normas que no cuentan con una formulación canónica –en aquellos casos en los que hablamos de la *costumbre* como fuente de derecho, por ejemplo– la mayoría de las normas jurídicas son formuladas en el lenguaje como medio para hacerlas conocer. Esa asociación entre normas y formulaciones lingüísticas registra ilustres antecedentes, como Grocio, Puffendorf y Kant, para quienes podríamos decir que las normas se identifican con *reglas*, entendiendo por tales ciertas expresiones lingüísticas de tipo general que determinan lo que debe hacerse *diciendo* de manera explícita lo que es debido.³²

Pero como ya hemos comenzado a advertir, la relación entre las normas y el lenguaje es bastante más compleja. En primer lugar, no parece prudente identificar sin más a las normas con ciertas formulaciones lingüísticas, incluso aunque se considere que las primeras solo pueden originarse en la formulación de ciertas expresiones en un lenguaje. Nadie consideraría que, por el hecho de que existan muchos ejemplares distintos de una constitución, cada uno de ellos conformado por un cierto conjunto de expresiones lingüísticas distinguible del de los demás ejemplares, existe una multiplicidad de constituciones en un país. Pero aun cuando no se tomen en cuenta los ejemplares de formulaciones lingüísticas sino ciertos tipos abstractos de ellas y, en consecuencia, se diga que hay una única formulación-tipo constitucional y una pluralidad de formulaciones-ejemplares de ese tipo abstracto, de todos modos, tampoco se entiende ordinariamente por constitución un mero conjunto de símbolos lingüísticos, sino más bien aquello que interpretamos a partir de ciertas expresiones formuladas en el lenguaje.

Un segundo problema en lo que respecta a la relación entre las normas y el lenguaje –vinculado inescindiblemente al anterior– es si realmente puede sostenerse que todas las normas deben su existencia a la formulación de ciertas expresiones lingüísticas, esto es, si todas las normas son *reglas* en el sentido antes especificado. Supóngase que se tiene que determinar si cierta norma lingüísticamente formulada se aplica a un cierto caso. Existen, como parece sensato aceptar, aplicaciones correctas e incorrectas de una norma, de modo que determinar *correctamente* si cierta norma se aplica a un cierto caso requiere de una evaluación normativa que especifique esa pauta de corrección, evaluación normativa que esa misma norma no puede ofrecer.

Wittgenstein sostenía, por esta razón, que dado que aplicar una regla a cierto caso requiere de una interpretación, y que no puede existir una cadena infinita de interpretaciones para justificar la aplicación de cualquier regla, tiene que existir una *captación* de una regla –un modo de comprender su alcance– que no sea ella misma una interpretación.³³ Wilfrid Sellars ofrece un argumento similar: parece natural considerar que aprender a usar un lenguaje consiste en aprender las reglas que establecen cómo deben emplearse sus términos. Sin embargo, si esto fuera así, para aprender un cierto lenguaje L deberíamos aprender las reglas de L, pero esas reglas deberían también estar formuladas en algún lenguaje, llamémoslo ML. Por consiguiente, para aprender L deberíamos previamente aprender otro lenguaje ML. Y, por supuesto, siguiendo idéntico razonamiento, debería admitirse que para poder aprender ML deberíamos previamente comprender sus reglas, formuladas en otro lenguaje MML, lo que llevaría a concluir que aprender a usar cualquier lenguaje conduciría inevitablemente a un regreso al infinito.³⁴

Lo que se desprende de las consideraciones anteriores es que el uso de normas lingüísticamente formuladas presupone la existencia de otras normas que no tienen una formulación explícita y que, por consiguiente, la idea de identificar a las normas con reglas formuladas explícitamente está condenada al fracaso: existen normas implícitas en nuestras prácticas que no dependen de ninguna formulación en un lenguaje y que juegan un papel fundamental para la comprensión del funcionamiento de aquellas que sí deben su existencia a cierta formulación lingüística.³⁵

Ahora bien, el fracaso de esta tesis, que reduce el universo de las normas a aquellas que poseen una formulación lingüística expresa y, consiguientemente, la admisión de normas implícitas en nuestras prácticas todavía no dice nada sobre las características de estas últimas o siquiera de cómo es posible que existan. Y los intentos de respuesta a estas preguntas corren el riesgo de colapsar en otra tesis reduccionista tanto o más peligrosa que la anterior: la de identificar a las normas con meras *regularidades* de conducta y, así, perder toda posible distinción entre lo que es y lo que *debe ser*.³⁶

Si las normas solo fuesen relevantes para establecer regularidades de conducta (lo que Hart denominaba meros *hábitos*, como el de tomarse vacaciones en un cierto período del año, por contraste con *reglas sociales*, como la de saludar a los compañeros de trabajo cada mañana),³⁷ actuar de acuerdo con una norma sería simplemente producir la acción que resulta regular de acuerdo con ella, de modo que no habría ninguna diferencia entre el modo en el que, por ejemplo, cumpliríamos con la norma que nos obliga a pagar nuestros impuestos y el modo en el que los objetos inanimados cumplen con las leyes de la naturaleza.

Existe también un argumento concluyente de Wittgenstein contra esta pretensión de reducir las normas a simples regularidades de conducta. Imagínese una serie numérica como la siguiente ‘...3, 5, 7, ...’. ¿Cuál es el número que debería escribirse a continuación del 7? Pues bien, si la regularidad

presupuesta consiste en adicionar dos al número precedente, el número siguiente en la secuencia debería ser el 9; si en cambio la regularidad presupuesta es la de ordenar de manera creciente los números primos, el número siguiente en la secuencia debería ser el 11. Lo que observa Wittgenstein es que cualquier conjunto de conductas pasadas no revela una sino una multiplicidad de regularidades, de modo que una conducta futura puede ser juzgada como correcta o incorrecta de acuerdo con cualquiera de esas distintas regularidades. Esto llevaría a que prácticamente cualquier conducta futura pueda hacerse concordar con alguna regularidad identificada a partir de conductas pasadas, lo cual sería tanto como decir que no disponemos de ninguna pauta de corrección a su respecto.³⁸

Tiene que existir entonces una forma de dar cuenta de las normas implícitas en nuestras prácticas de uso de aquellas normas que se encuentran formuladas explícitamente en el lenguaje que no haga colapsar a las primeras con meras regularidades de conducta. Una explicación satisfactoria de este fenómeno resulta, como veremos, imprescindible para justificar una tesis plausible en cuanto a la interpretación de las normas, según la cual, si bien toda norma tiene ineludiblemente casos problemáticos de aplicación, también existen pautas de corrección que no exigen un regreso al infinito de nuevas interpretaciones.

2.4. Concepciones de las normas

Puede sostenerse que todo fenómeno lingüístico tiene una dimensión *sintáctica*, una *semántica* y una *pragmática*. La primera consiste en la consideración de los signos sin atender a su significado o a sus relaciones con las conductas de quienes los utilizan; la segunda concierne a las relaciones entre los signos y los objetos por ellos mencionados; la tercera, por su parte, analiza las relaciones entre los signos y sus usuarios e intérpretes, sus usos y sus efectos.³⁹ Si se acepta esto, y se acepta que las normas son al menos expresables en el lenguaje,⁴⁰ deberíamos aceptar asimismo que esas tres dimensiones han de tener también su correlato en el caso de las normas. No obstante, la cuestión relevante aquí consiste en determinar en cuál de estas tres dimensiones se puede distinguir a las normas de otras expresiones lingüísticas. Existen al menos cuatro alternativas al respecto, que podrían considerarse como cuatro diferentes concepciones de las normas.

a) *Concepción sintáctica*: se identifica a las normas con enunciados de determinadas características, es decir, ciertas entidades lingüísticas en las que se emplean expresiones tales como 'obligatorio', 'prohibido', 'permitido', etc. Desde este punto de vista, se identifica a las normas con las formulaciones normativas.⁴¹

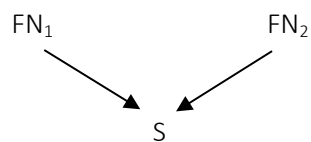
b) *Concepción semántica* (también denominada *concepción hilética*): las normas son entendidas como el significado de cierto tipo de enunciados (las formulaciones normativas), por lo que se trataría de entidades semejantes a las proposiciones. Los enunciados a través de los cuales se formulan las normas serían meras expresiones lingüísticas; las normas serían los significados atribuidos a tales enunciados prescriptivos, así como las proposiciones son los significados de los enunciados descriptivos.

c) *Concepción mixta sintáctico-semántica*: desde este punto de vista las normas son concebidas como entidades lingüísticas bajo una cierta interpretación. Podría decirse que no se califica aquí como 'norma' ni a una simple formulación lingüística ni tampoco a su significado, sino a la correlación de este último con la primera. No obstante, esta forma de expresarse podría llevar

creer que el significado es una entidad independiente de la formulación, presupuesto este que no es necesario asumir, razón por la cual resulta preferible decir que para esta concepción las normas son formulaciones normativas significativas.

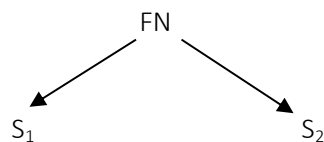
d) *Concepción pragmática* (también denominada *concepción expresiva*): según ella, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Una misma proposición –se sostiene– podría servir para afirmar, ordenar, interrogar, conjeturar, etc., y, consiguientemente, cada uno de tales actos originaría un resultado distinto: una afirmación, una norma, una pregunta, una conjetura, etc. Desde esta perspectiva, en consecuencia, no sería ni en el nivel sintáctico ni en el nivel semántico en el que podría distinguirse entre las normas y otro tipo de entidades, sino solo en el nivel pragmático, esto es, al detenerse a considerar el uso que se hace del lenguaje.

Es interesante advertir las diferentes consecuencias que se siguen de la adopción de las tres primeras caracterizaciones –la cuarta, en cambio, no tiene incidencia respecto del problema que a continuación se analiza. Sean dos formulaciones normativas que poseen un mismo significado, por ejemplo, ‘María debe pagarle a Juan diez pesos’ y ‘Juan tiene derecho a que María le pague diez pesos’, a las que se denominará FN₁ y FN₂, respectivamente.



Aquí, para la concepción sintáctica habría dos normas, identificadas como FN₁ y FN₂. Para la concepción semántica, en cambio, habría solo una, pues ambas formulaciones tienen el mismo significado. A su vez, para la concepción mixta habría dos normas, la correlación de FN₁ con S y la correlación de FN₂ con S.

Si bien en el caso anterior las consecuencias de la concepción mixta coinciden con las de la concepción sintáctica y no con las de la semántica, obsérvese lo que ocurre en este otro ejemplo. Sea ahora una única formulación normativa que, por su ambigüedad, es susceptible de dos diversas interpretaciones, por ejemplo, ‘Pedro debe transferirle la propiedad de su radio a María’, donde ‘radio’ podría interpretarse como una referencia a una estación radiotransmisora o a un aparato receptor de ondas de radio. Cada una de las dos posibles lecturas de la formulación normativa, resultantes de estos dos sentidos de la palabra ‘radio’, se denominarán S₁ y S₂.



En este caso, para la concepción sintáctica solo existe una norma. Para la concepción semántica, en cambio, hay dos normas. Y para la mixta, como es posible diferenciar la correlación de FN con S₁, por una parte, y la correlación de FN con S₂, por la otra, también hay dos normas. Como puede apreciarse, aquí las consecuencias de la concepción mixta coinciden con las de la concepción semántica, no con las de la sintáctica.

En lo que concierne a la posibilidad de distinguir a las normas de otro tipo de entidades lingüísticas, la concepción sintáctica pura padece de una deficiencia que constituye una buena razón para dejarla de lado. No se trata simplemente de que, como se acaba de ver, una misma formulación lingüística podría expresar más de una norma (si es ambigua) y dos o más formulaciones podrían expresar una única norma (por caso, en aquellos países en los que hay más de un idioma oficial y, por ello, las normas jurídicas tienen que ser expresadas a través de dos o más formulaciones canónicas distintas). Desde la concepción sintáctica podría darse cuenta de tales situaciones, solo que con una terminología diferente (podría decirse en el primer caso que una misma norma puede tener más de un significado y en el segundo que varias normas expresan el mismo significado). Lo verdaderamente problemático es que una misma expresión del lenguaje, en la que aparecen términos característicamente normativos, como por ejemplo 'Está prohibido fumar', puede utilizarse indistintamente para expresar una genuina *norma* (si, por ejemplo, quien formula la oración es una autoridad en ejercicio de su facultad para normar), o una *proposición normativa*, esto es, un enunciado que se limita a informar acerca de la existencia de una norma (si, por ejemplo, quien formula la oración no tiene el carácter de autoridad y está dando cuenta de lo prescrito por otros).⁴² Debido a ello, la aparición en una expresión lingüística de términos como 'obligatorio', 'prohibido' o 'permitido' no es garantía de que estemos en presencia de una norma. En este sentido, von Wright consideraba que la cuestión de si una expresión lingüística expresa o no una norma nunca puede determinarse sobre bases exclusivamente 'morfológicas', esto es, atendiendo exclusivamente a los signos empleados.⁴³

Por otra parte, la concepción mixta sintáctico-semántica, más allá del atractivo que pueda merecer, puede contemplarse como un refinamiento de la concepción semántica pura. Si se dejan de lado estas dos alternativas, tal como lo presentarán Alchourrón y Bulygin, nos quedarían básicamente dos grandes alternativas para la caracterización de las normas, a las que los profesores argentinos calificaran como *concepción hilética* y *concepción expresiva*, correspondiendo la primera al plano semántico y la segunda al plano pragmático.⁴⁴ En lo que sigue tendremos oportunidad de examinar con mayor detalle las consecuencias de cada una de estas dos alternativas.

3. Normas, verdad y lógica

3.1. El dilema de Jørgensen

Como ya se indicó, a primera vista podría decirse que cuando el lenguaje se emplea descriptivamente, se pretende con él representar fielmente la realidad. Si se refleja correctamente lo que acontece, el enunciado formulado será verdadero; en caso contrario será falso y correspondería corregirlo para adecuarlo a la finalidad perseguida. Cuando el lenguaje se emplea prescriptivamente, en cambio, se pretende con él influir sobre la conducta de cierto agente. Si la conducta del destinatario de la prescripción no se ajusta a lo prescrito, no hay razón alguna para corregir la prescripción: lo que en todo caso debería corregirse es la conducta para que ella se adecue a lo prescrito. Pues bien: esta es la alternativa de explicación de las normas por la que optan los partidarios de la concepción expresiva o pragmática: la diferencia entre decir que *p* es el caso y decir que *p* debe ser el caso se localiza en el uso del lenguaje, en la diferente actitud proposicional adoptada en cada situación. Las normas serían supuestos de uso prescriptivo del lenguaje, donde la dirección de ajuste resultaría del mundo al lenguaje.

Ello sugiere que la dimensión de las normas y la dimensión de la verdad corren por caminos separados o, para decirlo con más claridad, que las normas no son susceptibles de verdad o falsedad.⁴⁵ Ahora bien, si las normas expresan actitudes proposicionales diferentes de las aserciones y, por consiguiente, carecen de valores de verdad, ello conllevaría una dificultad fundamental para justificar la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas.⁴⁶

En términos generales podría decirse que los intentos por aplicar la lógica formal como herramienta para el análisis del discurso normativo exigen dar una respuesta a una dificultad primaria que nos fuerza a reconciliar ciertas intuiciones preanalíticas que parecen estar en conflicto. Por un lado, parece natural pensar que las normas carecen de valores de verdad. Pero, por otro lado, la lógica tradicionalmente ha sido asociada a la noción de verdad, en el sentido de que tanto el concepto de consecuencia lógica, como el de contradicción y el significado de las conectivas lógicas (negación, conjunción, disyunción, etc.) han sido tradicionalmente definidos en términos de verdad.⁴⁷

Sin embargo, constituye una práctica muy extendida el inferir ciertas normas a partir de otras normas, siendo un claro ejemplo de ello la justificación de las decisiones judiciales. Se exige de los jueces que justifiquen sus decisiones en normas generales, en el sentido de que una decisión judicial se considera justificada solo en la medida en que pueda ser reconstruida como un razonamiento lógicamente válido, donde tanto la conclusión como –al menos una de– las premisas son normas. Es más: no parece haber una diferencia sustancial en el uso de las conectivas lógicas en el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo.⁴⁸

Jorgen Jørgensen presentó esta dificultad en la forma de un dilema, y podría decirse que las diferentes respuestas que se han ofrecido a él han marcado la evolución histórica de la lógica de las normas.⁴⁹ Bajo el presupuesto de que las normas no son ni verdaderas ni falsas, existen solo dos posibles alternativas con respecto a la aplicabilidad de la lógica al discurso normativo. O bien la noción de consecuencia lógica y las conectivas lógicas se definen en términos de verdad, en cuyo caso no hay posibilidad de una lógica de normas, o bien una lógica de normas es posible, pero entonces el alcance de la lógica es más amplio que el del discurso descriptivo, y la noción de consecuencia, así como las conectivas lógicas no deberían definirse en términos de verdad, lo cual contradice una tradición firmemente establecida.

El problema es que, como se dijo, el significado de las conectivas lógicas no parece variar dependiendo de su ocurrencia en enunciados descriptivos o prescriptivos, lo cual constituye un indicador de que su contribución al valor de verdad de los enunciados descriptivos no es el único componente relevante de su significado. Y, por otra parte, el modo usual en el que entendemos las expresiones normativas parece sugerir que las relaciones lógicas entre ellas son, en efecto, posibles. Todo esto justificaría el rechazo del primer cuerno del dilema de Jørgensen. No obstante, esta alternativa representa un desafío fundamental al enfoque de la lógica que confiere primacía a la semántica. En otras palabras, la posibilidad de una lógica de normas pone en crisis la tesis tradicional de que el dominio de la lógica está circunscripto al de la verdad, y de que existe una conexión fuerte entre validez lógica y verdad.

En lo que podría considerarse como otra formulación del dilema de Jørgensen, Arend Soeteman ha observado acertadamente que, si 'validez' significa que la verdad de la conclusión de un razonamiento se sigue necesariamente de la verdad de sus premisas, y las normas no son verdaderas ni falsas, la propia posibilidad del razonamiento normativo resulta problemática.⁵⁰

El dilema de Jørgensen es el problema filosófico más significativo de la lógica deóntica, esto es, el análisis de las relaciones lógicas entre normas. En palabras de David Makinson, el *problema fundamental de la lógica deóntica* consiste en ofrecer una reconstrucción de la lógica deóntica que tome en cuenta la idea de que las normas carecen de valores de verdad.⁵¹ Y como cualquier otro dilema, existen tres diferentes alternativas para enfrentarlo. La primera consiste en rechazar el presupuesto sobre el cual se asienta el dilema y reconocer que las normas son, después de todo, susceptibles de verdad o falsedad. Alternativamente, es posible asumir el primer cuerno del dilema y aceptar que el razonamiento normativo tiene solo la apariencia de un razonamiento lógico, lo cual obliga a dar una explicación adecuada de esta apariencia. Finalmente, podemos asumir el segundo cuerno y tratar de mostrar que la lógica deóntica es posible porque la lógica en general se extiende más allá del reino de la verdad.

La primera vía de solución al dilema de Jørgensen, de carácter radical, consiste entonces en aceptar que las normas son susceptibles de verdad o falsedad, esto es, rechazar el presupuesto que lo origina. Varios filósofos han sostenido que las normas, así como los juicios de valor, son verdaderos o falsos.⁵² Para la versión más llana de esta posición, así como ciertos hechos hacen a los enunciados descriptivos verdaderos o falsos, habría igualmente *hechos normativos*, más o menos independientes de nuestras creencias, que harían a las normas verdaderas o falsas. Presentada de este modo, esta propuesta parece presentar la desventaja de fundar la lógica deóntica en una controvertible presuposición ontológica: la existencia de estos oscuros hechos normativos.⁵³

Dentro de esta línea de pensamiento merece especial atención el modo en que, desde la concepción hilética o semántica de las normas, se explica la diferencia entre proposiciones y normas. Como se indicó, para concepción expresiva o pragmática de las normas la diferencia entre decir que p es el caso y decir que p debe ser el caso está dada por la diferente actitud proposicional del hablante. Los partidarios de la concepción hilética o semántica deben ofrecer una reconstrucción alternativa de esta distinción: desde este punto de vista ambas serían significados, pero las proposiciones serían significados descriptivos y las normas significados prescriptivos. Ahora bien, ¿cómo se explicaría la diferencia entre estos dos distintos significados? Ella no podría localizarse en el nivel pragmático, porque entonces se recaería en la concepción alternativa de las normas. Tampoco podría decirse que la diferencia se verifique en un nivel puramente sintáctico, sosteniendo simplemente que las proposiciones serían los significados de los enunciados descriptivos y las normas los significados de los enunciados prescriptivos. Y ello porque, tal como se indicó en el punto precedente, una formulación del tipo 'Es obligatorio realizar el acto p ' es característicamente ambigua: se la puede leer como la expresión de una norma o como un enunciado que describe una norma.

La alternativa más promisoría para distinguir entre una proposición y una norma desde este punto de vista podría presentarse del siguiente modo: mientras lo que determina la verdad o falsedad de la proposición de que p es el caso es algo que acontece en el mundo real, lo que determina la verdad o falsedad de la proposición de que p debe ser el caso es algo que acontece, no en el mundo real, sino en mundos posibles normativamente ideales respecto del mundo real. Así, la norma 'Es obligatorio p ' sería verdadera en el mundo real si en todos los mundos normativamente ideales respecto de este último fuese verdad que p .⁵⁴ Por cierto, al presentarse de este modo la diferencia, se estaría aceptando que es posible atribuir valores de verdad a las normas, si bien no por referencia al mundo real.

A pesar de la elegancia y riqueza técnica de la semántica de mundos posibles, ella parece cargar, al igual que en el caso anterior, con el peso de un cierto compromiso ontológico: la existencia de mundos posibles tan reales como el mundo actual. Pero esto es por lo menos discutible. En efecto, en la teoría de los mundos posibles existe una controversia no saldada en el modo de responder a un problema básico. Parecería que quien toma en serio la idea de mundos posibles ha de sostener, en primer lugar, que existe una pluralidad de mundos posibles (al menos más de uno); pero, en segundo lugar, también tiene que sostener que solo uno de esos mundos es real, y que los restantes son meramente posibles. Ahora bien, las cosas meramente posibles no existen, de manera que, en aparente contradicción con la primera idea, solo existiría un mundo posible.⁵⁵

La controversia se suscita entre dos posiciones básicas, que han sido denominadas *posibilismo* y *actualismo*. Ambas sostienen que el problema anterior deriva de una falacia de equívoco, pues las afirmaciones de que existen diversos mundos posibles y de que existe uno solo que es real son ambas verdaderas en cierto sentido. No obstante, cada una de estas dos posiciones ubicaría el equívoco en un sitio diferente. Para los posibilistas, el equívoco se encontraría en el dominio de lo que se cuantifica: la afirmación de que existen muchos mundos posibles resultaría verdadera si el dominio del cuantificador existencial en ese enunciado es irrestricto. Sin embargo, muchas veces restringiríamos el dominio de la cuantificación a subconjuntos propios de lo que existe (las cosas que *realmente* existen) y, en tal caso, el enunciado diría algo diferente.⁵⁶ Siguiendo la idea de Quine de que nuestra ontología depende de aquello que estemos dispuestos a reconocer como dominio de la cuantificación,⁵⁷ desde este punto de vista todos los mundos posibles existen en el mismo sentido en el que existe el mundo real, solo que el mundo real es *nuestro* mundo. Para el actualista, en cambio, lo que existe coincide con lo que es real, de modo que la cuantificación irrestricta equivale a la cuantificación sobre lo que es real. El equívoco se encontraría, para esta posición, en la clase de cosas a las que uno se refiere cuando emplea la expresión ‘mundo posible’. Al decir que hay muchos mundos posibles nos referiríamos a posibles *estados* del mundo, a los diversos modos que podría asumir el mundo. Cuando se dice que solo existe un mundo –el mundo real– estaríamos hablando de algo que se encuentra en uno de esos estados posibles. El mundo podría ser de muy diversos modos, y esos modos realmente existen, pero solo uno de ellos se encuentra instanciado.⁵⁸

Como puede apreciarse, el posibilismo –o realismo modal– asume un presupuesto ontológico muy fuerte: los mundos posibles existen en el mismo sentido en el que existe el mundo real. La ‘realidad’ del mundo real dependería exclusivamente de una restricción en nuestro dominio de la cuantificación. El actualismo toma igualmente en serio la idea de los mundos posibles, pero no asume esta ontología recargada. Solo existiría el mundo real; los ‘mundos posibles’ alternativos al mundo real serían simplemente construcciones teóricas, representaciones concebibles acerca de cómo podría ser el mundo si fuese distinto de cómo es. Desde este punto de vista, por ejemplo, decir que *p* es necesariamente verdadero en el mundo real depende de que imaginemos como podría ser el mundo real más allá de cómo es, y de que en todas esas representaciones concebibles *p* sea verdadero, lo que en modo alguno supone atribuirles existencia a otros mundos. Algo semejante podría sostenerse respecto de los conceptos deónticos: 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. Consiguientemente, en contra de las apariencias, la adopción de la semántica de mundos posibles no implica necesariamente un compromiso con una ontología problemática.

3.2. Normas sin lógica

La segunda alternativa para la superación del dilema puede ejemplificarse con la postura de Hans Kelsen en su obra póstuma *Teoría general de las normas*.⁵⁹ A lo largo de su producción, Kelsen fue ambivalente en cuanto a la posibilidad de la lógica de normas. En sus primeros trabajos consideraba que esta rama de la lógica permitiría ofrecer un fundamento adecuado para sus ideas sobre la coherencia y la completitud como propiedades necesarias del derecho,⁶⁰ pero posteriormente rechazó la posibilidad de una genuina lógica de normas.⁶¹

En trabajos posteriores a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen asumió una suerte de irracionalismo normativo,⁶² según el cual la lógica no sería aplicable a las normas. Ese escepticismo se basaba en la presuposición de que las normas carecen de valores de verdad, reforzado con un argumento ontológico. De acuerdo con Kelsen, las normas jurídicas son normas positivas, esto es, creadas por las autoridades con el fin de regular la conducta humana. En consecuencia, la validez de las normas jurídicas (es decir, su existencia específica como normas) requiere la ejecución de ciertos actos de prescripción. Dado que a su juicio no hay *deber* sin *voluntad*, las normas individuales solo pueden ser creadas por un acto de voluntad, esto es, una prescripción. A diferencia de las proposiciones –que son verdaderas o falsas incluso aunque no hayan sido afirmadas por nadie– un acto de voluntad media entre la validez de una norma general y la validez de una norma individual derivable de ella. De tal modo, aun cuando fuese cierto que quienes cometen hurto deben ser sancionados con pena de prisión, y que Schulze ha cometido un hurto, la norma individual ‘Schulze debe ser sancionado con pena de prisión’ no sería jurídicamente válida sin una decisión judicial que así lo establezca.⁶³

Como bien lo ha señalado Hartney, incluso si este argumento ontológico fuese correcto, no suministraría apoyo alguno al escepticismo normativo de Kelsen, dado que la cuestión de si la existencia de una norma permite justificar la existencia de otra norma no es una cuestión lógica.⁶⁴ Si Kelsen estuviera aquí hablando sobre lógica, sus palabras serían absurdas –Joseph Raz la ha calificado como una ‘lógica demente’.⁶⁵ Pero como puede advertirse, las premisas de su argumento no se refieren a la validez lógica sino a la validez de las normas, esto es, a su modo específico de existencia en palabras de Kelsen. Si consideramos que Kelsen identifica el derecho válido con el conjunto de aquellas normas que han sido objeto de una prescripción específica, es correcto en este sentido sostener que la norma individual ‘Schulze debe ser sancionado con pena de prisión’ no constituye derecho válido antes de la decisión judicial que así lo establece, pero de ello nada puede concluirse sobre la aplicabilidad de la lógica al dominio normativo.

Por consiguiente, más allá de la idea de que la lógica no se aplicaría a las normas porque ellas carecen de valores de verdad, Kelsen no ofrece razones de peso a favor de su escepticismo. Es más, Kelsen parece comprometido a reconocer algo parecido a una lógica subyacente para las normas, al menos por dos razones. En primer lugar, porque como luego veremos distingue entre sistemas normativos estáticos y dinámicos y, de acuerdo con su caracterización, un sistema estático sería aquel en el cual el contenido de una norma puede ser derivado del contenido de otra norma, lo que constituye sin lugar a dudas una inferencia lógica.⁶⁶ En segundo lugar, Kelsen parece de hecho admitir ciertas relaciones lógicas entre normas, al menos entre dos normas generales que difieren exclusivamente en su grado de generalidad, donde la más general implica a la menos general.⁶⁷

A fin de evitar un escepticismo como el kelseniano sobre la posibilidad de relaciones lógicas entre normas, con sus contraintuitivas consecuencias, se han ofrecido diferentes propuestas para mostrar que, si bien las normas carecen de valores de verdad, sería posible, sobre la base de atribuirles otros valores bivalentes o mediante otras estrategias, justificar de todos modos inferencias lógicas entre normas. Veamos algunas de estas propuestas:

a) Satisfacción:

Tal como hemos adelantado, la noción de consecuencia lógica se explica usualmente en términos de verdad. Ello significa que en lógica clásica se considera que la relación de consecuencia *preserva la verdad*, en el sentido de que un enunciado es consecuencia lógica de un conjunto de enunciados si la verdad de estos últimos garantiza la verdad del primero. En otras palabras, la conclusión de un razonamiento se considera consecuencia lógica de sus premisas cuando ella *hereda* la verdad de las premisas, en el sentido de que la conclusión no puede ser falsa si las premisas son verdaderas. Pues bien: algunos filósofos han sostenido que, aunque las normas no son susceptibles de verdad o falsedad, existirían otras propiedades hereditarias que podrían desempeñar un papel similar al de la verdad en el razonamiento normativo, como lo sería la noción de *satisfacción*.⁶⁸

Siguiendo a Alf Ross, en una lógica de la satisfacción, los valores lógicos que se adscriben a las normas serían 'satisfecha' o 'no satisfecha', los que se corresponderían respectivamente con los valores 'verdadera' y 'falsa'.⁶⁹ Desde este punto de vista se considera que una norma se satisface cuando la proposición que describe la acción requerida es verdadera. Por ejemplo, la norma Op se satisface cuando es verdad que p .⁷⁰

Los enunciados de satisfacción son proposiciones ordinarias que asignan una propiedad fáctica a cierta norma: no serían enunciados normativos sino descripciones de que las normas son satisfechas. Este paralelismo entre enunciados de satisfacción y aserciones ha sido tomado por algunos autores como fundamento suficiente para definir la relación de consecuencia entre normas. Por ejemplo, de acuerdo con Hofstadter y McKinsey –los pioneros en intentar construir la lógica deóntica a partir de la idea de satisfacción– la norma que establece que es obligatorio p o q ($O(p \vee q)$) se sigue lógicamente de la norma que establece que es obligatorio p porque en todos los mundos en los que se satisface la norma Op se satisface también la norma $O(p \vee q)$.⁷¹ En otras palabras, las relaciones lógicas entre normas serían relaciones entre la satisfacción de normas.

Si bien un sistema semejante es perfectamente concebible y sensato, existe una gran diferencia entre una lógica de la satisfacción de normas y una genuina lógica de normas.⁷² En primer lugar, dado que si p es el caso se satisface Op , en la lógica de la satisfacción p implica Op , lo cual a su vez implica que Pp implica p . Es más, de esto se sigue por transitividad que Pp implica Op , esto es, que la permisión de una conducta implica su obligatoriedad, de manera inversa a lo que parece sensato asumir en una lógica de normas.

En segundo lugar, en la lógica de la satisfacción decir que no es obligatoria cierta acción equivale a decir que es obligatorio no realizarla ($\sim Op$ equivale a $O\sim p$), porque cuando no se satisface la norma Op , $\sim p$ es verdadero, y entonces se satisface $O\sim p$. Como consecuencia de esto, en la lógica de la satisfacción solo hay dos posibilidades lógicas: una acción o bien es obligatoria o bien está prohibida, mientras que en la lógica de normas hay tres alternativas: una acción puede ser obligatoria, puede estar prohibida o bien resultar facultativa ($Op \vee PHp \vee Fp$).

En tercer lugar, en la lógica de la satisfacción, afirmar que es obligatorio p o es obligatorio q , es decir, una disyunción entre dos obligaciones ($Op \vee Oq$) es equivalente a afirmar que es obligatorio p o q , esto es, la obligación de la disyunción entre dos acciones ($O(p \vee q)$). En cambio, en lógica deóntica, pese a que $(Op \vee Oq)$ implica $O(p \vee q)$, la conversa no vale: $O(p \vee q)$ es compatible con la posibilidad de que no sea obligatorio p y tampoco sea obligatorio q . Por ejemplo, si Ticio tiene la obligación alternativa de entregar a Cayo un caballo o una oveja, de ello no se sigue que tenga el deber de entregarle un caballo, y tampoco que tenga el deber de entregarle una oveja: Ticio cumple con su obligación entregando una cosa o la otra, pero no tiene el deber de entregar ninguna en particular, sino que puede escoger entre ambas.

La conclusión que se sigue de estas observaciones es clara: más allá de los méritos que pueda poseer la lógica de la satisfacción de normas, una explicación adecuada de las relaciones lógicas entre las normas mismas no puede edificarse a partir de la noción de satisfacción.⁷³

b) Validez como fuerza obligatoria:

Entre otras propiedades usualmente atribuidas a las normas, la *validez* ocupa un lugar prominente, y ella parece operar como un sustituto de la verdad en el discurso normativo. Por ello, no resulta sorprendente encontrar diversos esfuerzos teóricos por explicar las relaciones lógicas entre las normas en términos de validez.

Si bien esta estrategia parece a primera vista promisorio, gran parte de su plausibilidad deriva de la ambigüedad del término 'validez'. Los teóricos emplean la expresión 'validez' con diferentes sentidos, algunos de los cuales son enteramente inadecuados como base para la lógica de normas. Por ejemplo, en algunos de sus trabajos Alf Ross defiende una concepción subjetiva de la validez, reduciéndola a hechos psicológicos relativos a la autoridad normativa o al sujeto destinatario.⁷⁴ De ese modo, la lógica deóntica se vería reducida a una lógica de enunciados relativos a la existencia de hechos psicológicos, con lo que muchas formas de inferencia normativas que parecen correctas se volverían inválidas. Por ejemplo, el hecho de que alguien acepte una norma general de acuerdo con la cual las promesas deben cumplirse, y el hecho de que haya hecho una promesa, no garantizan de por sí que esa persona aceptará la validez de la conclusión de que tiene que cumplir la promesa formulada, porque que lo acepte o no es simplemente una cuestión empírica.⁷⁵

Más allá de esta noción subjetiva, a fin de evaluar si la validez puede sustituir a la verdad como cualidad apropiada para explicar las relaciones lógicas entre las normas, deberían distinguirse otros dos conceptos de validez. Decir que una norma es válida a veces constituye un modo de atribuirle fuerza obligatoria, esto es, de sostener que ella debe ser obedecida. Por otra parte, 'validez' también es una expresión usada como sinónimo de pertenencia a un sistema normativo. Estos dos sentidos de validez son frecuentemente confundidos, porque parece bastante natural asumir que una norma posee fuerza obligatoria si y solo si pertenece a un cierto sistema normativo. Sin embargo, tal como veremos más adelante, esta confusión ha sido fuente de muchos problemas, particularmente en la teoría del derecho.⁷⁶

Estos dos últimos conceptos de validez han sido empleados como explicaciones de la posibilidad de una genuina lógica de normas. Veamos en primer lugar lo que ocurre con el concepto de validez como fuerza obligatoria. Sostener que una norma es válida en este sentido sería tanto como respaldar una prescripción: aquella que establece el deber de obedecerla.⁷⁷ Es interesante advertir

que la validez así entendida parece presentar un carácter hereditario similar al de la verdad en el razonamiento teórico ordinario. De acuerdo con esta reconstrucción, la validez como fuerza obligatoria satisfaría la denominada convención T que Alfred Tarski postulaba para la verdad, de acuerdo con la cual una definición satisfactoria de verdad debería validar todas las instancias del esquema “ p es verdad si y solo si p ”.⁷⁸ Algo similar ocurriría con la validez como fuerza obligatoria: una norma que prescribe que las promesas deben cumplirse es válida si y solo si las promesas deben cumplirse.⁷⁹

La pregunta que cabría formularse respecto de esta propuesta es si predicar validez de una norma en este sentido sería genuinamente algo distinto de predicar verdad a su respecto, puesto que más allá de emplear palabras distintas, lo dicho no parece diferenciarse en nada de justificar la posibilidad de relaciones lógicas entre normas sobre la base de asumir que ellas son verdaderas o falsas.⁸⁰

c) Validez como pertenencia a un sistema normativo:

Como se indicó, un uso alternativo de ‘validez’ consiste en identificarla con la pertenencia de una norma a un determinado sistema normativo. La pertenencia es una relación entre un individuo y un conjunto; consiguientemente, la validez como pertenencia es un concepto relacional: decir que una norma es válida en este sentido equivale a predicar que ella se encuentra en cierta relación con un conjunto, la relación de membresía.

En algunas de sus obras, Ota Weinberger parece defender la idea de que la validez como pertenencia puede suministrar un fundamento adecuado para una lógica de normas.⁸¹ Weinberger sostiene que la validez puede tomarse como un concepto general, aplicable tanto a normas como a proposiciones. Desde este punto de vista, un enunciado como ‘La norma N es válida’ significaría ‘ N pertenece al sistema normativo SN ’, y el enunciado ‘La proposición p es válida’ significaría ‘ p pertenece al sistema proposicional S , y p es verdad en S ’. Dada esta analogía, Weinberger estima que la noción de consecuencia lógica puede definirse en términos de esta propiedad hereditaria como sustituto de la noción de verdad.

El problema aquí es que no toda propiedad hereditaria es capaz de cumplir la misma función que cumple la verdad en las inferencias lógicas. En particular, la mera pertenencia a un sistema no logra garantizar que las relaciones entre los elementos que pertenecen a él sean de carácter lógico.⁸²

Quizás la intuición que intenta articular Weinberger es la que se deriva de la analogía entre la verdad y la pertenencia a *un cierto tipo de sistema*: un sistema deductivo. Siguiendo a Alfred Tarski, esta clase de sistema puede definirse como la totalidad de las consecuencias lógicas que se siguen de cierto conjunto de enunciados.⁸³ Pero en ese caso, decir que las reglas lógicas preservan la propiedad de validez resultaría vacío, dado que sería analíticamente verdadero respecto de estas nociones de sistema y de pertenencia. Por el contrario, decir que las reglas lógicas preservan la verdad está lejos de ser una verdad analítica ya que la verdad se define con independencia de la noción de sistema.⁸⁴

3.3. La aplicación indirecta de la lógica a las normas

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que ni la satisfacción ni la validez, bajo los diferentes sentidos considerados, resultan aptas para sustituir a la verdad como propiedad hereditaria que explique las relaciones lógicas entre normas. Por ello, algunos filósofos y lógicos han sugerido como solución al problema del fundamento de la lógica deóntica la idea de que la lógica ordinaria puede aplicarse de manera indirecta a las normas.⁸⁵ Como ejemplo de este enfoque, en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Hans Kelsen defiende una concepción no cognoscitiva de las normas de acuerdo con la cual ellas no son susceptibles de verdad o falsedad. De ello deriva que la lógica no podría aplicarse de manera directa a las normas, puesto que se trataría de una disciplina que solo se ocupa de proposiciones verdaderas o falsas. Pero si bien los principios lógicos no serían directamente aplicables a las normas, podrían ser aplicados a los enunciados que describen normas (como lo serían los enunciados jurídicos), y a través de ellos se aplicarían indirectamente a las normas.⁸⁶

Esta solución al problema bajo análisis acierta al diferenciar a las normas de las proposiciones que se refieren a la existencia de normas, esto es, lo que siguiendo a von Wright hemos denominado *proposiciones normativas*. De hecho, tal como intentaremos demostrar,⁸⁷ esta distinción resulta tan fundamental que ninguna reconstrucción adecuada de los aspectos lógicos del discurso normativo puede desconocerla. Pero más allá de resaltar que las proposiciones normativas resultarían verdaderas o falsas mientras que las normas carecerían de valores de verdad, este enfoque asume que en cualquier otro aspecto relevante ambos discursos resultarían similares en cuanto a sus propiedades lógicas, lo cual supone aceptar la existencia de un fuerte isomorfismo entre normas y proposiciones normativas. Por ejemplo, de acuerdo con Kelsen, la proposición normativa que describe la existencia de una norma como 'Si A, entonces S' tendría ella misma una estructura condicional. Para Kelsen, las proposiciones normativas serían como paráfrasis de las normas y, aunque susceptibles de verdad o falsedad, se trataría de 'enunciados de deber descriptivo'.⁸⁸

No obstante, en contra de la opinión de Kelsen, parece evidente que, aunque una cierta norma *N* tenga una estructura condicional, una proposición normativa referida a ella (que la menciona), como por ejemplo 'La norma *N* es válida en el sistema *S*', no constituye una afirmación subordinada a ninguna condición. Es más, si las normas jurídicas son concebidas como normas generales, ninguna proposición o enunciado jurídico tendrá la misma estructura que la correspondiente norma jurídica, porque en tanto estas últimas tendrían carácter universal, las proposiciones o enunciados jurídicos que se refieren a su pertenencia a un sistema jurídico tendrían carácter existencial.

El modo en que Kelsen confunde las características lógicas de las normas con las de las proposiciones normativas se revela de un modo particularmente dramático cuando su propuesta se proyecta al análisis de los conflictos normativos. De acuerdo con Kelsen, dos normas serían contradictorias si las proposiciones que las describen fuesen contradictorias. Por supuesto, dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas verdaderas. No obstante, si las normas N_1 y N_2 están en conflicto (por ejemplo, *Op* y *PHp*), las proposiciones que describen su pertenencia a un sistema jurídico ('*Op* pertenece a *SJ*' y '*PHp* pertenece a *SJ*') son perfectamente consistentes, y si las proposiciones normativas mismas estuvieran en conflicto (por ejemplo, '*Op* pertenece a *SJ*' y '*Op* no pertenece a *SJ*'), ellas no describirían un conflicto entre normas. En otras palabras, es perfectamente posible ofrecer una descripción consistente de un sistema normativo inconsistente, y una descripción inconsistente de un sistema normativo no es razón para pensar que el propio sistema es inconsistente.

Una alternativa más refinada que también explora la analogía entre normas y proposiciones que describen normas puede hallarse en algunos trabajos de von Wright. Hemos visto ya que von Wright resalta que todo enunciado deóntico, como 'Está prohibido estacionar aquí', es ambiguo puesto que puede ser interpretado como expresivo de una prescripción impartida por una autoridad pero también como expresivo de una proposición que describe el hecho de que cierta norma ha sido dictada.⁸⁹ En *Norma y Acción* von Wright examina en profundidad esta ambigüedad y concluye que la lógica deóntica puede interpretarse como una lógica para expresiones normativas interpretadas descriptivamente (es decir, como proposiciones normativas).⁹⁰

Tanto von Wright como Kelsen centran la atención en la aplicación de la lógica a enunciados que describen normas, pero mientras Kelsen cree que la lógica puede aplicarse indirectamente a las normas porque es directamente aplicable a las proposiciones normativas, von Wright sostiene que la validez de los principios de una lógica de proposiciones normativas depende en verdad de relaciones lógicas entre las normas. Más allá de esto, ambos presuponen la existencia de un fuerte e infundado isomorfismo entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas. Tal como luego profundizaremos, esto es equivocado: si bien la lógica de normas y la de proposiciones normativas tienen un fuerte paralelismo, solo bajo ciertas condiciones ambos cálculos resultan equivalentes.⁹¹

3.4. Lógica sin verdad

Otra solución radical al dilema de Jørgensen consiste en rechazar la idea según la cual la lógica restringe su alcance al dominio de la verdad. En su trabajo fundacional de la disciplina, von Wright no consideró el problema de cómo podía siquiera ser posible una lógica de normas, pese a que por su formación filosófica consideraba a las normas como culturalmente dependientes, subjetivas y relativas y, por consiguiente, carentes de valores de verdad. Von Wright procedió como si la posibilidad de edificar un cálculo formal con axiomas plausibles fuese el único requisito necesario para satisfacer las demandas de la lógica. Cuando más tarde reflexionó sobre el problema, su conclusión fue que '*la lógica ... tiene un alcance más amplio que la verdad*'.⁹² Con todo, pronto comprendió que, a falta de una rigurosa fundamentación, esta observación sobre el alcance de la lógica no pasaba de ser una mera expresión de deseos.

En trabajos posteriores von Wright introdujo la idea de que la lógica deóntica podía interpretarse como una lógica para un 'legislador racional'.⁹³ Bajo esta lectura, las relaciones lógicas entre normas se caracterizan en términos de pautas de racionalidad para la actividad de dictar normas. Así, por ejemplo, la incompatibilidad lógica entre dos normas, por ejemplo, entre Op y $O\sim p$, significaría que una autoridad racional no debería exigir al mismo tiempo tanto p como $\sim p$. Con análogo fundamento podrían explicarse otras relaciones lógicas sin recurrir a las nociones de verdad y falsedad. En consecuencia, desde este punto de vista, el campo de aplicación de la lógica se extiende para abarcar expresiones no descriptivas.⁹⁴

Carlos Alchourrón trató de desarrollar esta idea, que supone enfrentar al dilema de Jørgensen asiendo su segundo cuerno.⁹⁵ Su tesis es que la idea de que la lógica resultaría circunscripta al discurso descriptivo y que sus nociones fundamentales han de ser definidas en términos de verdad o falsedad no sería más que el producto de un prejuicio filosófico carente de fundamento. Debido a, ello delineó un sistema lógico independiente de la noción de verdad que caracteriza (directa o

indirectamente) tanto los enfoques semánticos como los enfoques sintácticos de la lógica. De acuerdo con Alchourrón, el núcleo de la lógica se centraría en la noción de consecuencia lógica, de modo que una reconstrucción racional de dicha noción sería apta para suministrar el punto de partida para el desarrollo de un sistema lógico.

Alchourrón caracteriza una noción *abstracta* de consecuencia lógica, que recogería las características comunes a los enfoques sintácticos y semánticos de la noción de consecuencia lógica. Esas características comunes serían:⁹⁶

a) *Inclusión*: Todo conjunto está incluido en el conjunto de sus consecuencias;

b) *Idempotencia*: Las consecuencias de las consecuencias de un conjunto son también sus consecuencias, y

c) *Monotonía*: Cuando las premisas se incrementan, las consecuencias que se obtenían de un conjunto menor deben mantenerse.⁹⁷

Alchourrón toma prestadas algunas ideas de los lógicos Belnap⁹⁸ y Gentzen⁹⁹ para el desarrollo de esta concepción abstracta de consecuencia lógica. Con base en ella, no se requeriría de la noción de verdad a fin de explicar por qué una cierta proposición p se sigue de un conjunto de proposiciones.¹⁰⁰ El significado de las conectivas y de los operadores deónticos sería suministrado por las reglas que regulan su uso. De este modo, sería posible estipular las reglas que gobiernan el comportamiento lógico de las conectivas proposicionales como la conjunción, la disyunción, etc., mediante reglas de introducción y eliminación en patrones de inferencia, y lo mismo ocurriría con los operadores deónticos.¹⁰¹

La caracterización abstracta de la noción de consecuencia desarrollada por Alchourrón constituye una herramienta analítica muy poderosa. Con todo, debe señalarse que el modo concreto en el que Alchourrón presenta la lógica deóntica en esta propuesta ha merecido ciertas objeciones.¹⁰² Aun así, los posibles problemas técnicos no invalidan la idea general de Alchourrón, esto es, la existencia de una noción abstracta de consecuencia que subyace a las nociones sintácticas y semánticas tradicionales, y la tesis de que si abandonamos el presupuesto de que la lógica restringe su alcance al dominio de la verdad, hemos removido el escollo más problemático para el desarrollo de la lógica deóntica.¹⁰³

Esta apretada reseña de las distintas alternativas teóricas que se han ofrecido como escape al dilema de Jørgensen parece indicar que no existe salida a través de la sustitución del concepto de verdad por algún sucedáneo, puesto que los distintos candidatos explorados (satisfacción, validez como fuerza obligatoria o como pertenencia a un sistema, etc.) conducen a resultados insatisfactorios o no son más que un cambio meramente nominal. Tampoco ninguna forma de aplicación indirecta de la lógica a las normas resulta apropiada para construir a partir de ella una genuina lógica de normas. Si estas conclusiones son acertadas, las únicas alternativas disponibles para enfrentar el dilema serían alguno de los dos caminos radicales: o bien aceptar que, después de todo, las normas son entidades semejantes a las proposiciones y, por ello, susceptibles de verdad o falsedad, o bien abandonar la idea de que la lógica se circunscribe a enunciados verdaderos o falsos. Como veremos más adelante, cada una de estas dos alternativas refleja una diferente concepción de las normas.

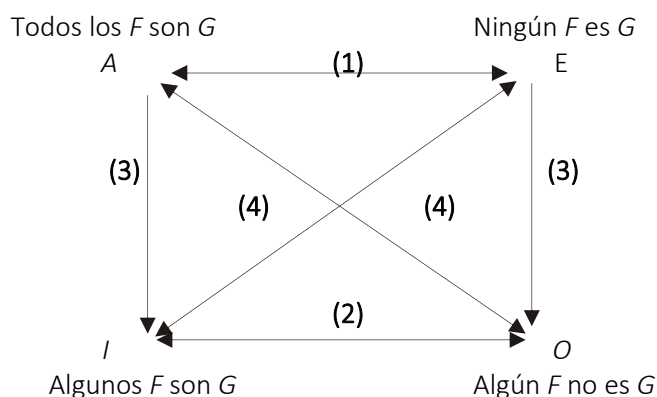
4. Lógica deóntica

4.1. Lógica modal y lógica deóntica

Hagamos un poco de historia. La lógica aristotélica se basaba en cuatro diferentes modos de combinar predicados para formar enunciados: 'Todos los F son G ', 'Ningún F es G ', 'Algunos F son G ' y 'Algunos F no son G '. Los enunciados que se corresponden con estas cuatro estructuras se denominaban *categoricos* (hoy se los denominaría *cuantificados*) y se los distinguía utilizando letras vocales del siguiente modo:

- A (universal afirmativo): Todos los F son G .
- E (universal negativo): Ningún F es G .
- I (particular afirmativo): Algunos F son G .
- O (particular negativo): Algunos F no son G .

En la silogística se consideraba que entre esos enunciados categoricos se verificaban las siguientes relaciones. En primer lugar, el par A y O y el par E e I , son entre sí *contradictorios*, es decir, si uno de ellos es verdadero, el otro es falso y viceversa. En segundo lugar, A implica I y E implica O (*subalternación*), esto es, si el primero es verdadero, el segundo también lo es. En tercer lugar, A y E no pueden ser ambos verdaderos (*contrariedad*). Finalmente, I y O no pueden ser ambos falsos (*subcontrariedad*). Estas relaciones pueden ilustrarse a través del siguiente cuadro de oposición:



Aquí (1) expresa la relación de contrariedad, (2) la relación de subcontrariedad, (3) la relación de subalternación y (4) la de contradicción. Con el posterior desarrollo de la lógica formal, la teoría de la cuantificación o cálculo de predicados permitió advertir que en realidad (1), (2), y (3) solo valen bajo el presupuesto de que la clase denotada mediante el predicado F no es vacía, esto es, que existe al menos un individuo que es F .¹⁰⁴

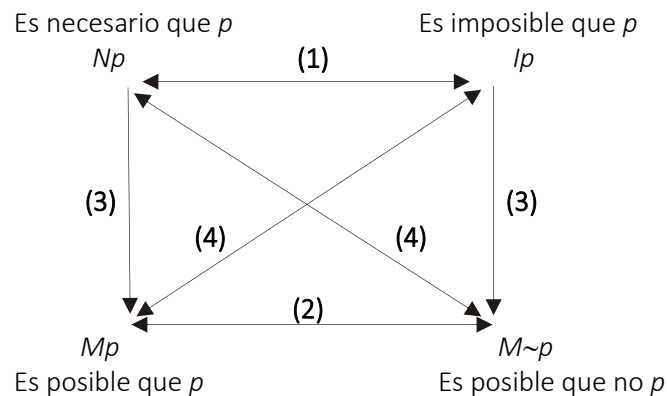
Considérense ahora las diferentes modalidades que puede asumir la verdad de un enunciado p : la verdad de p puede ser necesaria (Np), meramente posible (Mp) o imposible (Ip). Estas distintas

modalidades, que constituyen los conceptos fundamentales de la lógica modal, pueden definirse entre sí en virtud de las siguientes equivalencias:

$$Np = \sim M\sim p = I\sim p^{105}$$

En otras palabras, decir que la verdad de un enunciado es necesaria equivale a decir que no es posible que sea falso, esto es, que es imposible que sea falso.

Sorprendentemente, estos conceptos de la lógica modal se relacionan entre sí de un modo que guarda una perfecta analogía con la de los enunciados categóricos o cuantificados. Intuitivamente, los pares Np y $M\sim p$, por una parte, y los pares $I\sim p$ y Mp , por la otra, son contradictorios entre sí. Además, Np implica Mp e $I\sim p$ implica $M\sim p$ (subalternación); Np y $I\sim p$ no pueden ser ambos verdaderos (contrariedad), en tanto que Mp y $M\sim p$ no pueden ser ambos falsos (subcontrariedad).¹⁰⁶ En un cuadro de oposición análogo al de los juicios categóricos:



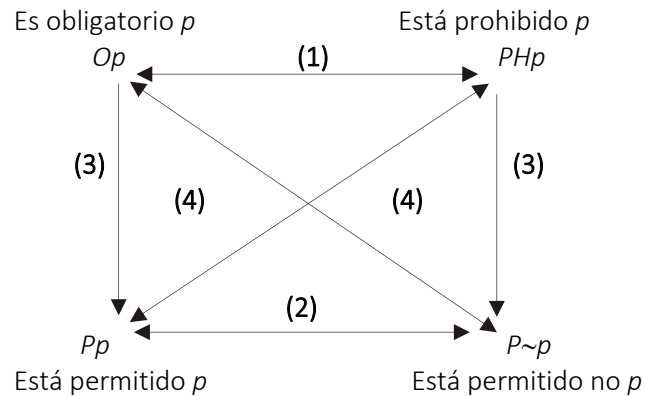
Si tales analogías son por lo menos curiosas, mayor sorpresa debería causar el que, en lo que particularmente nos interesa aquí, ellas se verifiquen también entre los conceptos normativos o *deónticos*. Empleando O para representar el carácter obligatorio, PH para representar el carácter prohibido y P para representar el carácter permitido, tenemos las siguientes equivalencias:

$$Op = \sim P\sim p = PH\sim p$$

En otras palabras, decir que p es obligatorio es equivalente a decir que $\sim p$ no está permitido o, equivalentemente, que $\sim p$ está prohibido. De modo que una norma como 'Es obligatorio pagar los impuestos' podría equivalentemente formularse como 'No está permitido no pagar los impuestos' o bien como 'Está prohibido no pagar los impuestos'.

Por otra parte, intuitivamente parece razonable pensar que la obligación de p y la permisión de $\sim p$ (Op y $P\sim p$), así como la prohibición de p y su permisión (PHp y Pp), se contradicen entre sí; que Op implica Pp , y PHp implica $P\sim p$ (subalternación); que Op y PHp no pueden valer al mismo tiempo (contrariedad), en tanto que Pp y $P\sim p$ no pueden ser ambos inválidos (subcontrariedad).

Al igual que con los enunciados categóricos y los conceptos modales, representando la contrariedad como (1), la subcontrariedad como (2), la subalternación como (3) y la contradicción como (4), tenemos el siguiente cuadro de oposición:



Estas analogías entre los enunciados cuantificados, los conceptos modales y los deónticos son tan próximas que no parece que puedan ser el producto de una mera coincidencia, una suerte de ‘accidente filosófico’, por decirlo de algún modo. Debería existir alguna razón que las justifique. Bajo ese presupuesto, una razonable hipótesis explicativa sería suponer que, de estos tres grupos, dos de ellos son reducibles al tercero. Y de las distintas posibilidades, la que se ha demostrado más fructífera ha sido la que ha propuesto reducir los conceptos modales y los deónticos a enunciados cuantificados. Así, los enunciados modales pueden traducirse en enunciados cuantificados por medio de la idea de Leibniz, ya comentada, de que la verdad de un enunciado es necesaria si ese enunciado es verdadero en *todo mundo posible*, y que la verdad de un enunciado es posible si al menos *existe un mundo posible* en el cual es verdadero.¹⁰⁷

Con mayor precisión, podría decirse que p es *necesariamente* verdadero en un mundo m si y solo si para todo mundo posible m' que se encuentra en cierta relación con m (usualmente denominada relación de accesibilidad), p es verdadero en m' . Y p es *posiblemente* verdadero en un mundo m si y solo si existe al menos un mundo posible m' accesible respecto de m , y p es verdadero en m' .¹⁰⁸ Por las razones que ya adelantáramos, desde un punto de vista lógico es innecesario tomar partido sobre la naturaleza de estos mundos posibles: puede concebirse los como proposiciones, estados de cosas, entidades con existencia independiente, o como modos de ser que el mundo podría haber asumido si las cosas hubiesen sido distintas de como son, entre otras posibles alternativas de interpretación.¹⁰⁹

Tal como veremos a continuación, la misma idea puede igualmente introducirse con una leve variante para examinar las relaciones entre los enunciados deónticos. Existe, no obstante, un problema que a estas alturas ya debería resultar manifiesto: el análisis semántico de la lógica deóntica en términos de cuantificación sobre mundos posibles parece implicar un compromiso con la idea de que los enunciados que califican ciertas acciones o estados de cosas como obligatorios, prohibidos o permitidos poseen valores de verdad, no por referencia a lo que acontece en el mundo real, pero sí por referencia a ciertos mundos normativamente ideales respecto del mundo real, un presupuesto que resulta por lo menos problemático.

4.2. Algunos sistemas de lógica deóntica

Como ya se indicó, los operadores deónticos pueden interdefinirse:

Base O :

Base P :

$$\begin{array}{ll} PHp = O\sim p & Op = \sim P\sim p \\ Pp = \sim O\sim p & PHp = \sim Pp \end{array}$$

En su artículo 'Lógica Deóntica' (1951), considerado la piedra fundacional de la disciplina, G. H. von Wright advirtió las analogías entre los conceptos normativos y los modales ya indicadas,¹¹⁰ y agregó a ello la existencia de leyes análogas respecto de la distribución de los operadores modales y deónticos: la posibilidad de la verdad y la permisión son distributivas respecto de la disyunción, en tanto que la necesidad de la verdad y la obligación son distributivas respecto de la conjunción:

$$\begin{array}{ll} M(p \vee q) \leftrightarrow (Mp \vee Mq) & P(p \vee q) \leftrightarrow (Pp \vee Pq) \\ N(p \wedge q) \leftrightarrow (Np \wedge Nq) & O(p \wedge q) \leftrightarrow (Op \wedge Oq)^{111} \end{array}$$

Por supuesto, las analogías indicadas no deberían soslayar las importantes diferencias que se mantienen entre los conceptos modales y los deónticos. Probablemente, la más importante e indiscutida entre ellas sea que para la mayor parte de las interpretaciones de los conceptos modales resultan válidas las siguientes implicaciones:

$$Np \rightarrow p \qquad p \rightarrow Mp$$

En otras palabras, si la verdad de p es necesaria, entonces p es verdadera, y si p es verdadera, entonces su verdad es posible. Ahora bien, las contrapartes deónticas de estas dos leyes parecen fuertemente contraintuitivas, dado que implicaría aceptar que todo lo que es obligatorio se cumple ($Op \rightarrow p$) y que todo lo que de hecho acontece está permitido ($p \rightarrow Pp$).

Otro aspecto en el que el sistema de lógica deóntica elaborado por von Wright se aleja de la lógica modal es en la interpretación que se asigna a aquello que se pronuncia obligatorio, prohibido o permitido. Las variables a las que afectan los operadores deónticos (p , q , etc.) se entienden como nombres de clases de acciones (acciones genéricas), como fumar, caminar, etc., que pueden cumplirse en diferentes circunstancias.¹¹² No son nombres de actos individuales ni tampoco de estados de cosas. Esas acciones genéricas tienen, de acuerdo con von Wright, valores de ejecución, análogos a los valores de verdad. De esta opción interpretativa se siguen dos consecuencias importantes. En primer lugar, los operadores deónticos no pueden iterarse o repetirse, esto es, una expresión como OOp no tendría sentido, ya que Op no es el nombre de una acción genérica y, por ello, no puede encontrarse comprendida en el alcance de un operador deóntico. En segundo lugar, las fórmulas mixtas, como por ejemplo $p \rightarrow Oq$, no son fórmulas bien formadas, pues p , como nombre de una acción, no podría combinarse mediante conectivas lógicas con fórmulas deónticas pues tales expresiones no tendrían sentido: la fórmula anterior diría algo así como 'Si caminar, entonces es obligatorio pagar los impuestos'. A diferencia de esta interpretación que asume von Wright, los sistemas más usuales de lógica deóntica consideran que las variables p , q , etc., representan descripciones de estados de cosas, lo cual acerca la lógica deóntica a la lógica modal.

En 'Lógica Deóntica' von Wright desarrolló lo que hoy se conoce como el *sistema clásico de lógica deóntica*.¹¹³ Las fórmulas bien formadas de dicho sistema son las siguientes:

- a) un operador deóntico P u O seguido de una fórmula de acción elemental (por ejemplo, p) o compuesta (por ejemplo, $p \rightarrow q$), es una fórmula bien formada;

b) una fórmula bien formada precedida por el símbolo de la negación (\sim) es una fórmula bien formada;

c) dos fórmulas conectadas por una conectiva diádica, esto es, una conjunción (\wedge), una disyunción (\vee), un condicional (\rightarrow) o un bicondicional (\leftrightarrow), constituyen una fórmula bien formada.¹¹⁴

Von Wright sostenía que la existencia de verdades lógicas peculiares para los conceptos deónticos es lo que hace interesante el estudio de la lógica deóntica.¹¹⁵ En concordancia con ello, partió de la consideración de tres principios como fundamento de su sistema clásico:

Principio de distribución deóntica: la permisión de la disyunción de dos actos es equivalente a la disyunción de la permisión del primero y la permisión del segundo ($P(p \vee q) \leftrightarrow (Pp \vee Pq)$).

Principio de permisión: o bien un acto p está permitido, o bien su negación está permitida ($Pp \vee P\sim p$).

Principio de contingencia deóntica: el principio de permisión, conjuntamente con el principio de distribución deóntica, implican que los actos tautológicos, esto es, verdaderos por razones lógicas, están permitidos ($P(p \vee \sim p)$) o, lo que es lo mismo, que los actos contradictorios no son obligatorios. Ahora bien, ¿cuál sería el estatus de expresiones como $O(p \vee \sim p)$ y $PH(p \wedge \sim p)$? Von Wright sostiene que los actos tautológicos no son necesariamente obligatorios y que los actos contradictorios no necesariamente están prohibidos.¹¹⁶

En la presentación del sistema clásico von Wright asumió que las fórmulas deónticas eran susceptibles de valores de verdad. De este modo, sobre la base de los tres principios antes consignados, von Wright desarrolló un método de decisión para la lógica deóntica en términos de tablas de verdad a fin de determinar qué fórmulas eran válidas dentro del sistema.¹¹⁷

De los tres principios antes indicados, el principio de permisión ($Pp \vee P\sim p$) resulta equivalente al principio de que obligatorio implica permitido ($Op \rightarrow Pp$). Por otra parte, la interdefinición entre permisión y obligación ($Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$) asegura la validez de dos importantes teoremas: el principio de consistencia normativa ($\sim(O\sim p \wedge Pp)$) y el principio de completitud normativa ($O\sim p \vee Pp$). En consecuencia, de acuerdo con este sistema, considerando cualquier acción p , no puede ser el caso que ella se encuentre a la vez prohibida y permitida y, por otra parte, o bien ella está prohibida o bien está permitida.¹¹⁸ Como lo observa Soeteman,¹¹⁹ tomando el operador deóntico de obligación y empleando negaciones, pueden distinguirse cuatro alternativas:

- | | |
|---------------|--------------------|
| (1) Op | (3) $\sim Op$ |
| (2) $O\sim p$ | (4) $\sim O\sim p$ |

Dado que (3) $\sim Op$ y (4) $\sim O\sim p$ son, respectivamente equivalentes a $P\sim p$ y Pp , y siendo que, como hemos visto, Fp es equivalente a $(Pp \wedge P\sim p)$, en virtud del principio de completitud normativa tenemos en realidad solo tres situaciones normativas elementales conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes:

$$Op \vee PHp \vee Fp$$

Esto significa que respecto de cualquier acción p , o bien ella es obligatoria, o bien está prohibida, o bien es facultativa. A primera vista parecería posible concebir una cuarta situación normativa: aquella en la que p no tiene ninguna calificación normativa. Podríamos denominar *neutralidad deóntica* a esa situación. Sin embargo, por razones que luego examinaremos con mayor detenimiento, el sistema clásico, así como sistemas más fuertes de lógica deóntica, limitan su campo de aplicación a las normas y sus relaciones. Por eso, las situaciones de neutralidad normativa, en las que ninguna norma se ha dictado con relación a cierta acción, son descartadas *a priori*.¹²⁰

Las analogías entre la lógica deóntica y la lógica modal son aún más próximas en el así denominado *sistema estándar* de lógica deóntica.¹²¹ El sistema estándar es una extensión del sistema clásico, en el sentido de que para llegar a él solo se necesitan dos modificaciones respecto de aquel. En primer lugar, en el sistema estándar los operadores deónticos no afectan a acciones genéricas sino a proposiciones que representan estados de cosas.¹²² En segundo lugar, en el sistema estándar se emplea una regla de inferencia más fuerte que en el sistema clásico (la regla de necesidad deóntica). El sistema estándar puede presentarse axiomáticamente del modo siguiente:

Sistema estándar de lógica deóntica (LDS):

- | | | |
|--------------------|--|--|
| (A ₁) | Todas las tautologías (verdades lógicas) de la lógica proposicional. | |
| (A ₂) | $PA \leftrightarrow \sim O\sim A$ ¹²³ | (Def. P) |
| (A ₃) | $O(A \rightarrow B) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$ | (KO) |
| (A ₄) | $OA \rightarrow \sim O\sim A$ | (DO) |
| (RI ₁) | Si $\vdash A$ y $\vdash A \rightarrow B$, entonces $\vdash B$ | (<i>Modus Ponens</i>) ¹²⁴ |
| (RI ₂) | Si $\vdash A$, entonces $\vdash OA$ | (Necesidad deóntica) |

De acuerdo con (A₁) es posible aprovechar todo el poder inferencial de la lógica proposicional para la lógica deóntica, si bien hasta aquí no tendríamos ninguna ley lógica propia en el dominio normativo. Como este axioma garantiza que en la lógica deóntica valgan todas las leyes de la lógica proposicional, se dice que este sistema es una *extensión* de la lógica proposicional. (A₂) introduce la definición del operador permitido en términos de obligación. (A₃) consagra el principio de distribución de la obligación por el condicional, esto es, que si un condicional es obligatorio y su antecedente es obligatorio, también lo es su consecuente. (A₄), por su parte, indica que si una acción es obligatoria, su negación no puede serlo también y, en virtud de (A₁), resulta equivalente al principio de que obligatorio implica permitido (así como al principio de permisión del sistema clásico de von Wright). En cuanto a las reglas de inferencia, (RI₁) se conoce como *modus ponens*, e indica que si un condicional es un teorema, y si su antecedente también lo es, entonces su consecuente también lo es. Finalmente, (RI₂) establece que si algo es un teorema, la afirmación de su obligatoriedad también es un teorema.

Una de las virtudes principales del sistema estándar es que, debido a su proximidad con la lógica modal, permite una presentación semántica en términos de mundos posibles. Entre 1950 y 1960, diferentes investigadores idearon varias semánticas de mundos posibles para la lógica deóntica.¹²⁵ Aquí nos circunscribiremos a una explicación sintética de uno de esos modelos, debido a su importancia para los estudios subsiguientes de lógica deóntica: el modelo de Kripke.¹²⁶

Un *marco kripkeano* es una estructura compuesta por tres elementos $\langle M, m^*, R \rangle$, donde M es un conjunto no vacío de mundos posibles, m^* es un cierto elemento de M (que puede identificarse con el mundo real), y R es una relación diádica de posibilidad relativa, a la que se califica usualmente como *alternatividad deóntica* o *accesibilidad deóntica*. Intuitivamente, esta relación puede leerse del siguiente modo: un mundo posible m que satisface la relación R con el mundo real m^* es tal que en él se cumple todo lo que es obligatorio en el mundo real, por lo que todos los mundos m que satisfacen esta relación con m^* pueden verse como mundos *normativamente ideales* respecto de m^* . Un *modelo kripkeano* es un marco así definido con una función de valuación (v) que asigna valores de verdad V o F a las fórmulas de un cierto lenguaje L .

La idea básica para el desarrollo de un sistema de lógica deóntica sobre tales bases consiste en las siguientes cláusulas de verdad para los enunciados deónticos: una norma como Op sería verdadera en el mundo real si y solo si p es verdadera en todos los mundos posibles que son deónticamente ideales respecto del mundo real, y una norma como Pp sería verdadera en el mundo real si y solo si hay al menos un mundo deónticamente ideal respecto del mundo real en el cual p es verdadera.¹²⁷

Kripke hizo la brillante observación de que, con relación a la lógica modal, exigir la satisfacción de diferentes propiedades formales respecto de la relación de accesibilidad entre mundos da lugar a diferentes sistemas lógicos. En el caso de la lógica deóntica, es igualmente posible obtener diferentes sistemas lógicos imponiendo diferentes exigencias sobre la relación R . Por ejemplo, si no se impone ninguna restricción sobre la relación de accesibilidad deóntica (lo cual significa que se toma en consideración la clase de todos los marcos), el resultado que se obtiene es un sistema de lógica deóntica débil, usualmente calificado como OK , caracterizado por el axioma $O(A \rightarrow B) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$.

Adviértase que si en el mundo real son verdaderas tanto $O(p \rightarrow q)$ como Op , entonces en todos los mundos deónticamente ideales respecto del mundo real serán verdaderos tanto $p \rightarrow q$ como p . De esto, en virtud de la lógica proposicional, se sigue que en todos los mundos deónticamente ideales también será verdadera q , por lo que en el mundo real también será verdad Oq .

Ahora bien, es posible establecer ciertas restricciones sobre la relación de accesibilidad deóntica. Por ejemplo, se puede tomar en consideración solo la clase de todos los marcos en los cuales la relación R es *serial*, esto es, donde se cumple que para todo mundo posible de M existe al menos un mundo deónticamente ideal.¹²⁸ Es por referencia a esta clase de marcos que se obtiene el sistema estándar de lógica deóntica, caracterizado por el axioma $OA \rightarrow PA$.¹²⁹ Esto es así por la siguiente razón: supóngase que Op vale en el mundo real pero, sin embargo, Pp no vale. En tal caso, en todos los mundos deónticamente ideales con relación al mundo real p es verdadera, pero como Pp no vale, entonces no existe ningún mundo deónticamente ideal en el que p sea verdadera. Contrariamente a lo que podría parecer, estas dos afirmaciones son perfectamente compatibles, dado que el enunciado que afirma que para todo mundo deónticamente ideal respecto del mundo real p es verdadera es un enunciado general y condicional, que puede resultar vacuamente verdadero si es que no hay mundos deónticamente ideales respecto del mundo real. Pero estamos asumiendo que la relación de accesibilidad deóntica es serial, de manera que debe existir al menos un mundo deónticamente ideal respecto de cada mundo posible. En consecuencia, si es verdad que en todos los mundos deónticamente ideales respecto del mundo real p es verdadera, y es verdad que hay al menos un mundo deónticamente ideal respecto del mundo real, entonces en ese mundo p tiene que ser verdadera. Por ende, en la clase de todos los marcos en los

cuales la relación R de accesibilidad deóntica es serial, no hay ningún mundo posible en el cual no valga $Op \rightarrow Pp$.

Con estos recursos relativamente simples y elegantes, la semántica de mundos posibles suministra un marco rico y teóricamente poderoso para representar diversos sistemas de lógica deóntica.¹³⁰

Es justo reconocer que, desde sus orígenes, la lógica deóntica en general, y el sistema estándar en particular, se han visto amenazados por el desarrollo por parte de los teóricos de diversas paradojas¹³¹ con el fin de subrayar distintas consecuencias problemáticas que parecerían derivarse de sus axiomas fundamentales. El señalamiento de esas paradojas ha llegado al punto de hacer decir a Rescher que '*... no hay virtualmente ningún tópico en el área sobre el cual se haya alcanzado un consenso establecido*'.¹³²

Algunas de las así llamadas paradojas de la lógica deóntica no son más que resultados contraintuitivos que surgen de posibles interpretaciones de fórmulas válidas de los sistemas deónticos. Ese parece ser el caso de la paradoja de Ross, que cuestiona el teorema del sistema estándar $Op \rightarrow O(p \vee q)$ con el siguiente ejemplo problemático: 'Si es obligatorio despachar una carta, es obligatorio despacharla o quemarla',¹³³ o la paradoja de Prior de las obligaciones derivadas, que señala el carácter problemático que asumiría el teorema $O\sim p \rightarrow O(p \rightarrow q)$ con una interpretación como la siguiente: 'Si está prohibido matar a una persona, entonces es obligatorio que si la mato, también le robe'.¹³⁴

Otras, en cambio, son paradojas en sentido estricto, esto es, generan contradicciones lógicas a partir de premisas aparentemente consistentes, como la paradoja del buen samaritano (de las premisas 'Está prohibido robar' y 'Si el buen samaritano ayuda a quien ha sido robado, entonces alguien ha sido robado', de acuerdo con el sistema estándar de lógica deóntica sería derivable 'Está prohibido que el buen samaritano ayude a quien ha sido robado'),¹³⁵ o la que probablemente sea la más famosa de las paradojas de la lógica deóntica: la paradoja de Chisholm de las obligaciones contrarias a deber, es decir, las obligaciones que surgen como consecuencia de la violación de otra obligación.¹³⁶ De acuerdo con ella, frente a un conjunto de enunciados como el que se lista a continuación el sistema estándar de lógica deóntica no parece contar con recursos suficientes como para representarlos de un modo que preserve su aparente consistencia y no redundancia:

- (1) María debe ir a visitar a su abuela.
- (2) María debe llamar por teléfono a su abuela para avisarle si la va a visitar.
- (3) Si María no va a visitar a su abuela, no debe llamarla.
- (4) María no va a visitar a su abuela.

No intentaremos aquí ofrecer un análisis detallado de tales paradojas.¹³⁷ De todas maneras es preciso resaltar, en primer lugar, que aun cuando algunas de estas paradojas expongan serios obstáculos para los sistemas deónticos, desde un punto de vista técnico su discusión ha suministrado impulsos decisivos para el progreso de la disciplina. Tal como lo señalaba con acierto Russell, las paradojas y los acertijos desempeñan un papel crucial para verificar una teoría lógica.¹³⁸ Y, en segundo lugar, ha de advertirse que aunque el sistema estándar de lógica deóntica no resulte apto para dar cuenta de todas nuestras intuiciones normativas y requiera de mayor complejidad y refinamiento, en dicho marco es posible explicar de manera sencilla y satisfactoria al menos un primer nivel de intuiciones relativas a las relaciones entre normas (la interdefinibilidad entre los

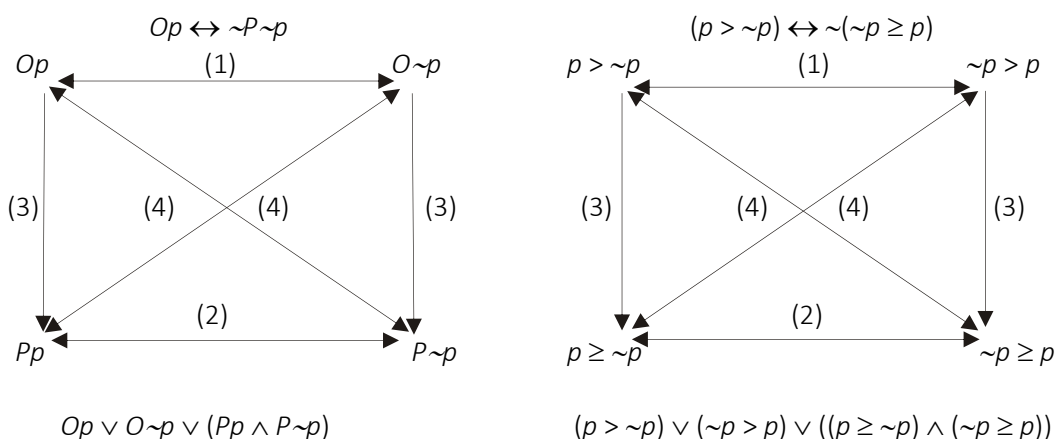
operadores deónticos, la idea de que la obligación implica la permisión, la distributividad de los operadores deónticos por la disyunción y la conjunción, entre otros).

4.3. Lógica deóntica y concepciones de las normas

Como ya se ha señalado, la teoría de mundos posibles parece ser la mejor alternativa de la que dispone la concepción semántica de las normas para explicar la diferencia entre proposiciones y normas, pero ello implica asumir el problemático presupuesto de que las normas son susceptibles de valores de verdad. En la interpretación estándar de la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica que se presentó en el punto anterior, que asume la concepción semántica de las normas, estas serían verdaderas si describen adecuadamente lo que acontece en ciertos mundos normativamente ideales.

Ahora bien, la semántica de mundos posibles también podría ser empleada para caracterizar las normas sin necesidad de atribuirles valores de verdad. Podría sostenerse desde este punto de vista que prescribir que es obligatorio p en el mundo real significa *preferir* como mundos normativamente ideales a su respecto aquellos mundos posibles en los que es verdad que p . La enunciación de una norma importaría establecer una preferencia, una selección de ciertos mundos como normativamente accesibles, no una descripción de lo que en ellos acontece, de modo que, en esta lectura alternativa, las normas mismas serían constitutivas de qué mundos posibles son estimados por la autoridad normativa al formularlas como normativamente ideales respecto del mundo real.

Es importante advertir que, así como se verifican fuertes analogías entre los conceptos deónticos y los modales, también existen fuertes analogías –incluso más fuertes– entre los conceptos deónticos y las relaciones diádicas de preferencia. Tomando como básicas las nociones de preferencia fuerte ('... es mejor que ...' ($>$)) y preferencia débil ('... es al menos tan bueno como ...' (\geq)), puede señalarse lo siguiente:¹³⁹



Aquí, al igual que en los casos anteriores, (1) representa la relación de contrariedad, (2) la relación de subcontrariedad, (3) la relación de subalternación y (4) la relación de contradicción.

En primer lugar, las interdefiniciones entre la preferencia fuerte ($>$) y la preferencia débil (\geq) son similares a las que se verifican entre la obligación (O) y la permisión (P). En segundo lugar, las relaciones del cuadro de oposición son estrictamente las mismas en el caso de las preferencias, comportándose $>$ igual que O y \geq igual que P . Así, por ejemplo, preferir p a $\sim p$ ($p > \sim p$) implica reputar a p al menos tan buena como $\sim p$ ($p \geq \sim p$) –subalternación– del mismo modo que Op implica Pp , y preferir p a $\sim p$ ($p > \sim p$) es contradictorio con reputar a $\sim p$ al menos tan buena como p ($\sim p \geq p$), del mismo modo que Op es contradictoria respecto de $P\sim p$. En tercer lugar, el ‘espacio lógico’ en el caso de los enunciados preferenciales admite tres alternativas: o bien p es mejor que $\sim p$, o $\sim p$ es mejor que p , o p es al menos tan bueno como $\sim p$ y $\sim p$ es tan bueno como p (esto es, son indiferentes), del mismo modo que lo que ocurre con los enunciados deónticos: p es o bien obligatorio, o bien prohibido, o bien facultativo.

De hecho, hay al menos un aspecto en el que las analogías entre los enunciados deónticos y las preferencias son incluso más próximas que las que los primeros poseen con los enunciados modales,¹⁴⁰ puesto que mientras para estos últimos se cumple que:

$$\begin{array}{l} | \neg Np \rightarrow p \\ | \neg p \rightarrow Mp \end{array}$$

sus análogos en lógica deóntica y en lógica de preferencias no valen:

$$\begin{array}{ll} \not\vdash Op \rightarrow p & \not\vdash (p > \sim p) \rightarrow p \\ \not\vdash p \rightarrow Pp & \not\vdash p \rightarrow (p \geq \sim p)^{141} \end{array}$$

Esto significa que de la obligación de realizar p no se sigue que p se cumpla, al igual que del hecho de que p sea mejor que $\sim p$ no se sigue que p sea verdad, y de la verdad de p no se sigue que p esté permitida, así como de la verdad de p no se sigue que sea al menos tan buena como $\sim p$.

En tanto las normas se interpreten como descripciones de lo que acontece en ciertos mundos normativamente ideales nos mantendremos dentro de los confines de la concepción semántica de las normas, y ellas funcionan como proposiciones acerca de lo que se debe hacer, susceptibles pues de verdad o falsedad. Pero consideremos la siguiente alternativa. Supongamos que M es un conjunto no vacío de mundos posibles, m^* un elemento de M (el mundo real), y $S(m^*, M)$ una función de selección que correlaciona m^* con un subconjunto de M (los mundos normativamente ideales respecto de m^*). Las normas dictadas en m^* especifican el alcance de $S(m^*, M)$ del siguiente modo: prescribir que es obligatorio hacer p en el mundo real (m^*) significa que en todos los mundos posibles que esta norma selecciona como normativamente ideales respecto del mundo real, p es verdadera, y permitir hacer p en el mundo real (m^*) significa que hay al menos un mundo posible dentro del conjunto de los mundos normativamente ideales seleccionados por esta norma en el que p es verdadera.¹⁴²

Aquí la diferencia entre afirmar p y prescribir que es obligatorio p no sería semántica sino pragmática: estaría dada por la distinta actitud proposicional del hablante y, consiguientemente, habríamos pasado a la concepción pragmática de las normas. A través de una estrategia como esta

sería posible preservar la elegancia y riqueza de análisis que ofrece la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica sin comprometerse con la problemática tesis de que las normas son susceptibles de verdad o falsedad.

En síntesis, es posible interpretar que la dirección de ajuste de un enunciado que expresa una norma del tipo 'Es obligatorio p ' es del lenguaje al mundo, en cuyo caso el enunciado pretenderá registrar lo que acontezca en ciertos mundos normativamente ideales respecto del mundo real, y será verdadero o falso de acuerdo con que lo haga o no de manera fidedigna. Bajo esta interpretación, resulta sencillo justificar la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas, puesto que estaríamos rechazando el presupuesto sobre el cual se funda el dilema postulado por Jørgensen. Como alternativa se puede considerar que la dirección de ajuste del enunciado 'Es obligatorio p ' es del mundo al lenguaje, en cuyo caso el propio enunciado determinará qué mundos estima el hablante como normativamente ideales respecto del mundo real. Las normas no serán verdaderas ni falsas, y su diferencia con las proposiciones será pragmática y no semántica. Bajo esta interpretación, justificar la posibilidad de relaciones lógicas entre normas requiere enfrentar el dilema de Jørgensen por su segundo cuerno, lo que parece posible apelando a herramientas como el enfoque abstracto de la noción de consecuencia lógica diseñado por Alchourrón.¹⁴³

Dado que hemos aceptado que puede haber normas cuya existencia no depende de su formulación en el lenguaje, tal como se indicó en el punto 2.3, estas dos concepciones de las normas podrían generalizarse y presentarse de un modo que no requiera recurrir a nociones lingüísticas (como los son las de semántica y pragmática, o igualmente la de dirección de ajuste) valiéndonos de la terminología de los mundos posibles. De un modo neutral podríamos decir que las normas correlacionan el mundo real con ciertos mundos normativamente ideales. Pero para una cierta manera de concebir a las normas, que se correspondería en su versión lingüísticamente cargada con la concepción semántica y que, prescindiendo de esa carga, podríamos ahora calificar como concepción *cognoscitiva* o *representacional*, las normas representan correlaciones ya existentes entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales a su respecto o, lo que sería equivalente, expresan nuestras creencias sobre qué mundos son normativamente ideales respecto del mundo real. Desde este punto de vista, las normas descubrirían puentes ya existentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales. En cambio, para una segunda manera de concebir a las normas, que se correspondería en su versión lingüísticamente cargada con la concepción pragmática y que, prescindiendo de esa carga, podríamos ahora calificar como concepción *no-cognoscitiva* o *atributiva*, las normas seleccionan ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real o, lo que sería equivalente, expresan nuestras valoraciones o preferencias de ciertos mundos como normativamente ideales respecto del mundo real. Desde este punto de vista, las normas mismas construirían puentes entre el mundo real y los mundos normativamente ideales.

Para utilizar la terminología de Michael Smith, podría decirse que lo que hemos denominado concepción semántica, cognoscitiva o representacional de las normas se corresponde con una visión anti-humana de los valores y las razones para actuar, que explica tales nociones en términos de creencias de cierto tipo, mientras que la concepción pragmática, no-cognoscitiva o atributiva de las normas se corresponde con una visión humana de los valores y las razones para actuar, que explica tales nociones en términos de deseos o preferencias de cierto tipo.¹⁴⁴

4.4. Representación de normas condicionales

Uno de los problemas más complejos de la lógica deóntica está dado por la manera apropiada de representar a las normas condicionales. El grado de dificultad de la cuestión resulta de la exponencial combinación de dos de los más graves ‘escándalos’ de la lógica: por una parte, las dificultades involucradas en la construcción de una teoría general que dé cuenta de modo satisfactorio de los diferentes tipos de enunciados condicionales del lenguaje natural; por la otra, las perplejidades que suscita la aplicación de la lógica respecto del lenguaje normativo.¹⁴⁵

En lógica proposicional, una expresión condicional, del tipo ‘Si llueve mucho, entonces las calles se inundan’, es falsa si y solo si su antecedente, es decir, el primer término, es verdadero y su consecuente, es decir, el segundo término, es falso. A diferencia de otras conectivas lógicas, como la conjunción o la disyunción, frente a un condicional, el orden de los dos subenunciados vinculados por esta conectiva es relevante (la conjunción y la disyunción son conmutativas y, por ello, el orden de los subenunciados conectados resulta irrelevante). En un enunciado condicional se dice que la verdad del antecedente es *condición suficiente* de la verdad de su consecuente, y que la verdad del consecuente es *condición necesaria* de la verdad del antecedente.¹⁴⁶

En el lenguaje ordinario, a través de enunciados condicionales se expresan diferentes tipos de relaciones entre subenunciados: causales (‘Si llueve mucho, las calles se inundan’); definicionales (‘Si Juan es soltero, no está casado’), estipulativas (‘Si Boca pierde con River, me comeré la camiseta’), etc. La conectiva lógica que se denomina ‘condicional’ (o ‘condicional material’) solo capta un aspecto muy elemental que estas (y otras muchas) expresiones del lenguaje ordinario comparten: todos rechazaríamos como falsas tales expresiones si su antecedente fuese verdadero y su consecuente falso.

Parece fácil justificar que el condicional resulte falso cuando su antecedente es verdadero y su consecuente falso: si afirmo ‘Si Boca pierde con River, me comeré la camiseta’, y ocurre que Boca pierde con River pero no me como mi camiseta, cualquiera diría que he mentado. Asimismo, parece intuitivamente fácil admitir que el condicional es verdadero cuando tanto el antecedente como el consecuente son verdaderos. En cambio, debido a la amplia diversidad de formulaciones condicionales del lenguaje ordinario, resulta intuitivamente difícil aceptar la estipulación de que el condicional es verdadero en los casos en los que su antecedente es falso. ¿No sería más apropiado considerar que la verdad de un condicional resulta indeterminada en tal hipótesis? Podría ser, pero no bajo el presupuesto, asumido a los fines de simplificar el análisis de la corrección del razonamiento, de que toda proposición o bien es verdadera o bien falsa.

Una dificultad adicional consiste en que la conectiva lógica que estamos analizando solo recoge del lenguaje natural su significado veritativo-funcional, y ello implica que un condicional será verdadero siempre que no se verifique el caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso, con total independencia de que medie o no algún tipo de conexión entre antecedente y consecuente. Por ejemplo, la oración ‘Si San Martín cruzó Los Andes, $3 + 5 = 8$ ’ expresaría un condicional verdadero, pese a que la verdad del antecedente no tiene relevancia alguna para la verdad del consecuente. Esto choca con nuestras intuiciones lingüísticas, pues de acuerdo con ellas el uso de expresiones como ‘Si p entonces q ’ importa ordinariamente suponer que existe cierto tipo de relación interna entre el contenido del antecedente y el del consecuente. Es más, para la lógica proposicional un enunciado condicional resulta verdadero toda vez que su antecedente sea falso o su consecuente sea verdadero. Por ello, también expresarían condicionales verdaderos las oraciones ‘Si Kubrick dirigió *Rocky*, hay vida en otros planetas’ (porque su

antecedente es falso) y ‘Si hay vida en otros planetas, Tarantino dirigió *Kill Bill*’ (porque su consecuente es verdadero).

En lógica deóntica existen dos caminos primordiales que se han transitado para representar formalmente las normas condicionales. Por un lado, lo que suele denominarse *obligación condicional de alcance amplio*, que Alchourrón propusiera calificar como *concepción insular* de las normas condicionales,¹⁴⁷ de conformidad con la cual tanto el antecedente como el consecuente del condicional se encuentran dentro del alcance del operador deóntico (con esquemas del tipo $O(p \rightarrow q)$). Por otro lado, lo que suele calificarse como *obligación condicional de alcance restringido*, y que Alchourrón bautizara como *concepción puente* de las normas condicionales, de conformidad con la cual el operador deóntico solo afecta al consecuente del condicional (con esquemas del tipo $(p \rightarrow Oq)$). Estas dos distintas formas de representación de las normas condicionales, y las diferentes formas de inferencia que cada una de ellas parece validar, son las que dan lugar a la paradoja de Chisholm antes mencionada.

Ninguno de estos dos caminos para la representación de las normas condicionales se encuentra libre de objeciones y dificultades. Solo a título ejemplificativo, la concepción insular está sujeta a la ya reseñada paradoja de Prior de las obligaciones derivadas: de $O\neg p$ es posible derivar $O(p \rightarrow q)$ para cualquier q , lo cual podría interpretarse como la fuertemente contraintuitiva inferencia de que, si una acción se encuentra prohibida, su realización obliga a cualquier cosa.¹⁴⁸ La concepción puente, por su parte, ha sido objetada porque expresiones como $p \rightarrow Oq$ parecen híbridos que combinan un antecedente descriptivo y un consecuente prescriptivo. Los autores que han asumido una u otra alternativa de formalización en general han propuesto, como remedio para intentar superar objeciones como las comentadas, reemplazar el condicional material por otras conectivas, algunas más fuertes (como condicionales estrictos o condicionales generalizados) y otras más débiles (como condicionales subjuntivos, condicionales contrafácticos o condicionales derrotables).

En términos generales ha prevalecido entre los teóricos la representación de las normas condicionales utilizando la concepción insular. Alchourrón, en cambio, propuso utilizar la no tan popular concepción puente de las normas condicionales. Desde esta perspectiva, lo usual ha sido recurrir a condicionales materiales para representar a las normas condicionales, con esquemas como $p \rightarrow Oq$. Pero Alchourrón sugirió reemplazar el condicional material por un condicional generalizado en cuanto a las circunstancias ($p \Rightarrow Oq$) –que podría interpretarse como ‘Bajo toda circunstancia en que es verdad p , es obligatorio q ’– lo cual a su juicio permitiría, por una parte, superar las dificultades filosóficas que suscita la interpretación de expresiones como $p \rightarrow Oq$ y, por otra parte, dar cuenta de las intuiciones que subyacen a la concepción insular.¹⁴⁹

Sin embargo, al examinar el modo apropiado de representar las normas condicionales es menester diferenciar dos formas distintas de inferencia, que constituyen dos variantes de aplicación del esquema de razonamiento conocido como *modus ponens* ($((p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow q$), a las que se ha denominado, respectivamente, *regla de separación fáctica* y *regla de separación deóntica* del consecuente.¹⁵⁰ De acuerdo con la regla de separación fáctica, a partir de una norma condicional y de la *verdad* de su antecedente, es posible derivar el deber contenido en su consecuente. De acuerdo con la regla de separación deóntica, a partir de una norma condicional y del *deber* de llevar a cabo su antecedente, es posible derivar el deber contenido en su consecuente.

Ahora bien, si se piensa un poco, desde la concepción insular no parece posible admitir la primera de estas dos formas de inferencia, esto es, la regla de separación fáctica. Si en la concepción insular

tanto el antecedente como el consecuente de las normas condicionales se hallan comprendidos dentro del alcance del operador deóntico, de la *verdad* del antecedente no parece poder derivarse ninguna conclusión respecto del consecuente. Una norma como ‘Es obligatorio que si vas a visitar a tu abuela la llames para avisarle’ (que podría representarse como $O(p \rightarrow q)$) es equivalente a ‘Es obligatorio que o bien no vayas a visitar a tu abuela, o bien la llames para avisarle’ ($O(\sim p \vee q)$). Y frente a ella, del *hecho* de que vayas a visitar a tu abuela no parece seguirse ninguna consecuencia normativa, dado que podría ocurrir que tengas el deber de no visitarla ($O\sim p$) debido a que está muy enferma, y en tal caso tengas también el deber de no llamarla para no molestarla.

Con un criterio similar, si en la concepción puente solo el consecuente del condicional se encuentra afectado por el operador deóntico, de la *obligatoriedad* del antecedente ninguna conclusión podría derivarse respecto del deber de concretar el consecuente. Supongamos que Ticio suscribe un contrato con Cayo por el cual se obliga a entregarle un caballo y Cayo se compromete en tal caso a pagarle a Ticio diez kilos de trigo. De la norma ‘Si Ticio le entrega a Cayo un caballo, Cayo debe entregarle a Ticio diez kilos de trigo’ ($p \rightarrow Oq$), y aunque Ticio tenga el deber de entregarle a Cayo un caballo (Op), todavía no es posible concluir que Cayo deba entregarle a Ticio ni un grano de trigo (Oq), porque dicho deber dependerá de que Ticio cumpla con su obligación. Por consiguiente, la regla de separación deóntica solo puede valer para la concepción insular y la regla de separación fáctica solo puede valer para la concepción puente:¹⁵¹

Regla de separación fáctica:

$$((p \rightarrow Oq) \wedge p) \rightarrow Oq$$

Regla de separación deóntica:

$$(O(p \rightarrow q) \wedge Op) \rightarrow Oq$$

De admitirse esto, la conclusión que se sigue es que las intuiciones que subyacen a la representación de las normas condicionales a través de la concepción puente son distintas de las que subyacen a la representación de las normas condicionales a través de la concepción insular. En la primera, con herramientas como las que propone Alchourrón podrían representarse tanto aquellas normas respecto de las cuales vale irrestrictamente la regla de separación fáctica como aquellas respecto de las cuales ella no vale, al menos sin ciertas restricciones. En la concepción insular, por su parte, con herramientas similares podrían representarse tanto aquellas normas respecto de las cuales vale irrestrictamente la regla de separación deóntica, como aquellas respecto de las cuales dicho esquema de inferencia no vale sin restricciones. Pero desde la concepción puente nunca podría admitirse la regla de separación deóntica y desde la concepción insular nunca podría admitirse la regla de separación fáctica, con lo cual no cabría considerar a uno de estos enfoques como superador respecto del otro pues simplemente darían cuenta de ideas diferentes.

Algo similar sostienen Jakson y Pargetter: habría dos maneras en las que una obligación puede estar sujeta a condiciones.¹⁵² En primer lugar, tendríamos lo que los autores denominan *obligación hipotética*: un enunciado relativo a una obligación de este tipo tendría la forma ‘Si fuera el caso que p , entonces el sujeto S estaría obligado a hacer q ’. La regla de separación fáctica resultaría válida con respecto a enunciados relativos a este tipo de obligaciones hipotéticas. Pero, en segundo lugar, existirían lo que los autores denominan enunciados de *obligación restringida*. Un enunciado relativo a una obligación restringida tendría la forma ‘Dado el caso que p , el sujeto S está obligado

a q' , un enunciado respecto del cual no resultaría válida la regla de separación fáctica pero que sí validaría la regla de separación deóntica.

Como se dijo, la diferencia entre la concepción puente y la concepción insular consiste en el diferente alcance del operador deóntico. Por ello, como bajo la concepción insular el operador deóntico comprende todo el enunciado condicional, es plausible suponer que tanto respecto del antecedente como del consecuente el agente puede tener incidencia respecto de su acaecimiento o no. En la concepción puente, en cambio, la exigencia en cuestión solo se verifica respecto del consecuente. Por eso, aunque tiene perfecto sentido una norma como 'Se debe cerrar la ventana si llueve', no tiene sentido representarla como $O(p \rightarrow q)$, donde p representaría que llueve y q que se cierra la ventana. Este parece un claro ejemplo de norma que debería representarse de conformidad con la concepción puente, pues de ella y del hecho de que llueve, debería poder derivarse que es obligatorio cerrar la ventana.¹⁵³ Ejemplos inversos, esto es, de normas condicionales que no parezca sensato representar bajo la concepción puente y que solo puedan representarse adecuadamente bajo la concepción insular, no parecen tan claros. Pero supóngase una norma que establece 'Si vas a visitar a tu abuela, debes llamarla antes para avisarle'. Al menos no suena chocante representar esta norma como $O(p \rightarrow q)$. Es más, si se la interpreta de este modo, y si fuera obligatorio, a su vez, que visites a tu abuela, parece razonable concluir que debes llamarla para avisarle, algo que no se podría concluir si se la representara como $p \rightarrow Oq$, puesto que en la concepción puente no vale la regla de separación deóntica.

Una dificultad adicional vinculada con los condicionales en general, y con las normas condicionales en particular, es lo que se conoce como el problema de la *derrotabilidad*. En el lenguaje común, cuando se emplea una expresión condicional del tipo 'Si p entonces q ', no siempre se pretende con ella afirmar que la ocurrencia de p es condición suficiente de q , esto es, que toda vez que se verifica p , también se verificará q , sino que a veces lo que se quiere significar es que la ocurrencia de p normalmente o en condiciones ordinarias, dará lugar a q .

Así, por ejemplo, en el enunciado 'Si un gas se calienta, entonces aumenta su volumen', existe un presupuesto implícito: que la presión se mantenga constante. Si ese presupuesto falla, esto es, si la presión se modifica, no hay garantías de que el consecuente se verifique. Se dice entonces que la afirmación condicional es 'derrotada'. Siguiendo a Alchourrón, un condicional derrotable puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas. La variación en la presión del gas es una excepción implícita que, de verificarse, derrota la afirmación del condicional. Muchas de las afirmaciones condicionales que formulamos en el lenguaje ordinario son derrotables en este sentido, debido a que ellas valen para circunstancias normales, pero sabemos que en circunstancias excepcionales pueden ser dejadas de lado, esto es, ser derrotadas. Consideramos verdadera la afirmación 'Las aves vuelan', esto es, que si algo es un ave, vuela. Sin embargo, esta afirmación es derrotable puesto que en realidad no todas las aves vuelan: los pingüinos no vuelan, los avestruces no vuelan, las aves muertas no vuelan, entre otros muchos casos excepcionales. La afirmación 'Las aves vuelan' puede tomarse como verdadera en condiciones normales, pese a que existe un conjunto no especificable de situaciones excepcionales de aves que no vuelan.

Podría decirse entonces que en los condicionales derrotables, para cuya representación suele emplearse el símbolo $>$, el antecedente no es condición suficiente del consecuente sino meramente una *condición contribuyente*. En otras palabras, el antecedente explícito, conjuntamente con un conjunto de presupuestos que se encuentran implícitos en el contexto comunicacional, son condición suficiente del consecuente. Por ello, un condicional derrotable

encubre en realidad en su antecedente una condición más compleja que la enunciada explícitamente. Podría pues definírsele a partir de la siguiente equivalencia:

$$(p > q) \leftrightarrow (p \wedge \sim(r \vee s \vee \dots)) \rightarrow q$$

Es decir, si p es verdadero, y no se dan r , s u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q . El condicional derrotable $p > q$ significa, pues, que el antecedente p , conjuntamente con el conjunto de presupuestos a él asociados, es una condición suficiente del consecuente. Los condicionales derrotables no satisfacen la denominada *ley de refuerzo del antecedente*:

$$\not\vdash (p > q) \rightarrow ((p \wedge r) > q)$$

Esta forma de inferencia, válida para el condicional material y otras conectivas más fuertes, indica que, si p es condición suficiente de q , entonces si se verifica p con cualquier otra circunstancia adicional, esto es, si se refuerza el antecedente, seguirá siendo derivable la verdad de q . Como en los condicionales derrotables el antecedente no es condición suficiente del consecuente, esta forma de inferencia falla, puesto que no cualquier circunstancia con la que pretenda reforzarse el antecedente garantiza que el consecuente siga siendo derivable. No lo será si se trata de alguna de las excepciones que limitan su alcance: si algo es un ave, en principio vuela, pero si sabemos que se trata de un ave y, además, que es un pingüino, ya no podemos inferir que vuela.

Por otra parte, la invalidez del refuerzo del antecedente obliga también a rechazar respecto de los condicionales derrotables la ley del *modus ponens*:

$$\not\vdash ((p > q) \wedge p) \rightarrow q^{154}$$

Por consiguiente, si se abandona el refuerzo del antecedente, también ha de abandonarse el *modus ponens*. Los condicionales derrotables son, pues, conectivas debilitadas respecto del condicional material, que no satisfacen ni la ley de refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*. La grave dificultad es que con ello, la pérdida de poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no es posible con base en este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular,¹⁵⁵ puesto que esto es precisamente lo que significa que para un condicional no valga la ley del *modus ponens*: aunque aceptemos la verdad de un enunciado condicional derrotable, y aunque sepamos que su antecedente es verdadero, no podemos inferir su consecuente. La verdad de 'Las aves vuelan', sumada a la verdad de que Chilly Willy es un ave, no permite inferir que Chilly Willy vuela; de hecho, Chilly Willy es un pingüino y, por eso, no vuela. En síntesis, un condicional derrotable es una conectiva sumamente débil cuyo empleo permite eludir ciertas consecuencias que pueden parecer contraintuitivas, pero al precio de impedir otras fuertemente intuitivas.

También en el caso de la representación de las normas condicionales se ha pensado en sustituir condicionales más fuertes por condicionales derrotables. Suele decirse que la idea de la derrotabilidad se encuentra atada a la idea de *normalidad*, en el sentido de que un condicional derrotable es un condicional cuya verdad puede afirmarse solo bajo circunstancias normales. Cuando esta idea se proyecta en el dominio de las normas, debería advertirse que asume dos formas diferenciadas. Una de ellas es la derrotabilidad vinculada a lo que, por falta de una expresión mejor, podría denominarse *normalidad fáctica*, y que está ligada a la falla de la regla de

la separación fáctica $((p \rightarrow Oq) \wedge p) \rightarrow Oq$, asociada a la concepción puente de las normas condicionales. Una norma condicional sería derrotable en este sentido cuando el deber de su consecuente no pueda derivarse pese a la *verdad* de su antecedente, en virtud de la verificación de un hecho o circunstancia que bloquea tal inferencia. Si interpretamos una norma como ‘Si alguien mata a otro debe ser sancionado’ como derrotable (v. gr., $p > Oq$), al no valer a su respecto la ley de refuerzo del antecedente, se podría evitar derivar a partir de ella la consecuencia de que debe sancionarse a quien mata a otro en cualquier circunstancia, por ejemplo, si se trata de un caso en el que se mata a otro por piedad, en legítima defensa o si el autor del hecho es un menor de edad. En tales casos, la conclusión de que ha de sancionarse al homicida se vería derrotada por la concurrencia de una excepción implícita.

Por supuesto, que esta circunstancia adicional bloquee la derivación del deber del consecuente dependerá de que ella torne operativa otra norma que resulte incompatible con la originaria y la derrote. De todos modos, en este caso es primordialmente un hecho lo que bloquea la inferencia.

Derrotabilidad por fracaso de la regla de separación fáctica:

$p > Oq$ es una norma derrotable si y solo si, siendo r una circunstancia excepcional o anormal, la verificación conjunta de p y r no permite inferir Oq .

La otra noción de derrotabilidad, vinculada con lo que podría denominarse *normalidad deóntica* o *normativa*, está ligada a la falla de la regla de separación deóntica $(O(p \rightarrow q) \wedge Op) \rightarrow Oq$, asociada a la concepción insular de las normas condicionales. Una norma condicional sería derrotable en este sentido cuando el deber de su consecuente no puede derivarse pese a la *obligatoriedad* de su antecedente, en virtud de la existencia de otro deber que bloquea la inferencia. Por ejemplo, puede ser que María tenga el deber de llamar a su abuela si la va a visitar, que además tenga el deber de visitarla y, sin embargo, tenga el deber de no llamarla si posee el deber adicional de comunicarle en persona una mala noticia que su abuela podría entrever por el tono de su voz si la llama. En este caso no es un hecho sino una obligación lo que derrota la inferencia.

Derrotabilidad por fracaso de la regla de separación deóntica:

$O(p > q)$ es una norma derrotable si y solo si, siendo Or una norma excepcional o anormal, la verificación conjunta de Op y Or no permite inferir Oq .

La derrotabilidad de las normas y de los razonamientos normativos ha sido un tópico ampliamente examinado en los últimos años.¹⁵⁶ Y si bien tales estudios han producido resultados muy interesantes, existe una dificultad básica en la idea de interpretar a las normas condicionales como meramente derrotables. Tomemos el caso de la derrotabilidad por fracaso de la regla de separación fáctica dentro el marco de la concepción puente de las normas condicionales, y el ejemplo de la norma que establece que se debe sancionar a quien mata a otro. Si se representa a esta norma mediante el uso de un condicional derrotable, lo que se obtiene es una norma que solo nos diría que *en principio* es obligatorio sancionar a un homicida, esto es, que es obligatorio sancionar a los homicidas *a menos que* se verifiquen ciertas excepciones que no podemos especificar por anticipado. Y si bien así, debido al fracaso del refuerzo del antecedente, se evitarían ciertas consecuencias indeseables, también se bloquearían inferencias perfectamente deseables, pues ya no podríamos concluir de ella que los homicidios cometidos por personas rubias deben ser sancionados, o los perpetrados en días viernes, o en los que se empleó un arma de fuego. Es más,

como tampoco valdría a su respecto el *modus ponens*, de la norma derrotable que establece que si alguien mata a otro debe ser sancionado, y del hecho que sepamos que Jack el Destripador mató a (varios) otros, no sería posible concluir que se lo debe sancionar. En otras palabras, de una norma semejante no podría inferirse nada respecto de ningún caso particular.¹⁵⁷

La dificultad que supone esta opción entre representar a las normas condicionales mediante una conectiva fuerte, con ciertas consecuencias aparentemente contraintuitivas, o mediante una conectiva débil, privada de casi todo poder inferencial, ha sido presentada por Soeteman con notable claridad en la forma de un dilema:

O bien aceptamos ... que hay excepciones en las normas (tanto condicionales como incondicionales) que no se encuentran incluidas en su formulación, con la consecuencia de que ya no será posible deducir de una norma lo que tenemos que hacer bajo ciertas circunstancias concretas, o bien no aceptamos esta posibilidad de excepciones (en otras palabras: solo aceptamos excepciones que se encuentren incluidas en la formulación de una norma); la cuestión será entonces, no obstante, si de hecho somos capaces de formular normas válidas.¹⁵⁸

5. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas

5.1. La negación de las proposiciones normativas

Ya hemos introducido la distinción entre *normas* y *proposiciones normativas*, esto es, proposiciones descriptivas referidas a normas. Pese a que con diferentes nombres la distinción fue advertida por muchos autores,¹⁵⁹ lamentablemente ella ha recibido poca atención en los desarrollos teóricos de la lógica del discurso normativo.¹⁶⁰

Si bien conceptualmente es sencillo trazar esta distinción, en la práctica ocurre que en ocasiones una misma oración puede expresar tanto una norma como una proposición normativa. Supóngase que alguien dice: 'Está prohibido fumar en este lugar'. Puede ser que quien formula la oración en cuestión sea alguna autoridad que imparte la prescripción de no fumar. Pero también puede ser que quien formula la oración no tenga autoridad alguna, sino que esté simplemente aseverando que cierta autoridad ha impartido una prescripción de no fumar para ese sitio. En el primer caso 'Está prohibido fumar en este lugar' es la formulación de una norma y la expresión 'prohibido' asume en ella un carácter prescriptivo. En el segundo, se trata de un enunciado metalingüístico que se refiere a una norma, una proposición normativa, y la expresión 'prohibido' asume un significado descriptivo. Expresiones como 'obligatorio', 'prohibido' o 'permitido' son sistemáticamente ambiguas en el sentido indicado y resulta de la mayor importancia distinguir entre sus acepciones descriptivas y prescriptivas.

Aunque como hemos examinado resulta altamente controvertible sostener que las normas mismas sean entidades semejantes a las proposiciones y posean valores de verdad, que las proposiciones normativas tengan tales características es algo difícilmente cuestionable. Von Wright caracteriza a las proposiciones normativas como proposiciones '*acerca de que tal y tal norma existe*'.¹⁶¹ Pero como las normas usualmente existen integrando complejos sistemas normativos, la forma gramatical de los enunciados deónticos que expresan proposiciones normativas a menudo esconde una parte relevante de su contenido conceptual.¹⁶² Así, un enunciado como 'No está permitido

estacionar aquí', entendido como una proposición normativa, a pesar de referirse aparentemente al estatus deóntico de una acción sin calificaciones, es en realidad un enunciado que informa sobre la calificación normativa de una acción *de acuerdo con un cierto sistema normativo*. Las proposiciones normativas son, pues, verdaderas o falsas dependiendo del conjunto de normas tomado como relevante. Así, la estructura de las proposiciones normativas podría representarse como:

$$Op \in S$$

donde Op es la norma *mencionada (no usada)* en la proposición normativa, y S es el sistema normativo al cual pertenece Op de acuerdo con lo que la proposición afirma.

Las diferencias entre las normas y las proposiciones normativas sugieren que debería existir una diferencia correspondiente entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. El sistema estándar de lógica deóntica valida los principios de consistencia normativa, esto es, que ninguna acción puede estar a la vez prohibida y permitida, y el principio de completitud, esto es, que toda acción está o bien prohibida o bien permitida. Ahora bien, ¿reconstruye este sistema en forma adecuada las relaciones lógicas entre las expresiones normativas como 'obligación', 'prohibición' y 'permisión'? Para responder a esta pregunta es necesario tener en mente la sistemática ambigüedad de tales expresiones, que aparecen tanto en la formulación de genuinas normas como en la formulación de proposiciones normativas.

De acuerdo con una conocida distinción de Hart, podría decirse que un sistema de lógica de normas refleja el *punto de vista interno* de quien dicta las normas o quien las acepta y las usa como guía de conducta, mientras que un sistema de lógica de proposiciones normativas refleja el *punto de vista externo* de quien se sitúa como observador y califica normativamente ciertas acciones de conformidad con las normas existentes en un cierto sistema normativo.¹⁶³

5.2. Diversos sentidos de permisión

Al examinar las posibles respuestas frente al desafío que supone el dilema de Jørgensen se adelantó que no debería asumirse livianamente que las relaciones lógicas entre proposiciones normativas son equivalentes a las que se verifican entre las propias normas.¹⁶⁴ Una manera simple de explicar las diferencias entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas consiste en considerar los diferentes modos en los que la negación afecta a las primeras y a las segundas. Aplicada a las normas, la negación parece comportarse en analogía muy próxima al discurso descriptivo: la negación de una norma (por ejemplo, Op) es también una norma ($P\sim p$);¹⁶⁵ para cada norma hay solo una norma que constituye su negación; una norma y su negación son recíprocas (si $P\sim p$ es la negación de Op , entonces Op es la negación de $P\sim p$). Además, una norma y su negación son mutuamente excluyentes (no pueden ser ambas válidas) y conjuntamente exhaustivas (una de las dos debe ser válida), de modo que $\sim(Op \wedge P\sim p)$ y $Op \vee P\sim p$ son fórmulas válidas en la lógica de normas.¹⁶⁶

En cambio, la negación de las proposiciones normativas es más problemática. 'En el sistema normativo S la acción p está prohibida' es un enunciado metalingüístico complejo que afirma que una norma pertenece a cierto sistema normativo. Por consiguiente, su negación puede interpretarse como una proposición que afirma que S no contiene una norma que prohíbe p , en

cuyo caso la negación opera sobre la pertenencia de la norma al sistema –se niega la proposición normativa– o puede interpretarse como una proposición que afirma que S contiene una norma que no prohíbe p (esto es, una norma que permite p), en cuyo caso la negación afecta a la norma referida en el enunciado.

Para dar cuenta de esta ambigüedad es necesario diferenciar dos nociones de negación para las proposiciones normativas: la *negación externa* (representada como \sim) y la *negación interna* (representada como \neg). Mientras la negación externa es una operación que lleva, de la proposición normativa que afirma la pertenencia de una norma a un sistema, a la proposición normativa que afirma la no pertenencia de tal norma al sistema, la negación interna es una operación que lleva, de la proposición normativa que afirma la pertenencia de una norma a un sistema, a la proposición normativa que afirma la pertenencia de su norma-negación al sistema. Por ejemplo:

$$\begin{array}{ll} \text{Negación externa:} & \sim PH_s p \leftrightarrow PHp \notin S \\ \text{Negación interna:} & \neg PH_s p \leftrightarrow \sim PHp \in S \leftrightarrow Pp \in S \end{array}$$

Aquí, la negación externa de la proposición que afirma que p está prohibido en el sistema S es una proposición que niega la pertenencia de la norma que prohíbe p a S , mientras que la negación interna de tal proposición es una proposición que afirma la pertenencia a S de una norma que no prohíbe p , esto es, una norma que permite p .

De acuerdo con esto, ‘permisión’ es una expresión que puede aparecer en una genuina norma o en una proposición normativa. En el primer caso, esto es, bajo una interpretación prescriptiva, permitir una acción equivale a no prohibirla. De ahí que una norma permisiva podría expresarse equivalentemente como Pp (‘Está permitido p ’) o bien como $\sim PHp$ (‘No está prohibido p ’). En cambio, cuando la palabra ‘permisión’ aparece en una proposición normativa, ella se torna ambigua ya que hay dos sentidos alternativos en los que puede decirse que una acción está permitida de acuerdo con un cierto sistema normativo: una conducta puede ser calificada como permitida simplemente en razón de que nadie la ha prohibido, pero también podría calificársela como permitida en caso de que la autoridad normativa haya autorizado expresamente su realización. Estas dos nociones distintas pueden ser denominadas *permisión negativa* ($P^-_s p$) –no existe en el sistema una norma que prohíba la acción– y *permisión positiva* ($P^+_s p$) –hay una norma en el sistema que la permite:

$$\begin{array}{ll} \text{Permisi3n negativa:} & P^-_s p \leftrightarrow PHp \notin S \\ \text{Permisi3n positiva:} & P^+_s p \leftrightarrow \sim PHp \in S \leftrightarrow Pp \in S \end{array}$$

Es fácil advertir que la permisi3n negativa de p es equivalente a la negaci3n externa de la prohibici3n de p , mientras que la permisi3n positiva de p es equivalente a la negaci3n interna de la prohibici3n de p . La permisi3n negativa se limita a indicar la ausencia de una norma; la permisi3n positiva, en cambio, depende de la existencia de cierta norma en el sistema.

En una l3gica de proposiciones normativas podemos utilizar como base el operador O y definir dos conceptos descriptivos de permisi3n, pero tambi3n podemos utilizar como base el operador P y definir dos conceptos descriptivos de prohibici3n y dos de obligaci3n:

$$\begin{array}{ll} \text{Base } O: & \text{Base } P: \\ O_s p \leftrightarrow Op \in S & O^+_s p \leftrightarrow \sim P\sim p \in S \end{array}$$

$$\begin{array}{ll}
PH_S p \leftrightarrow O \sim p \in S & O^-_S p \leftrightarrow P \sim p \notin S \\
P^+_S p \leftrightarrow \sim O \sim p \in S & PH^+_S p \leftrightarrow \sim P p \in S \\
P^-_S p \leftrightarrow O \sim p \notin S & PH^-_S p \leftrightarrow P p \notin S
\end{array}$$

De este modo puede advertirse que no solo la permisión, sino que todos los conceptos deónticos se vuelven ambiguos cuando aparecen en proposiciones normativas.

La diferencia que existe entre la permisión negativa y la permisión positiva quizás se entienda con mayor claridad si se repara en lo siguiente: si una conducta p está permitida en sentido negativo en un sistema normativo S y una autoridad decide prohibirla, no surgirá ningún conflicto. Como resultado de la prohibición, la conducta p , antes no prohibida, pasará a estar prohibida en el sistema. En cambio, si la conducta p estaba permitida en sentido positivo en el sistema S y la autoridad decide prohibirla, como resultado de su acción surgirá en el sistema un conflicto normativo: p pasará a estar permitida y prohibida a la vez.

Aunque esta distinción entre diferentes conceptos de permisión fue advertida por von Wright, el profesor finlandés consideraba que la permisión positiva tenía carácter normativo, mientras que la negativa no. En otras palabras, von Wright distinguía solo dos conceptos de permisión, dado que identificaba la permisión prescriptiva con la permisión positiva. Y como suponía que la permisión positiva implicaba a la negativa, denominaba a la primera 'permisión fuerte' y a la segunda 'permisión débil'.¹⁶⁷ En realidad, resulta necesario diferenciar tres conceptos de permisión, uno prescriptivo y dos descriptivos: el permiso positivo y el negativo.

5.3. Consistencia y completitud

La primera presentación de las diferencias entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas fue elaborada por Carlos Alchourrón, y luego desarrollada juntamente con Eugenio Bulygin.¹⁶⁸ Su propuesta puede delinearse axiomáticamente del siguiente modo:

Sistema de lógica de proposiciones normativas (LPN):

(A₁) Todas las tautologías (verdades lógicas) de la lógica proposicional.

(A₂) $O_S(A \wedge B) \leftrightarrow (O_S A \wedge O_S B)$

(A₃) $O_S A \rightarrow P^+_S A$

(A₄) $P^+_S(A \wedge B) \rightarrow P^+_S A$

(RI₁) De $\vdash (A \leftrightarrow B)$, se sigue $\vdash (O_S A \leftrightarrow O_S B)$

(RI₂) De $\vdash (A \leftrightarrow B)$, se sigue $\vdash (P^+_S A \leftrightarrow P^+_S B)$ ¹⁶⁹

Si se compara este sistema con los sistemas usuales de lógica deóntica, puede advertirse, en primer lugar, que las proposiciones normativas son relativas a un cierto sistema normativo, lo cual se refleja en los suscriptos ($_S$) de sus fórmulas. En cambio, las expresiones de la lógica de normas no se refieren a un sistema normativo particular, sino que se expresan, por así decirlo, desde el interior (el punto de vista interno) de un sistema normativo. En segundo lugar, en el sistema de lógica de proposiciones normativas no hay nada parecido al principio $Pp \leftrightarrow \sim O \sim p$ ¹⁷⁰ que se acepta como válido en la lógica deóntica. Esto es así porque, como hemos visto, hay dos diferentes formas de negar las proposiciones normativas, que dan lugar a dos conceptos descriptivos de permisión (la

permisión negativa y la permisión positiva). Y si bien la permisión negativa de p equivale a la ausencia de prohibición de p , una misma acción p puede estar permitida en sentido positivo y a la vez prohibida –en cuyo caso el sistema será inconsistente– y puede no estar permitida en sentido positivo y tampoco prohibida –en cuyo caso el sistema será incompleto.¹⁷¹ Por eso, la equivalencia expresada en $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$, aunque válida en la lógica de normas, no es válida en la lógica de proposiciones normativas.

A pesar de estas diferencias, puede demostrarse que, bajo ciertas presuposiciones, la lógica de proposiciones normativas y la lógica de normas resultan equivalentes y, consecuentemente, que la permisión positiva P^+ será equivalente a la permisión negativa P^- . Ello es así dado que un análogo al principio $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$ es de hecho válido en la lógica de proposiciones normativas bajo las condiciones de consistencia y completitud del sistema normativo tomado en consideración, esto es, cuando para toda acción p se cumple que:

$$\begin{array}{ll} (1) \sim(O_S\sim p \wedge P^+_S p) & (CS_S) \\ (2) O_S\sim p \vee P^+_S p & (CP_S) \end{array}$$

Es importante advertir que la conjunción de (1) y (2), esto es,

$$(3) \sim(O_S\sim p \wedge P^+_S p) \wedge (O_S\sim p \vee P^+_S p)$$

es equivalente a:

$$(4) P^+_S p \leftrightarrow \sim O_S\sim p^{172}$$

y dado que de acuerdo con las definiciones precedentes $\sim O_S\sim p$ equivale a $P^-_S p$, llegamos a que:

$$(5) ((CS_S) \wedge (CP_S)) \leftrightarrow (P^+_S p \leftrightarrow P^-_S p)$$

En otras palabras, bajo el supuesto de completitud y consistencia del sistema normativo tomado como punto de referencia, la permisión positiva equivale a la negativa y, por consiguiente, la lógica de proposiciones normativas sería equivalente a la lógica deóntica.¹⁷³

Podría decirse que la lógica de normas pretende reconstruir la racionalidad en la actividad de promulgar normas, la ‘racionalidad del legislador’,¹⁷⁴ por decirlo de algún modo, y un legislador racional no debería introducir contradicciones en un sistema normativo ni dejar acciones sin regulación. En cambio, la lógica de proposiciones normativas pretende reconstruir las consecuencias lógicas de un cierto sistema normativo. Por consiguiente, no deberíamos asumir desde este punto de vista ni la completitud ni la consistencia del sistema normativo bajo consideración, puesto que de hecho los sistemas normativos reales pueden no coincidir con nuestros ideales, esto es, pueden no ser el producto de una actividad racional de creación normativa.

Una de las consecuencias más atractivas de la distinción entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas es que la segunda ofrece las herramientas necesarias para dar cuenta de esto último, es decir, para examinar las derivaciones de los sistemas normativos efectivamente existentes, que bien pueden ser imperfectos. Al comienzo de este módulo hemos tenido oportunidad de apreciar un ejemplo concreto de inconsistencia normativa en el derecho argentino:

la situación que se genera para los médicos de hospitales públicos quienes, por una parte, como funcionarios públicos tienen el deber de denunciar cualquier delito que conozcan en el ejercicio de sus funciones (artículo 177.1 del Código Procesal Penal de la Nación) y, por la otra, como médicos tienen el deber de guardar secreto profesional de todo aquello que llegue a su conocimiento al atender a sus pacientes (artículo 11 de la ley 17.132). Por supuesto, es posible tratar de justificar por vía de interpretación algún criterio para privilegiar a una de estas dos soluciones incompatibles sobre la otra. Pero como la vacilante jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre este punto nos enseña (en 'Zambrana Daza' se resolvió validar el proceso penal iniciado a partir de la denuncia de un médico de un hospital público; en 'Baldivieso', en cambio, se invalidó el proceso), tales criterios pueden dar lugar a controversia, y en tanto se mantengan vigente las normas comentadas subsistirá el conflicto.

La distinción entre normas y proposiciones normativas muestra además que algunas de las objeciones usuales que se dirigen contra el sistema estándar de lógica deóntica no son más que el producto de confundir estos dos niveles de análisis, especialmente las dudas relativas a la interdefinibilidad de la permisión con la obligación y la prohibición, que valen en el sistema estándar de lógica deóntica, así como el hecho de que este excluye la posibilidad de conflictos normativos.

Todos los sistemas de lógica deóntica, con mayor o menor fidelidad, tratan de suministrar una reconstrucción de una genuina lógica de normas, no de una lógica de proposiciones normativas. Pero como la lógica de proposiciones normativas es la que ofrece el marco teórico adecuado para explorar las consecuencias de los sistemas normativos existentes, es ella la que posee la mayor aplicación práctica.

5.4. Un dilema para la lógica de proposiciones normativas

A pesar de las virtudes que hemos sintetizado, la distinción entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, e incluso la propia diferencia entre normas y proposiciones normativas, ha de enfrentarse a un serio desafío filosófico, que quizás ayude a explicar la razón por la cual no ha recibido la atención que merece para el análisis del discurso normativo.

Alchourrón y Bulygin han sostenido que desde la concepción semántica de las normas sería posible tanto aceptar como rechazar que las normas tengan valores de verdad, y en cualquiera de los dos casos sería posible distinguir entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas.¹⁷⁵ Sin embargo, hemos mostrado que, de acuerdo con la concepción semántica, las normas son entidades semejantes a las proposiciones y, por ello, susceptibles de verdad o falsedad. En consecuencia, no existiría espacio conceptual para asumir la concepción semántica y negar valores de verdad a las normas. Ahora bien, un importante corolario de esto es que, precisamente debido a esta característica, para la concepción semántica la distinción entre normas y proposiciones normativas no podría mantenerse, al menos en los términos en los que se la ha presentado, dado que las propias normas serían proposiciones acerca de lo que debe ser el caso.

Por supuesto, incluso desde este enfoque sería posible trazar una distinción entre proposiciones sobre lo que debe ser el caso y proposiciones metalingüísticas acerca de las anteriores, pero esta no sería ya una distinción sustantiva entre dos diferentes clases de entidades. Más próxima a la

distinción entre normas y proposiciones normativas se encontraría la distinción, también viable desde la concepción semántica de las normas, entre la afirmación de que p es obligatorio de acuerdo con las normas de cierto sistema normativo y la afirmación de que p es obligatorio *simpliciter*, esto es, entre proposiciones normativas *relativas* (a lo que debe ser el caso de acuerdo con un cierto sistema normativo) y proposiciones normativas *absolutas* (todas las cosas consideradas).¹⁷⁶ Pero tampoco esta última distinción resultaría enteramente asimilable a la que media entre normas y proposiciones normativas.

Siguiendo igualmente a Alchourrón y Bulygin, desde la concepción pragmática, en cambio, las normas serían concebidas como actos de prescribir, y por ello no serían susceptibles de valores de verdad ni tampoco serían admisibles relaciones lógicas entre ellas, de modo que una genuina lógica de normas sería desde este enfoque imposible.¹⁷⁷ Las relaciones lógicas solo serían admisibles entre proposiciones normativas, esto es, entre enunciados descriptivos relativos a la existencia de normas. Pero el desafío para este punto de vista consistiría en ofrecer un sistema de lógica para proposiciones normativas que no presuponga relaciones lógicas entre ellas.

De lo expuesto se sigue la siguiente disyuntiva. Podemos asumir la concepción semántica de las normas y admitir que ellas son entidades semejantes a las proposiciones, pero en este caso la propia distinción entre normas y proposiciones normativas se desvanece y no hay modo de discriminar entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. Como alternativa podemos asumir la concepción pragmática de las normas, en cuyo marco es posible trazar la distinción entre normas, como entidades que carecen de valores de verdad, y proposiciones normativas verdaderas o falsas, pero dado que desde este punto de vista no habría relaciones lógicas entre normas, no podría sostenerse el contraste entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas sencillamente porque no habría nada parecido a la primera. Es más: la misma posibilidad de una lógica de proposiciones normativas sin una lógica de normas subyacente sería difícil de justificar.

Una posible salida a este dilema, sugerida por Alchourrón y Bulygin, ha consistido en sostener que desde la concepción pragmática de las normas el discurso normativo no estaría condenado a la irracionalidad absoluta. En diversos trabajos en los que se examina este modo de concebir a las normas, los profesores argentinos intentaron diseñar un sistema de lógica para proposiciones normativas sin presuponer relaciones lógicas entre las propias normas.¹⁷⁸ Sin embargo, dicho sistema es sustancialmente equivalente al desarrollado por los propios autores desde la concepción semántica, coincidiendo ambos con el modelo descrito en el punto anterior.

En uno de sus últimos trabajos, von Wright presentó una propuesta distinta para reconstruir la lógica de proposiciones normativas.¹⁷⁹ En él, bajo una lectura descriptiva los enunciados deónticos expresarían proposiciones normativas, y para ellas valdrían las leyes del cálculo proposicional clásico, así como el principio según el cual compuestos de variables lógicamente equivalentes serían sustituibles preservando la verdad. No se presupondrían verdades lógicas especiales para las proposiciones normativas y, más específicamente, distintas fórmulas que se consideran usualmente válidas bajo una lectura prescriptiva, esto es, en una lógica de normas, no valdrían aquí. Entre ellas:

$$(1) \sim O \sim p \rightarrow Pp$$

$$(2) Pp \rightarrow \sim O \sim p$$

$$(3) Pp \vee P \sim p$$

- (4) $O(p \wedge q) \rightarrow \sim P \sim p$
 (5) $P(p \wedge q) \rightarrow \sim O \sim p$

Es fácil advertir, tal como señala von Wright, que (1) es equivalente al principio de completitud y (2) al principio de consistencia. Como se examinó en el punto precedente, en el sistema de lógica para proposiciones normativas de Alchourrón y Bulygin no se acepta como válido a ninguno de estos dos principios sin calificaciones adicionales, dado que ambos representan características contingentes de los sistemas normativos. De manera que hasta aquí no habría diferencias entre esta propuesta y la de los profesores argentinos. No obstante, como indica von Wright, (2) es equivalente a $Op \rightarrow \sim P \sim p$ y (3) es equivalente a $\sim P \sim p \rightarrow Pp$, de manera que por transitividad ellos implican conjuntamente $Op \rightarrow Pp$, un principio cuya satisfacción por parte de un sistema normativo resultaría desde este punto de vista también contingente. Aquí Pp debería interpretarse, en la lectura descriptiva sugerida, como equivalente a P^+p , esto es, como una permisión positiva. Pero esto contradice la aceptación del axioma A_3 en el sistema de lógica para proposiciones normativas de Alchourrón y Bulygin. (4), por su parte, en conjunción con (1) y (2), implica $O(p \wedge q) \rightarrow (Op \wedge Oq)$, lo que se correspondería con el axioma A_2 del sistema de Alchourrón y Bulygin. Y (5) en conjunción con (1) implicaría $P(p \wedge q) \rightarrow Pp$, esto es, el axioma A_4 del sistema de Alchourrón y Bulygin, interpretando siempre a la permisión como una permisión positiva. Por consiguiente, si ninguna de estas fórmulas fuese admitida como lógicamente válida, ¡no quedaría en pie ninguno de los axiomas que asumen Alchourrón y Bulygin para una lógica de proposiciones normativas!

Esto, que a primera vista parece sorprendente, no debería en realidad llamar la atención, siendo que von Wright advierte, como se adelantó, que en su sistema *no vale ninguna verdad lógica especial para las proposiciones normativas*. Lo notable, en todo caso, lo que requiere de alguna justificación, es la profunda diferencia de enfoques que parece signar a uno y otro sistema.

La razón por la cual en el sistema de Alchourrón y Bulygin de lógica para proposiciones normativas –tanto sea bajo la asunción de la concepción semántica como bajo la concepción pragmática de las normas– hay leyes lógicas específicas para proposiciones normativas es que el sistema normativo que se acepta como relevante es interpretado como *clausurado bajo la noción de consecuencia lógica*. En otras palabras, para Alchourrón y Bulygin una lógica de proposiciones normativas es una lógica de enunciados descriptivos relativos a sistemas normativos que no están compuestos únicamente por aquellas normas explícitamente promulgadas por ciertas autoridades, sino también por todas aquellas normas que sean lógicamente derivables de las primeras. Por ello es que las dos versiones de la lógica de proposiciones normativas (desde la concepción semántica y la pragmática de las normas) convergen en el mismo sistema desarrollado en el punto anterior.¹⁸⁰

La justificación que ofrecen para ello desde la concepción pragmática de las normas es que, pese a que en tal enfoque a su criterio no habría relaciones lógicas entre las normas, un sistema normativo se interpreta como un conjunto de contenidos normativos, y ese conjunto comprendería todas sus consecuencias lógicas.¹⁸¹ Para sostener esto último Alchourrón y Bulygin introducen la idea de las *órdenes implícitas*: consideran que en un sentido no psicológico, la afirmación de una cierta proposición implica la implícita afirmación de todas sus consecuencias, y entienden que lo mismo ocurriría en el caso de las normas. Así, si Carla afirma ‘Juan besó a María’, como la proposición de que Juan besó a María implica lógicamente que María fue besada por Juan, Carla estaría implícitamente afirmando también esto último.¹⁸²

Por supuesto, podemos decir que la proposición de que María fue besada por Juan se sigue del contenido de lo afirmado por Carla. Pero si una afirmación implícita es una afirmación ‘en un sentido no psicológico’, es decir, en sentido lógico, esta idea no puede justificar que una reconstrucción adecuada del conjunto de las proposiciones que fueron de hecho afirmadas por Carla, esto es, las proposiciones que fueron objeto de actos de aserción por su parte, característicamente actos voluntarios, comprenda necesariamente todas sus consecuencias lógicas, *a menos que se asuma que existen relaciones lógicas entre actos de afirmar*. Y lo mismo puede decirse de las órdenes implícitas: si una autoridad x ordena hacer p , incluso aunque p implique p o q , de eso no se sigue que x haya ordenado p o q , *a menos que se asuma que hay relaciones lógicas entre actos de prescripción*.

En el sistema de lógica de proposiciones normativas desarrollado por Alchourrón y Bulygin, como vimos, hay verdades lógicas específicas para las proposiciones normativas, tales como que la obligación de p en un sistema normativo implica su permisión positiva, que la conjunción de la obligación de p y la obligación de q en un sistema normativo equivale a la obligación de la conjunción de p y q en S , o que la permisión positiva de la conjunción de p y q en un sistema normativo implica la permisión positiva de cualquiera de los conjuntos. Ahora bien, si se piensa en una lógica de proposiciones normativas relativa a un sistema que no comprende todas sus consecuencias lógicas, la satisfacción de todos estos principios resultaría una cuestión tan contingente como la satisfacción de la completitud y la consistencia. Esto es exactamente lo que ocurre en el sistema esbozado por von Wright: a diferencia de Alchourrón y Bulygin, von Wright toma en cuenta proposiciones normativas relativas a un sistema no clausurado bajo la noción de consecuencia, sino solo compuesto por las normas de base, esto es, las expresamente dictadas. El sistema de von Wright se limita a describir actos normativos, y del hecho de que se haya dictado en S la norma Op , por ejemplo, no se sigue que se haya dictado en S la norma Pp . En otras palabras, del hecho de que una acción sea calificada como obligatoria según las normas de un sistema normativo se sigue que dicha acción está permitida en sentido positivo en dicho sistema solo bajo el presupuesto de clausura bajo la noción de consecuencia deductiva. Lo mismo ocurre con la distributividad de la obligación o la permisión por la conjunción.

Podría decirse entonces que estas dos alternativas de reconstrucción de la lógica de proposiciones normativas se derivan de dos maneras diferentes de concebir a los sistemas normativos: una según la cual se los reconstruye como exclusivamente compuestos por las normas expresamente dictadas, y otra según la cual se los reconstruye como la totalidad de las consecuencias que se siguen de ciertas normas. Ahora bien, si se asume la concepción pragmática de las normas y se considera que desde ese punto de vista no puede haber relaciones lógicas entre las normas, la segunda de esas reconstrucciones no está disponible: sería inconsistente rechazar la existencia de relaciones lógicas entre las normas y, al propio tiempo, considerar a los sistemas normativos como clausurados bajo la noción de consecuencia, algo que Alchourrón y Bulygin no parecen advertir.

En otras palabras, o bien se sostiene que hay leyes lógicas específicas en la lógica de proposiciones normativas, en cuyo caso se está aceptando que pueden existir relaciones lógicas entre las normas, o bien se rechaza la posibilidad de una genuina lógica de normas, en cuyo caso no existirán verdades lógicas propias para la ‘lógica’ de proposiciones normativas de manera que ella no será más que la lógica ordinaria aplicada al análisis de los sistemas normativos.¹⁸³

En páginas anteriores hemos tratado de justificar que es posible aceptar la existencia de relaciones lógicas entre las normas incluso desde la concepción pragmática, sosteniendo que la lógica tiene

un alcance más amplio que la verdad. Desde este punto de vista, la lógica de proposiciones normativas no colapsa con la lógica de normas ni tampoco con la lógica ordinaria, y así es posible preservar el rico marco formal presentado en el punto anterior eludiendo este aparente dilema para la lógica de proposiciones normativas.

NOTAS AL MÓDULO I

¹ CSJN, B. 436. XL., '*Recurso de hecho en la causa Baldvieso, César Alejandro s/ causa n° 4733*', sentencia del 20 de abril de 2010.

² Wittgenstein 1953: párrafo 23.

³ Cf. Austin 1962: 98 y siguientes.

⁴ Cf. Searle 1969: 25.

⁵ Se trata de una reformulación de los ejemplos ofrecidos en Searle 1969: 22.

⁶ Cf. Searle 1976.

⁷ Cf. Anscombe 1957: 109.

⁸ Cf. Schauer 1991: 1.

⁹ Cf. von Wright 1963a: capítulo I.

¹⁰ La noción de parecido de familia fue introducida en Wittgenstein 1953: párrafos 66-67.

¹¹ Max Black ofrece una clasificación alternativa de las normas en Black 1962: 109-115. Allí distingue entre regulaciones, instrucciones, preceptos y principios. Los principios se asemejan a regularidades descriptivas; los preceptos incluyen reglas morales y prudenciales, las instrucciones guardan estrecha analogía con las normas técnicas de von Wright y las regulaciones incluyen tanto a las prescripciones como a las reglas determinativas.

¹² Cf. von Wright 1963a: capítulo V.

¹³ Cf. Searle 1969: 33 y siguientes.

¹⁴ Cf. Schauer 1991: 6-7.

¹⁵ Sobre este punto, véase Raz 1975: 108-111.

¹⁶ Cf. Searle 1969: 35.

¹⁷ Cf. Raz 1975: 109.

¹⁸ Cf. Raz 1975: 110.

¹⁹ Cf. Schauer 1991: 3-6.

²⁰ Cf. Perot 2003: 214-215.

²¹ Sugerido en von Wright 1963b y desarrollado en von Wright 1983b y 1985.

²² Cf. von Wright 1963a: 109, 119-120.

²³ En el punto 5 de este módulo.

²⁴ En términos generales en los puntos subsiguientes, y con particular atención a las normas jurídicas en el módulo III.

²⁵ 471 U.S. 84 (1985).

²⁶ Cf. Schauer 2009: 10.

²⁷ 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868).

²⁸ 143 U.S. 457 (1892).

²⁹ Cf. Schauer 1991: 17 y siguientes.

³⁰ Cf. Schauer 1991: 31 y siguientes.

³¹ Por supuesto, el intérprete puede hacer un genuino intento por identificar la finalidad perseguida por la autoridad, esto es, por reconstruir el sistema de valores de la autoridad normativa. Pero, como se señala en el texto, esto es algo que normalmente queda indeterminado a partir de la consideración del texto promulgado y las circunstancias vinculadas al acto de promulgación (cf. Rodríguez 2000).

³² Seguimos aquí la terminología de Brandom 1994: 23-30.

³³ Cf. Wittgenstein 1953: párrafo 201.

³⁴ Cf. Sellars 1963: 321.

³⁵ En este sentido, Brandom 1994: 20-26. Una defensa de esta idea con relación a las normas jurídicas puede hallarse en Bayón 2007.

³⁶ Cf. Brandom 1994: 26-30.

³⁷ Cf. Hart 1961: 69 y siguientes.

³⁸ Cf. Wittgenstein 1953: párrafo 201. En el módulo III veremos que esta idea ha sido utilizada para tratar de justificar una visión escéptica sobre el seguimiento de reglas en general, y sobre la interpretación jurídica en particular (punto 11.3).

³⁹ Cf. Morris 1938. Carnap presenta la distinción como tres niveles sucesivos de abstracción: la pragmática constituye un estudio en cierta manera completo del lenguaje, respecto del cual la semántica y la sintaxis serían abstracciones sucesivas. La semántica estudiaría los signos haciendo abstracción de sus usuarios y la sintaxis sería un análisis en el que se hace abstracción de lo denotado (cf. Carnap 1942).

⁴⁰ Esto no significa adoptar la tesis fuerte de que todas las normas deban su existencia a la formulación de ciertas expresiones en el lenguaje, cosa que ya hemos descartado (cf., por ejemplo, Ferrer Beltrán y Rodríguez 2011: 27 y siguientes). De todos modos, véase lo que se dirá al respecto en el punto 4.3.

⁴¹ Uno de los autores que más se ha esforzado por defender una concepción sintáctica de las normas en el dominio del derecho es Hernández Marín: *‘La concepción o teoría ontológico-jurídica de la que soy partidario queda sintetizada en las cuatro tesis siguientes:*

1ª. El Derecho se identifica con el Derecho positivo.

2ª. El Derecho positivo se identifica con la ley.

3ª. La ley se identifica con el texto de la ley.

4ª. El texto de la ley es un hecho, concretamente, un hecho lingüístico’ (Hernández Marín 1998: 99).

⁴² Cf. von Wright 1963a: 119.

⁴³ Cf. von Wright 1963a: 102.

⁴⁴ Cf. Alchourrón y Bulygin 1979: 37-41 y 1981.

⁴⁵ Por ejemplo, véase von Wright 1957: vii: *‘La lógica deóntica debe parte de su importancia filosófica al hecho de que las normas y las valoraciones, aunque se encuentra fuera del reino de la verdad, se encuentran no obstante sujetas a leyes lógicas’.*

⁴⁶ Esta dificultad, ampliamente analizada en la filosofía moral, se encuentra íntimamente conectada con el así denominado *problema Frege-Geach*. Para un análisis en profundidad, véase Geach 1965; Dummett 1973: 295 y siguientes; Hurley 1989: 175 y siguientes y Gibbard 2003: 41 y siguientes.

⁴⁷ Por ejemplo, una de las razones que aduce Kelsen en contra de la aplicabilidad de los principios lógicos a las normas es que *‘La presuposición básica de los principios de la lógica tradicional respecto de la verdad de los enunciados es que hay enunciados verdaderos y falsos ... Pero las normas son el significado de actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros y, por ende, no son ni verdaderas ni falsas. Por consiguiente, no están sujetas a los principios de la lógica tradicional, dado que estos están vinculados a la verdad y falsedad’* (Kelsen 1979: 211).

⁴⁸ Cf. Bulygin 1995: 129-142.

⁴⁹ Cf. Jørgensen 1937-8: 288-296. Si bien más adelante presentaremos una síntesis de las diferentes alternativas que se han sugerido para superar esta dificultad, para un análisis en profundidad de la cuestión, véase Soeteman 1989: capítulos III y IV.

⁵⁰ Cf. Soeteman 1989: 47.

⁵¹ Cf. Makinson 1999: 30.

⁵² Por ejemplo, Kalinowski 1967: 149 y siguientes.

⁵³ Cf. Vernengo 1986. No todos los defensores de la idea de que las normas son susceptibles de verdad o falsedad se comprometen con la existencia de hechos normativos peculiares. Véase, por ejemplo, Dworkin 2011.

⁵⁴ En el punto 4.2 se efectuará una presentación más detallada de la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica. Para una defensa de este punto de vista, véase por ejemplo Zuleta 2008: 82 y siguientes.

⁵⁵ Cf. Stalnaker 2003: 6-7.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Lewis 1986: 1-50.

⁵⁷ Cf. Quine 1953: 1-19.

⁵⁸ Cf. Stalnaker 2003: 6-7.

⁵⁹ Cf. Kelsen 1979: 211- 270.

⁶⁰ Cf. von Wright 1985: 269.

⁶¹ Cf. Hartney 1991; Paulson 1992: 265-274.

⁶² Esta expresión fue acuñada por Weinberger (cf. Weinberger 1986: 194).

⁶³ Para una excelente discusión de los dos argumentos, véase Hartney 1991: xlii-liii.

⁶⁴ Cf. Hartney 1991: xlv.

⁶⁵ Cf. Raz 1976: 503.

⁶⁶ Cf. Kelsen 1960: 203-205. Para una interesante discusión de este problema en los escritos de Kelsen, pueden consultarse las contribuciones publicadas en Gianformaggio 1991.

⁶⁷ Cf. Kelsen 1979: 249.

⁶⁸ Esta idea ha sido defendida por muchos autores. Además de los mencionados en el texto, véanse, por ejemplo, von Wright 1983b; Schreiber 1962:108-113, y Klug en Kelsen y Klug 1981: 66, entre otros.

⁶⁹ En el caso de las normas generales, el concepto absoluto de satisfacción definido en el texto usualmente es reemplazado por la noción más débil y gradual de *eficacia*, entendida como *‘el hecho de que una regla ... que requiere cierta conducta sea obedecida con mayor frecuencia que desobedecida’* (Hart 1961: 103).

⁷⁰ Cf. Ross 1968: 174 y siguientes.

⁷¹ Cf. Hofstadter y McKinsey 1939. Para quien no se encuentre familiarizado con la lógica proposicional, vale aclarar que la negación (\sim) es una conectiva que cambia el valor de verdad de la fórmula subsiguiente, de modo que la negación de una fórmula es verdadera si la fórmula sobre la que opera la negación es falsa, por lo que se corresponde aproximadamente con el significado de la palabra ‘no’ y expresiones similares del lenguaje natural. En cuanto a las conectivas diádicas, esto es, aquellas que vinculan dos o más fórmulas, la conjunción (\wedge) de dos fórmulas es verdadera si ambos componentes son verdaderos, y falsa en cualquier otro caso, por lo que se corresponde aproximadamente con el

significado de la palabra 'y' y expresiones similares; la disyunción (\vee) de dos fórmulas es verdadera si al menos uno de sus componentes es verdadero, y falsa en cualquier otro caso, por lo que se corresponde aproximadamente con el significado de la palabra 'o' y expresiones similares; una fórmula condicional (\rightarrow) es verdadera si el antecedente es falso o el consecuente es verdadero, y falso en cualquier otro caso, por lo que se corresponde aproximadamente con el significado de frases como 'si ... entonces ...' y expresiones similares; finalmente, una fórmula bicondicional (\leftrightarrow) es verdadera si todos sus componentes tienen el mismo valor de verdad, y falsa en cualquier otro caso, por lo que se corresponde aproximadamente con el significado de frases como '... si y solo si ...' y expresiones similares.

⁷² Cf. Soeteman 1989: 80-81.

⁷³ Cf. Ross 1968: 175.

⁷⁴ Cf. Ross 1941.

⁷⁵ Cf. Soeteman 1989: 54.

⁷⁶ Véase particularmente lo que se dirá sobre lagunas y contradicciones en el derecho en el módulo II (puntos 8 y 9).

⁷⁷ Véase no obstante lo que se precisará al respecto en el módulo II (punto 6.3).

⁷⁸ Cf. Tarski 1931.

⁷⁹ Cf. Celano 1999: 35-77.

⁸⁰ Soeteman, por ejemplo, sostiene que un enunciado normativo es válido i) si es tautológico; ii) si es contingente y válido de acuerdo con cierto estándar material de validez, o iii) si puede deducirse de enunciados normativos válidos, ya sea conjuntamente con enunciados asertóricos verdaderos o no (cf. Soeteman 1989: 65). Pero define un enunciado tautológico como un enunciado que es verdadero con independencia de cómo se interpreten sus términos no lógicos (cf. Soeteman 1989: 7). De manera que no resulta claro cómo puede tomarse a esto como una sustitución de 'verdad' por 'validez'. Para una crítica a este tipo de propuestas, véase Alchourrón y Martino 1990.

⁸¹ Cf. Weinberger 1981: 97.

⁸² Tal como lo sostiene Bulygin, '*... no tenemos ningún criterio para distinguir entre reglas de inferencia lógicas y no lógicas o ad hoc, dado que todas ellas satisfacen la exigencia de Weinberger: todas preservan la validez y, por ende, la validez es hereditaria con relación a ellas. Pero Weinberger de modo explícito rechaza ciertas reglas de inferencia como 'Op, entonces O(p \vee q)' o 'O(p \wedge q), entonces Op'. ¿Cuál es el fundamento para este rechazo? Estas reglas sin duda preservan la validez, no obstante lo cual son rechazadas como reglas lógicas de inferencia'* (Bulygin 1985: 156-157).

⁸³ Cf. Tarski 1956: 60 y siguientes.

⁸⁴ Cf. Bulygin 1985: 157.

⁸⁵ Esta es también la solución de Jørgensen al dilema de Jørgensen. A su juicio, con relación a todo imperativo hay una oración indicativa correspondiente cuyo contenido es aquello que ordena la oración imperativa. Por consiguiente, las reglas de la lógica serían indirectamente aplicables a las oraciones imperativas a través de su aplicación a las oraciones indicativas correspondientes. Ahora bien, más allá de esta afirmación optimista, sigue resultando oscuro cómo podría ser siquiera posible trasladar las relaciones lógicas entre oraciones indicativas a las imperativas.

⁸⁶ Cf. Kelsen 1960: 214-215.

⁸⁷ Véase el punto 5 de este módulo.

⁸⁸ Para un examen más detallado de la categoría kelseniana de los deberes descriptivos, véase el módulo III (punto 15.4).

⁸⁹ Por ejemplo, von Wright 1963a: 119-120.

⁹⁰ Cf. von Wright 1963a: 151.

⁹¹ Véase el punto 5 de este capítulo.

⁹² Von Wright 1957: vii.

⁹³ Cf. von Wright 1983b: 132, 140-141.

⁹⁴ En esta misma línea, Hart sostenía que '*Pese a las considerables complejidades técnicas involucradas, los lógicos han desarrollado diversas definiciones más generales de la idea de inferencia deductiva válida que permiten aplicarla a las inferencias con constituyentes no caracterizados como verdaderos o falsos'* (Hart 1983: 100).

⁹⁵ Cf. Alchourrón y Martino 1990; Alchourrón 1995.

⁹⁶ Estas propiedades han sido señaladas por Tarski en su caracterización metalingüística de la función de consecuencia deductiva para un cierto lenguaje L, pero Tarski también agrega la exigencia de *compacidad*, esto es, si $b \in \text{Cn}(\alpha)$, entonces $b \in \text{Cn}(\alpha')$ para algún subconjunto finito $\alpha' \subseteq \alpha$. Este axioma es abandonado en la caracterización abstracta defendida por Alchourrón (cf. Alchourrón 1995: 37-38).

⁹⁷ En términos formales: a) *inclusión*: $A \subseteq \text{Cn}(A)$; b) *idempotencia*: $\text{Cn}(\text{Cn}(A)) = \text{Cn}(A)$, y c) *monotonía*: si $A \subseteq B$, entonces $\text{Cn}(A) \subseteq \text{Cn}(B)$.

⁹⁸ Cf. Belnap 1962.

⁹⁹ Cf. Gentzen 1934.

¹⁰⁰ El único axioma que asume Alchourrón es una secuencia del tipo $\alpha \vdash \alpha$ (donde el símbolo metalingüístico \vdash indica que lo que le sigue es un teorema); otras expresiones se obtienen por aplicación de las reglas de derivación. Esas reglas de derivación son de dos tipos: por una parte, reglas que definen el contexto de deducibilidad, esto es, íntimamente conectadas con la noción de consecuencia lógica y, por otra parte, reglas operativas, como las reglas de introducción y

eliminación de las conectivas lógicas en el cálculo de deducción natural (cf. Alchourrón y Martino 1990: 61 y siguientes; Alchourrón 1995: 41-42).

¹⁰¹ Por ejemplo, la introducción del operador deóntico de obligación (O) se presenta a través de la siguiente regla O : De $A_1, \dots, A_n \mid - B$ se sigue $OA_1, \dots, OA_n \mid - OB$, donde A_1, \dots, A_n sería cualquier conjunto (podría ser el conjunto vacío) y donde B sería una oración o una secuencia vacía, pero nunca podría ser una secuencia con más de una oración. Esta regla podría leerse del siguiente modo: todo lo que se infiere de un conjunto de deberes es un deber (cf. Alchourrón y Martino 1990: 62).

¹⁰² Como lo observa Zuleta, los sistemas deónticos excluyen la validez de la fórmula $Op \vee O\sim p$, pero $Op \vee \sim Op$ es un teorema en el sistema estándar. Desafortunadamente, este teorema no es validado en la propuesta de Alchourrón. Zuleta también señala que el operador O aparece simultáneamente en el prosequente y en el postsequente, debido a lo cual la regla que presenta Alchourrón no puede ser considerada como una genuina regla de introducción, dado que de acuerdo con Gentzen los operadores deben aparecer en el postsequente de las reglas de introducción (cf. Zuleta 2008: 66-69).

¹⁰³ En Weinberger 1991: 284-307 se presenta un enfoque similar para enfrentar al dilema de Jørgensen.

¹⁰⁴ Sobre esta presuposición ontológica en la silogística aristotélica, véase Church 1965: 417-424.

¹⁰⁵ Se han desarrollado y estudiado muchos sistemas distintos de lógica modal alética. Por ejemplo, el sistema T fue presentado por primera vez en Feys 1937, y es equivalente a otro famoso sistema modal ideado en von Wright 1951b. Para una presentación clásica del sistema T , véase Hughes y Cresswell 1968: 41-42.

¹⁰⁶ Los números representan las mismas relaciones que en el cuadro anterior.

¹⁰⁷ Cf. Leibniz 1672: 466. El brillante desarrollo de esta idea para el análisis formal de la lógica modal se debe a Kripke (cf. Kripke 1959).

¹⁰⁸ En símbolos:

$$Np(m) = V \text{ si y solo si } \forall m'(Rmm' \rightarrow v(p, m')) = V$$

$$Mp(m) = V \text{ si y solo si } \exists m'(Rmm' \wedge v(p, m')) = V.$$

¹⁰⁹ Cf. Rönnedal 2010: 99.

¹¹⁰ Cf. también von Wright 1989.

¹¹¹ Ninguna de estas dos leyes de distribución vale para el operador PH , pero a su respecto sí vale la siguiente equivalencia: $PH(p \vee q) \leftrightarrow (PHp \wedge PHq)$.

¹¹² En cambio, las acciones individuales son instancias de acciones genéricas, esto es, casos particulares de ciertas categorías de acto (cf. von Wright 1963a: 54).

¹¹³ Cf. von Wright 1951a.

¹¹⁴ Véase nota 71.

¹¹⁵ Cf. von Wright 1957: 63.

¹¹⁶ Cf. von Wright 1957: 69.

¹¹⁷ Si bien von Wright inicialmente no formuló una presentación axiomática de su sistema clásico, más tarde sugirió una posible axiomatización en los siguientes términos:

(A₀) Todas las tautologías (verdades lógicas) de la lógica proposicional.

(A₁) $PA \leftrightarrow \sim O\sim A$

(A₂) $P(A \vee B) \leftrightarrow PA \vee PB$

(A₃) $PA \vee P\sim A$

Reglas de inferencia:

(R₁) *Modus Ponens*: de $\mid - A$ y $\mid - A \rightarrow B$ se sigue $\mid - B$.

(R₂) *Regla de extensionalidad*: Las fórmulas probadamente equivalentes de la lógica proposicional son intersustituibles en fórmulas bien formadas del cálculo deóntico. Por ejemplo, de $\mid - A \leftrightarrow B$ se sigue $\mid - OA \leftrightarrow OB$ (cf. von Wright 1967: 136; asimismo, von Wright 1968: capítulo I §4).

¹¹⁸ Las pruebas son muy simples:

Principio de consistencia normativa (CsN): $\sim(O\sim p \wedge Pp)$:

(1) $Pp \rightarrow \sim O\sim p$ implicación de izquierda a derecha de la definición de P en términos de O .

(2) $O\sim p \rightarrow \sim Pp$ por contraposición en (1) ($(p \rightarrow q) \rightarrow (\sim q \rightarrow \sim p)$)

(3) $\sim(O\sim p \wedge Pp)$ por definición del condicional en términos de la conjunción en (2) ($(p \rightarrow q) \leftrightarrow \sim(p \wedge \sim q)$).

Principio de completitud normativa (CpN): $O\sim p \vee Pp$:

(4) $\sim O\sim p \rightarrow Pp$ implicación de derecha a izquierda de la definición de P en términos de O .

(5) $O\sim p \vee Pp$ por definición del condicional en términos de la disyunción en (4) ($(p \rightarrow q) \leftrightarrow (\sim p \vee q)$).

¹¹⁹ Cf. Soeteman 1989: 93.

¹²⁰ Cf. Soeteman 1989: 97.

¹²¹ Cf. Hansson 1969: 373-398.

¹²² El sistema estándar de lógica deóntica es una interpretación normativa del sistema modal normal conocido como *KD* (también llamado *D*), que es una extensión del sistema modal normal más básico *K*. Un sistema de lógica modal es calificado como normal si y solo si (i) contiene el esquema de distribución $N(p \rightarrow q) \rightarrow (Np \rightarrow Nq)$, y (ii) si está clausurado bajo *modus ponens* y la siguiente regla de necesidad: de $\vdash p$ se sigue $\vdash Np$. El sistema *KD* se obtiene adicionando al sistema *K* el axioma *D*: $Np \rightarrow Mp$.

¹²³ En esta presentación axiomática se utilizan letras mayúsculas a partir de la *A* como símbolos metalingüísticos para representar cualquier fórmula.

¹²⁴ Como se indicó en la nota 100, el símbolo metalingüístico \vdash indica que lo que le sigue es un teorema.

¹²⁵ Cf. Kanger 1957; Hintikka 1957; Montague 1960 y Kripke 1963. Para una excelente reseña de los orígenes de la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica, véase Woleński 1990.

¹²⁶ Cf. Kripke 1963.

¹²⁷ Formalmente:

$$v(Op, m^*) = \text{V si y solo si } \forall m(Rm^*m \rightarrow v(p, m) = \text{V})$$

$$v(Pp, m^*) = \text{V si y solo si } \exists m(Rm^*m \wedge v(p, m) = \text{V}).$$

¹²⁸ Formalmente, $\forall m \exists m'(mRm')$.

¹²⁹ Tal como se ha mostrado respecto de los enunciados cuantificados, las únicas relaciones que valen sin presupuestos adicionales son las de contradicción entre los pares $Np-M\sim p$ y $Ip-Mp$ en el caso de los conceptos modales, y entre los pares $Op-P\sim p$ y $PHp-Pp$ en el caso de los conceptos deónticos. Todas las demás solo valen bajo la presuposición, en el caso de los conceptos modales, de que existe al menos un mundo posible accesible respecto del mundo real, y en el caso de los conceptos deónticos, de que existe al menos un mundo deónticamente ideal respecto del mundo actual.

¹³⁰ Por ejemplo, Åqvist desarrolló diez sistemas distintos de lógica deóntica de acuerdo con diferentes propiedades sobre la relación de accesibilidad deóntica (cf. Åqvist 1984). El siguiente es un cuadro con algunos sistemas modales y sus correspondientes contrapartidas deónticas:

<u>Sistema modal</u>	<u>Sistema deóntico</u>
1) <i>K</i> Lógica proposicional + Axioma K: $N(A \rightarrow B) \rightarrow (NA \rightarrow NB)$ Def. <i>M</i> : $MA \leftrightarrow \sim N\sim A$ Regla de necesidad: De $\vdash A$ se sigue $\vdash NA$ No hay ninguna exigencia sobre la relación de accesibilidad.	1') <i>KO</i> Lógica proposicional + Axioma KO: $O(A \rightarrow B) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$ Def. <i>P</i> : $PA \leftrightarrow \sim O\sim A$ Regla de necesidad deóntica: De $\vdash A$ se sigue $\vdash OA$
2) <i>KD</i> <i>K</i> + Axioma D: $NA \rightarrow MA$ La relación de accesibilidad es serial ($\forall m \exists m'(mRm')$).	2') <i>KDO</i> (Sistema estándar) <i>KO</i> + Axioma KD: $OA \rightarrow PA$
3) <i>M</i> <i>K</i> + Axioma M: $N(NA \rightarrow A)$ La relación de accesibilidad es secundariamente reflexiva ($\forall mm'(mRm' \rightarrow m'Rm')$).	3') <i>MO</i> <i>KO</i> + Axioma MO: $O(OA \rightarrow A)$
4) <i>T</i> <i>K</i> + Axioma T: $NA \rightarrow A$ La relación de accesibilidad es reflexiva ($\forall m(mRm)$).	4') <i>TO</i> <i>KO</i> + Axioma TO: $OA \rightarrow A$
5) <i>S4</i> <i>T</i> + Axioma S4: $NA \rightarrow NNA$ La relación de accesibilidad es reflexiva ($\forall m(mRm)$) y transitiva ($\forall mm'm''((mRm' \wedge m'Rm'') \rightarrow mRm'')$).	5') <i>S4O</i> <i>TO</i> + Axioma S4O: $OA \rightarrow OOA$
6) <i>S5</i> <i>T</i> + Axioma S5: $MA \rightarrow NMA$ La relación de accesibilidad es reflexiva ($\forall m(mRm)$), transitiva ($\forall mm'm''((mRm' \wedge m'Rm'') \rightarrow mRm'')$) y simétrica ($\forall mm'(mRm' \rightarrow m'Rm)$).	6') <i>S5O</i> <i>TO</i> + Axioma S5O: $PA \rightarrow OPA$

¹³¹ Sobre el concepto de paradoja, véase Sainsbury 1987.

¹³² Rescher 1966: 7.

¹³³ Cf. Ross 1941.

¹³⁴ Cf. Prior 1954.

¹³⁵ Cf. Prior 1958.

¹³⁶ Cf. Chisholm 1963. McNamara ha señalado que ‘... si von Wright hizo despegar a la lógica deóntica como una especialización académica, la paradoja de Chisholm fue el cohete acelerador que le dio a la lógica deóntica la velocidad de escape necesaria para su subsunción bajo las lógicas modales normales, solidificando el estatus de la lógica deóntica como una especialización autónoma’ (McNamara 2006: 241).

¹³⁷ Para un excelente análisis técnico de las paradojas deónticas, véase Åqvist 1984: 161 y siguientes. Una presentación sintética puede hallarse en Nute y Yu 1997: 3-7.

¹³⁸ Cf. Russell 1905. Simplificando un poco un panorama hartamente complejo, podría decirse que las paradojas que han recibido mayor atención controverten: a) la interdefinibilidad de la permisión en términos de prohibición y obligación → y la propia caracterización de la permisión; b) el principio de consistencia normativa; c) la representación de las normas condicionales y d) el principio de hereditarietà, esto es, que si $p \rightarrow q$ es un teorema, entonces también lo es $Op \rightarrow Oq$. En cuanto a los tres primeros problemas, veremos en adelante que las dificultades relativas a la interdefinibilidad de los operadores deónticos y las objeciones dirigidas contra el principio de consistencia normativa pueden aclararse si se toma en consideración la diferencia entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones acerca de normas, y que las dificultades relativas a la representación de las normas condicionales pueden superarse si se distinguen distintos conceptos de ‘deberes condicionales’ y se advierte que cada uno de ellos valida distintas formas de inferencia. En cuanto al principio de hereditarietà, S.O. Hansson ha observado que su aceptación es una consecuencia de pensar a la lógica deóntica en términos de un conjunto de mundos normativamente ideales (cf. Hansson 2006.). Es correcto que el sistema estándar de lógica deóntica, con su interpretación en términos de mundos normativamente ideales, no puede dar cuenta de manera satisfactoria de las obligaciones en situaciones subideales. Pero esto todavía no constituye una razón suficiente para descalificar el recurso de la lógica deóntica a mundos normativamente ideales o para abandonar lisa y llanamente el sistema estándar. De hecho, la necesidad de considerar mundos subideales en realidad presupone alguna noción previa de idealidad.

¹³⁹ Cf. von Wright 1963c; Rodríguez 2002: 211-240. Para mostrar con mayor claridad los paralelismos asumiremos que las preferencias se sostienen, no entre dos alternativas arbitrarias, sino entre un estado de cosas y su negación.

¹⁴⁰ Lo mismo acontece con los enunciados cuantificados, para los cuales valen las siguientes implicaciones: $\Lambda xHx \rightarrow Ha \rightarrow VxHx$. Por simplicidad no se lo indica en el texto, dado que las analogías que se explicaron allí previamente fueron entre los enunciados deónticos, los modales y los juicios categóricos de la lógica aristotélica, no respecto de los cuantificadores universal y existencial de la moderna lógica de predicados.

¹⁴¹ Por supuesto, las normas no pueden asimilarse tan sencillamente a preferencias. No obstante, en distintos trabajos Sven Ove Hansson ha desarrollado sistemas de lógica deóntica que pueden interpretarse como inscriptos en esta línea. Hansson diseña una lógica deóntica basada en la lógica de preferencias de conformidad con el principio de que los predicados de obligación son *contranegativos* respecto de la relación de preferencia débil (\geq -*contranegativos*). Para explicarlo brevemente, en lugar de asimilar de manera directa un enunciado como Op a una preferencia de los mundos p sobre los mundos $\sim p$, tal como parece sugerirse en las analogías anteriores, Hansson considera que el predicado obligatorio satisface la siguiente propiedad: para todo p y todo q , $(Op \wedge (\sim p \geq \sim q)) \rightarrow Oq$. Véase Hansson 2001: 146 y siguientes; 2004 y 2006.

¹⁴² En símbolos:

$$O(m^*)p =_{\text{def.}} \forall m \in M (m \in S(m^*, M) \rightarrow v(p, m) = V)$$

$$P(m^*)p =_{\text{def.}} \exists m \in M (m \in S(m^*, M) \wedge v(p, m) = V).$$

¹⁴³ Lo expuesto supone considerar que o bien se opta por la concepción semántica de las normas, pero se acepta entonces que ellas son susceptibles de verdad o falsedad, o bien se cae en la concepción pragmática de las normas. Véase lo que se dirá al respecto en el punto 5.4.

¹⁴⁴ Cf. Smith 1994, especialmente capítulos 4 y 5.

¹⁴⁵ Cf. Alchourrón 1993.

¹⁴⁶ Esto puede apreciarse con claridad en una *tabla de verdad*. Dadas dos proposiciones p y q , cada una de ellas puede ser verdadera o falsa, de manera que para examinar las condiciones de verdad de un enunciado condicional como $p \rightarrow q$ sería preciso considerar cuatro posibilidades:

p	q	$p \rightarrow q$
V	V	V
F	V	V
V	F	F
F	F	V

Pues bien: si el condicional $p \rightarrow q$ es verdadero, entonces excluimos la consideración del tercer caso de esta tabla. Siendo ello así, es fácil advertir que la verdad de p es condición suficiente de la verdad de q , dado que, si p es verdadera y el condicional también, el único caso que nos queda en la tabla es el primero, en el cual q es verdadera. Del mismo modo, la verdad de q es condición necesaria de la verdad de p , puesto que, si q fuera falsa, el único caso que nos quedaría si el condicional fuese verdadero es el cuarto, en el que p también es falsa.

¹⁴⁷ Cf. Alchourrón 1996a.

¹⁴⁸ Cf. Prior 1954.

¹⁴⁹ Para Alchourrón, la utilización de un condicional generalizado en el marco de la concepción puente permitiría dar cuenta de la intuición, recogida en el marco de la concepción insular, de que ciertas normas serían *derrotables*, en el sentido que a continuación se explicará. Para introducir la idea de la derrotabilidad en el marco de la concepción puente, Alchourrón propuso incorporar un operador de revisión (f) en el antecedente de sus condicionales generalizados, definiendo una conectiva condicional derrotable como: $(p > q) \leftrightarrow (fp \Rightarrow q)$, donde el operador de revisión selecciona un cierto subconjunto de casos p , los ‘normales’ (en esta idea, Alchourrón sigue a Åqvist 1973). Con estas herramientas, Alchourrón considera que desde la concepción puente de las normas condicionales podrían representarse tanto a las normas inderrotables ($p \Rightarrow Oq$) como a las derrotables ($p > Oq$), lo cual revelaría la superioridad de este enfoque sobre el ofrecido por la concepción insular. Más precisamente, en el sistema propuesto por Alchourrón, podrían distinguirse los siguientes cinco tipos de obligaciones:

Op	Obligación actual
$T \Rightarrow Oq$	Obligación incondicional inderrotable (T representa cualquier tautología)
$p \Rightarrow Oq$	Obligación condicional inderrotable
$p > Oq$	Obligación condicional derrotable
$T > Op$	Obligación incondicional derrotable (cf. Alchourrón 1993 y 1996a).

¹⁵⁰ Cf. Greenspan 1975.

¹⁵¹ Alchourrón ha demostrado formalmente que si al sistema estándar de representación de las normas condicionales, que asume la concepción insular de las normas condicionales, se le adicionara la regla de separación fáctica, el sistema colapsaría dado que, como en él vale como axioma según el cual $O(p \rightarrow p)$, por aplicación de la regla de separación fáctica obtendríamos $O((p \rightarrow p) \wedge p) \rightarrow Op$. Esta fórmula es proposicionalmente equivalente a $O((p \rightarrow p) \rightarrow (p \rightarrow Op))$. Y como el antecedente de este último condicional es un axioma, se seguiría la absurda consecuencia de que $p \rightarrow Op$, esto es, que todo lo que acontece es obligatorio (cf. Alchourrón 1996a). Pero también puede demostrarse que si respecto de la concepción puente de las normas condicionales, esto es, de esquemas del tipo $p \rightarrow Oq$, se admitiera la regla de separación deóntica, es decir, la posibilidad de derivar Oq a partir de Op , ello implicaría que $Op \rightarrow p$, esto es, que todo lo que es obligatorio es el caso, algo tan absurdo como que todo lo que es el caso es obligatorio (cf. Navarro y Rodríguez 2014: 97-98).

¹⁵² Cf. Jakson y Pargetter 1986.

¹⁵³ En el trabajo ya citado Greenspan sostiene que a partir de una expresión condicional del tipo $O(p \rightarrow q)$ sería posible derivar Oq en caso de que la verdad de p fuese inalterable para el agente. Ahora bien ¿qué sentido tendría impartirle a alguien la orden de que con su conducta debe o bien hacer que no llueva o bien cerrar la ventana –norma proposicionalmente equivalente a $O(p \rightarrow q)$ – si es que asumimos que el sujeto no puede con su conducta hacer que no llueva? Siendo ello así, nos inclinamos a pensar que una norma semejante resultaría mejor representada desde la concepción puente, y que esa es la razón por la que parece plausible derivar Oq cuando se verifica p .

¹⁵⁴ La razón es simple: si fuera válida $((p > q) \wedge p) \rightarrow q$, también deberíamos aceptar la siguiente forma de inferencia por resultar proposicionalmente equivalente: $(p > q) \rightarrow (p \rightarrow q)$. En otras palabras, el condicional derrotable implicaría al condicional material. Y como el condicional material sí satisface el refuerzo del antecedente: $(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow q)$, llegaríamos por transitividad a que: $(p > q) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow q)$, esto es, sería posible derivar el consecuente del condicional a partir de su antecedente en conjunción con cualquier cosa, que es lo que se supone queremos evitar (cf. Alchourrón 1988).

¹⁵⁵ Cf. Alchourrón 1993.

¹⁵⁶ Para un examen informal de este problema, puede consultarse Bayón y Rodríguez 2003. Estudios más concentrados en los aspectos formales pueden hallarse, entre otros, en Alchourrón 1993 y Nute 1997. Un relevamiento reciente y muy completo de los distintos problemas vinculados a la derrotabilidad en el derecho puede encontrarse en Ferrer Beltrán y Ratti 2012.

¹⁵⁷ En sentido estricto, lo que las lógicas derrotables tratan de hacer es dilucidar bajo qué condiciones podrían admitirse inferencias como el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*, puesto que lo que define a un condicional como derrotable no es simplemente que tales principios no valen a su respecto, sino que no valen *irrestrictamente*. Lo mismo ocurre con las lógicas no monótonas, que suponen el abandono de la monotonía como propiedad de la noción de consecuencia, algo así como el análogo metalingüístico del principio de refuerzo del antecedente.

¹⁵⁸ Cf. Soeteman 1989: 196.

¹⁵⁹ Cf. Bentham 1872; Hedenius 1941; Wedberg 1951; Hansson 1969, entre otros.

¹⁶⁰ Cf. von Wright 1999: 20. Y eso ha sido así, lamentablemente, incluso con posterioridad a los trabajos que luego comentaremos de Alchourrón y Bulygin desarrollando la distinción.

¹⁶¹ Von Wright 1963a: 120.

¹⁶² Refiriéndose al dominio jurídico, Hart observa que *‘En muchas ocasiones los abogados describen lo que llaman la ‘posición jurídica’ respecto de algún sujeto sin referirse a las promulgaciones, regulaciones u otras fuentes particulares del derecho relevante, si bien desde luego debería siempre entenderse que ‘la posición jurídica’ así descrita es aquella que surge bajo las normas de un sistema particular, y una formulación más precisa debería hacer esto explícito incluyendo expresiones como ‘de acuerdo con el derecho inglés’*” (Hart 1983: 329).

¹⁶³ Cf. Hart 1961: 86 y nota.

¹⁶⁴ Véase Alchourrón 1969; Alchourrón y Bulygin 1971.

¹⁶⁵ Véase Alchourrón y Bulygin 1988: 231.

¹⁶⁶ Cf. von Wright 1963a: 151; Bulygin 1995.

¹⁶⁷ Cf. von Wright 1963a 100-102.

¹⁶⁸ Cf. Alchourrón 1969; Alchourrón y Bulygin 1971.

¹⁶⁹ Cf. Alchourrón 1993: 46.

¹⁷⁰ En el sistema de lógica de proposiciones normativas que estamos examinando existe también un axioma y una regla de inferencia (A_4 and RI_2) que no encontramos en los sistemas usuales de lógica deóntica. Sin embargo, esta es una diferencia menor, dado que si fuera posible adicionar a la lógica de proposiciones normativas un análogo del principio $Pp \leftrightarrow \sim O\sim p$, A_4 y RI_2 resultarían superfluos porque serían derivables de los restantes axiomas y reglas de inferencia.

¹⁷¹ Cf. Bulygin 1995: 135, 137.

¹⁷² Prueba: por conmutatividad de la conjunción en (1) se obtiene $\sim(P^+_{sp} \wedge O_S\sim p)$; por definición del condicional en la última expresión obtenemos $P^+_{sp} \rightarrow \sim O_S\sim p$, y ahora, por introducción del condicional de (1) hasta este último paso, se llega a $\sim(O_S\sim p \wedge P^+_{sp}) \rightarrow (P^+_{sp} \rightarrow \sim O_S\sim p)$. Por otra parte, por definición del condicional en (2) obtenemos $(\sim O_S\sim p \rightarrow P^+_{sp})$, y ahora por introducción del condicional se llega a $(O_S\sim p \vee P^+_{sp}) \rightarrow (\sim O_S\sim p \rightarrow P^+_{sp})$.

¹⁷³ Para una presentación de sistemas alternativos de lógica para proposiciones normativas en los que los conflictos y lagunas normativas se evitan *‘siempre que ello sea posible’*, véase Beirlaen y Straßer 2013.

¹⁷⁴ Cf. von Wright 1983b: 132. De manera similar, con frecuencia se asume que la moral ideal o crítica es también completa y consistente –pese a que la existencia de sus normas no depende de las prescripciones de una autoridad.

¹⁷⁵ Cf. Alchourrón y Bulygin 1981. Para una crítica, véase Rodríguez 2012b.

¹⁷⁶ La distinción entre proposiciones normativas absolutas y relativas fue sugerida por Jan- R. Sieckmann en una comunicación personal.

¹⁷⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1981.

¹⁷⁸ Básicamente, en Alchourrón y Bulygin 1979, 1981 y 1984. Sin embargo, luego de esas exploraciones regresaron a la concepción semántica, porque les resultó muy difícil superar algunas limitaciones de la concepción expresiva, en particular en lo que respecta a la reconstrucción satisfactoria de las normas condicionales (cf. Alchourrón y Bulygin 1991: XXVII-XXVIII).

¹⁷⁹ Cf. von Wright 2000.

¹⁸⁰ David Makinson ha sostenido que la lógica de proposiciones normativas propuesta por Alchourrón y Bulygin desde la concepción pragmática de las normas no presupone relaciones lógicas entre normas; en particular, que en su sistema Op no implica Pp (cf. Makinson 1999: 34). Pero los propios profesores argentinos han sostenido, en cambio, que si bien no examinaron la cuestión, sería posible explorar tanto la aceptación como el rechazo de dicho principio como posibilidades alternativas (cf. Alchourrón y Bulygin 1984: 462-463).

¹⁸¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1981: 101.

¹⁸² Cf. Alchourrón y Bulygin 1981.

¹⁸³ Cf. Rodríguez 2003; en la misma línea, véase Weinberger 1985: 165-198 y Zuleta 2008: 57. El sistema desarrollado en Makinson 1999 y Makinson y van der Torre 2000, 2001 y 2003, aunque se presenta como una lógica para proposiciones normativas sin presuponer relaciones lógicas entre las propias normas, no logra eludir esta objeción. En ellos, los sistemas normativos se toman como ‘cajas negras’ que reciben como *inputs* información sobre circunstancias fácticas, y producen como *outputs* consecuencias normativas. Pero en los diferentes modelos ofrecidos para los *outputs*, se consideran todas las consecuencias lógicas que se siguen de las circunstancias fácticas y las normas del sistema, y eso es tanto como presuponer relaciones lógicas entre las propias normas.

MÓDULO II

RACIONALIDAD Y SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO

En el año 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo, en el caso 'Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688',¹ que la exención de responsabilidad civil de los empleadores por accidentes de trabajo, aun en casos de culpa o negligencia grave, que fuera establecida por el artículo 39 inciso 1 de la ley 24.557, conocida como ley de riesgo del trabajo (LRT), y el régimen indemnizatorio consagrado por dicha ley eran, frente al caso concreto del accionante Aquino, insuficientes y no permitían una reparación plena e integral de los perjuicios que debía garantizarse al trabajador de conformidad con los artículos 14 bis de la Constitución Nacional argentina y diversos instrumentos internacionales de tutela de los derechos económicos y sociales con la misma jerarquía. Por eso declaró su inconstitucionalidad, sosteniendo para ello en su considerando 6°, entre otras razones, que:

'... es manifiesto que ... el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida. ... De no ser esto así, el valor mensual del 'ingreso base' no sería el factor que determina el importe de la prestación, sobre todo cuando el restante elemento, 'edad del damnificado', no hace más que proyectar dicho factor en función de este último dato (LRT, art. 15, inc. 2, segundo párrafo). Súmanse a ello otras circunstancias relevantes. El ingreso base (LRT, art. 12, inc. 1) a. solo toma en cuenta los ingresos del damnificado derivados del trabajo en relación de dependencia ... y b. aun así no comprende todo beneficio que aquél haya recibido con motivo de la aludida relación, sino solo los de carácter remuneratorio ... Finalmente, la prestación, sin excepciones, está sometida a un quantum máximo, dado que no podrá derivar de un capital superior a los \$ 55.000 (LRT, art. 15, inc. 2, segundo párrafo). En suma, la LRT, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1, solo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente'.

El fallo concluye afirmando en su considerando 14°, de un modo un tanto enigmático:

'Finalmente, se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que estas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la

LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origina la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no solo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento’.

Esta aparente aclaración final de la Corte no resultó muy feliz: el Tribunal pareció considerar que el artículo 39 inciso 1 de la ley 24.557, por sí solo, no era inconstitucional, puesto que nada habría para impugnar si el régimen de reparación previsto en sus restantes disposiciones fuera más amplio y generoso. Por su parte, las limitaciones en cuanto a las prestaciones que fijaba la ley de riesgo del trabajo tampoco parecieron ser consideradas por la Corte por sí solas como inconstitucionales: si se admitiera que el trabajador que pretenda una reparación integral pudiese reclamar a su empleador en función de las normas del Código Civil, el sistema de prestaciones de la ley 24.557 no resultaría objetable. Pero entonces, ¿qué fue exactamente lo que la Corte declaró inconstitucional?

6. Sistemas jurídicos y validez de sus normas

6.1. Validez y estructura jerárquica de los sistemas jurídicos

Desde un punto de vista intuitivo, un sistema es un conjunto ordenado, esto es, un conjunto para cuyo análisis es necesario estudiar no solo cuáles son los elementos que lo integran sino, además, las relaciones que median entre ellos. De un carro de supermercado conteniendo un conjunto de productos no tendría sentido decir que ellos conforman un ‘sistema’. En cambio, el cuerpo humano puede ser visto como un sistema, porque no puede ser analizado simplemente como un conjunto de órganos, sino que para entender su funcionamiento es necesario considerar las relaciones que los vinculan.

Formalmente, un *sistema o estructura relacional* es un conjunto sumado a una o más relaciones que tienen a ese conjunto como su campo. Por ejemplo: $\langle A, R_1, \dots, R_n \rangle$ es un sistema o estructura relacional donde cada R_i es una relación cuyo campo es el conjunto A .²

Si bien sostener que el derecho constituye un sistema de normas es una afirmación bastante corriente, tal como lo sostiene Hart, resulta todavía una asignatura pendiente para la jurisprudencia analítica el aclarar los alcances de esa tesis, así como el ofrecer una explicación de los criterios que determinan la configuración de un sistema jurídico y de qué es lo que permite individualizar a un sistema jurídico y diferenciarlo de otro.³

Kelsen resaltó que para el estudio del derecho no basta simplemente con tomar en cuenta sus elementos componentes, esto es, básicamente normas, sino que también es necesario considerar las relaciones que las vinculan. Esta importante contribución de su parte no deja de ser paradójica, puesto que el programa del autor de la *Teoría Pura del Derecho* estuvo centrado siempre en delimitar el campo de lo jurídico en el nivel de las normas, esto es, consideraba que lo que distinguía al derecho de otros dominios normativos era una característica común a todas las

normas jurídicas. En otras palabras, para Kelsen lo que posee de 'jurídico' un sistema jurídico se presenta en el nivel de sus normas: es el imputar como debida una sanción coactiva a cierto acto lo que permite calificar como 'jurídica' a una norma. Un sistema jurídico sería, desde este punto de vista, sencillamente un conjunto de normas que poseen tal característica común.

De todos modos, Kelsen remarcó la importancia de distinguir las relaciones que se verifican entre las normas jurídicas para comprender cómo funciona el derecho, y dio pasos decisivos para el desarrollo de la teoría de los sistemas jurídicos, razón por la cual resulta importante comenzar aquí con un análisis de sus ideas al respecto.

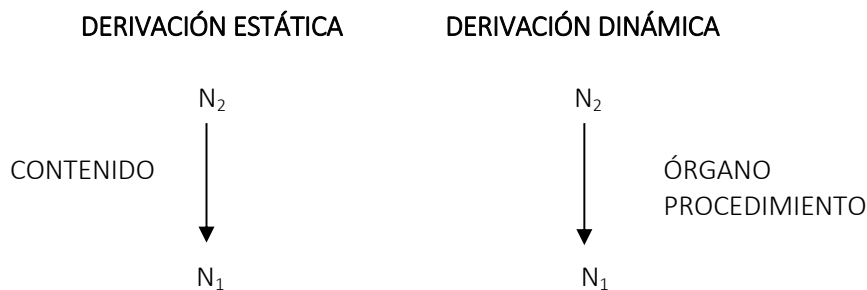
Kelsen discrimina entre dos tipos de relaciones relevantes entre las normas, que analiza como dos diversos modos en los que ellas pueden derivarse de otras: la derivación *estática* y la derivación *dinámica*.⁴ Estas dos clases de derivación entre normas pueden asimilarse a dos de las principales relaciones que es menester analizar entre las normas de un sistema jurídico: las relaciones lógicas y las relaciones dinámicas o de legalidad.

Una norma N_1 se *deriva estáticamente* de otra norma N_2 , según Kelsen, cuando el contenido de la segunda determina el contenido de la primera o, lo que es lo mismo, cuando la norma N_2 'impone' el contenido de la norma N_1 . Desde este punto de vista estático se dice que una norma deriva de otra en la medida en que su *contenido* puede ser derivado del contenido de otra norma '*bajo cuyo contenido, el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal*'.⁵ Este tipo de derivación pone de manifiesto una relación de inferencia lógica de lo general a lo particular, que es presentada por Kelsen a través de ejemplos. Así, de la norma general que impone el deber de amar al prójimo pueden derivarse normas más específicas, como la que prohíbe cometer homicidio, dañar física o moralmente a otro y la que obliga a auxiliar a otros en caso de necesidad.⁶ Estas normas más específicas serían consecuencias lógicas de la norma general, lo cual constituye otro punto paradójico en la argumentación kelseniana, dado que, como vimos en el módulo I, en términos generales, y con mayor énfasis en la última etapa de su obra, Kelsen era renuente a aceptar la posibilidad de relaciones lógicas entre las normas.

Kelsen sostiene que la derivación estática es la que se presenta de manera predominante en los sistemas morales, dado que en ellos es común que a partir de ciertos principios morales básicos se deriven otros más específicos.

Por contraste, una norma N_1 se *deriva dinámicamente* de otra norma N_2 , para Kelsen, cuando N_2 determina quién tiene competencia para dictar N_1 y qué procedimiento ha de seguirse para dictar N_1 . En el modo de derivación dinámico, una norma no determina el contenido de otra, sino el *procedimiento* para dictarla o el *órgano* autorizado para hacerlo.⁷ En este último caso suele expresarse que ella 'otorga competencia' a ese órgano. Este tipo de derivación tiene un carácter eminentemente formal, por contraste con el primer tipo de derivación, de carácter material. Kelsen considera que la derivación dinámica es característica de los sistemas jurídicos, ya que en ellos hay normas que disponen cómo crear otras normas, muchas veces sin limitar el contenido que puedan eventualmente tener estas últimas.⁸ Por ejemplo, el capítulo quinto de la segunda parte de la Constitución Nacional Argentina, titulado 'De la formación y sanción de las leyes', establece el procedimiento que debe seguirse para la promulgación de las leyes nacionales y cuál es el órgano que tiene competencia para ello (el Congreso Nacional). En principio, el producto de la actividad del Congreso Nacional, siguiendo el procedimiento establecido, será una ley nacional, sea cual fuere su contenido. No obstante, aunque la derivación dinámica se erija como la característica

en los sistemas jurídicos, esto no significa que en ellos no se presenten casos de derivación estática. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, aunque la Constitución no le impone al Congreso argentino ningún contenido positivo para las leyes nacionales, sí fija límites negativos: las leyes nacionales no pueden desconocer ni restringir los derechos básicos garantizados en el capítulo primero de la primera parte de la Constitución (titulada ‘Declaraciones, derechos y garantías’). Esos derechos constituyen una determinación negativa que limita el contenido posible de las leyes nacionales. Pero aun cuando existan casos de derivación estática en el derecho, la presencia de supuestos de derivación dinámica sería el rasgo característico de los sistemas jurídicos.



Con fundamento en esta reconstrucción de las relaciones relevantes entre las normas, Kelsen sostiene que existen tres rasgos que considera propios de todo sistema jurídico. Ninguno de ellos tiene que ver con el eventual contenido de tales sistemas, ya que para el maestro austrohúngaro las normas de un sistema jurídico pueden asumir cualquier contenido. Se trata de tres propiedades formales, esto es, relativas a su estructura. Ellas son la *estructura jerárquica*, la *unidad lógica* y la *completitud*.

Para Kelsen, una de las características comunes a todos los sistemas jurídicos es su estructura jerárquica (en alemán, *Stufenbau*). Y esta característica deriva de que el derecho tiene la peculiaridad de *regular su propia producción*.⁹ Eso significa que, tanto el procedimiento que debe seguirse para dictar una norma jurídica, como la determinación de la autoridad competente para hacerlo, a través de lo que se calificó como derivación dinámica, son fijados por otras normas jurídicas.

Por ello, es decir, porque el derecho es un sistema principalmente dinámico, una norma forma parte de un sistema jurídico en la medida en que haya sido producida de acuerdo con lo que prescribe otra norma jurídica. Esta segunda norma constituye el fundamento inmediato de la validez de la primera. Al decir de Kelsen, la relación entre estas dos normas jurídicas puede representarse mediante la imagen espacial de la *supra* y la *subordinación*.¹⁰

El orden jurídico no es un sistema de normas situadas en un mismo plano, sino una ‘construcción escalonada’ de diversos estratos de normas. La unidad de esta construcción de diferentes niveles está configurada por la relación de supra y subordinación entre las normas jurídicas: una primera norma autoriza el dictado de una segunda norma, siempre y cuando esta última haya sido creada por el procedimiento y el órgano que prescribe la primera. Pero la primera norma jurídica, para poder ser tenida por tal, también necesita de otra norma jurídica que regule su procedimiento de creación, es decir, que constituya su fundamento, y así sucesivamente a través de una cadena de fundamentación por la que se irá ascendiendo hacia normas jurídicas de jerarquía superior en cada estrato. Los intérpretes de la obra de Kelsen han aludido a esta idea con la figura de una pirámide

de normas, cuya cúspide estaría conformada por las normas de mayor jerarquía dentro del sistema.

Paolo Comanducci explica la estructura jerárquica o 'escalonada' de los sistemas jurídicos a partir de la concepción kelseniana de las normas como sentidos objetivos de actos de voluntad prescriptivos.¹¹ Esto supone que a cada norma jurídica le corresponde un acto de voluntad, es decir, la realización por uno o varios individuos de actos de prescribir que puedan interpretarse como constitutivos de normas jurídicas. Pero ¿qué es lo que permite atribuir a determinados actos el sentido de ser normas jurídicas? O, mejor, ¿en qué se funda la afirmación de que dichos actos constituyen una norma jurídica? La respuesta de Kelsen es que lo que permite interpretar a cierto acto de prescribir como una norma jurídica es otra norma jurídica que autoriza el dictado de la primera.

Por ejemplo, si se toma como elemento de análisis una sentencia judicial, considerada por Kelsen como una norma jurídica individual, es posible preguntar qué es lo que permite calificar así al acto de una persona que dice 'Condénase a Pedro a dos años de prisión'. Desde la perspectiva kelseniana, lo que permite hacerlo es la existencia en el sistema de otras normas de rango superior que, por un lado, autorizan a esa persona a actuar como juez y determinan el procedimiento que debe seguir para dictar la norma específica para el caso sometido a su decisión, que se denominará 'sentencia' y, por el otro, permiten derivar el contenido particular de la sentencia dictada. A su vez, tales normas requieren de otras normas que permitan atribuir al acto de su dictado el sentido objetivo de ser normas. En conclusión, son otras normas las que posibilitan interpretar a determinados hechos como creadores de normas.¹² Por ello se puede decir que la primera norma está en un estrato o rango superior con respecto a la segunda.

Si se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior de sus normas lo constituye la constitución. Cuando Kelsen se refiere a la 'constitución' de un sistema jurídico lo hace en un *sentido material*, esto es, para referirse a la norma o normas positivas que regulan el procedimiento de producción de las normas jurídicas generales.¹³ Esa constitución material puede haber sido producida por vía de la costumbre o por un acto deliberadamente dirigido a ello, es decir, por un acto legislativo. El sistema positivo argentino, por ejemplo, tuvo como acto originario un congreso constituyente que se llevó a cabo en la ciudad de Santa Fe en el año 1853. En los casos en los que la constitución material tiene origen en un acto legislativo, ella generalmente queda vertida en un documento, y se habla en tales casos de constitución escrita, para diferenciarla de la constitución no escrita producida por la costumbre. La constitución material puede también estar formada en parte por normas escritas y en parte por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente.

La constitución en sentido material debe ser diferenciada, según Kelsen, de la constitución en *sentido formal*, es decir, del conjunto de normas contenidas en el documento denominado 'constitución'. Para comprender la diferencia que destaca Kelsen entre la constitución en sentido material y la constitución en sentido formal es útil recordar la distinción conceptual entre *formulación normativa* y *norma*. El conjunto de formulaciones normativas que conforman el documento denominado 'constitución' puede expresar normas que cumplen funciones diferentes. Así, por ejemplo, Kelsen remarca que esos textos suelen contener no solo normas que regulan la creación de normas generales, sino también declaraciones políticas, disposiciones relativas a los procedimientos que deben seguirse para modificar la propia constitución, etc.¹⁴

Se ha remarcado que una característica peculiar del derecho es la de regular su propia creación. Esta nota, si bien se manifiesta en todos los estratos del sistema, es de singular importancia en el estrato superior, en el nivel constitucional, dado que lo que allí se dispone condiciona a los estratos inferiores.

En opinión de Kelsen, el modo más eficaz a través del cual la constitución puede incidir en el contenido de las normas generales de jerarquía inferior es por la exclusión de determinados contenidos posibles. Esto generalmente se hace efectivo por medio de un catálogo de derechos salvaguardados por la propia constitución.¹⁵ Tales derechos no pueden ser eliminados ni distorsionados por normas jurídicas inferiores, las que solo pueden reglamentar su ejercicio.

En un nivel inferior a la constitución se encuentran las leyes y la costumbre. Como se explicó, la constitución material determina tanto la autoridad competente como el procedimiento pertinente para el dictado de las normas jurídicas generales –comúnmente denominadas ‘leyes’ o ‘legislación’. Y a través del reconocimiento de un catálogo de derechos, se limita también el contenido que pueden tener dichas normas. La constitución material es, entonces, la que determina qué actos de voluntad van a tener el sentido objetivo de normas jurídicas generales o leyes, de manera que estas solo pueden valer como tales si se respetan los procedimientos que la constitución material prescribe.¹⁶

Kelsen afirma que la constitución material puede, además, establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado. El hecho consuetudinario se da cuando los miembros de una comunidad jurídica se comportan de la misma manera durante un tiempo suficientemente largo, y surge la voluntad colectiva de que uno debe comportarse así. Desde luego, para Kelsen un hecho semejante solo puede ser tomado como creador de normas si así lo establece la constitución material.¹⁷

La legislación y la costumbre son frecuentemente designadas como las dos primordiales ‘fuentes del derecho’, donde por ‘derecho’ se entiende el conjunto de las normas generales de un Estado. Para Kelsen, la expresión ‘fuentes del derecho’ no es más que una metáfora que puede interpretarse de maneras diferentes: como un modo de designar a los métodos de producción mencionados –legislación y costumbre– o como la manera de referirse a la relación de toda norma superior con cualquier norma inferior.¹⁸ En este último sentido, la expresión ‘fuente’ se identifica con la idea del fundamento de la normatividad. Así entendida, la constitución material es la fuente tanto de la costumbre como de la legislación, y la legislación y la costumbre son las fuentes de las normas jurídicas individuales –sentencias. También la sentencia judicial puede ser considerada como la fuente de los derechos y obligaciones que estatuye respecto de las partes litigantes. Por ello, Kelsen concluye que ‘fuente del derecho’ solo puede ser el propio derecho.¹⁹

Las sentencias judiciales se encuentran en el último estrato dentro de un sistema jurídico, por lo cual reciben las limitaciones de los estratos superiores, que constituyen el fundamento de su normatividad. Esas limitaciones comprenden tanto exigencias relativas a su derivación dinámica, esto es, en cuanto a quiénes se encuentran facultados para dictarlas y cómo deben hacerlo, como exigencias relativas a su derivación estática, puesto que el contenido de las decisiones judiciales debe derivarse lógicamente del contenido de las normas generales que conforman el sistema jurídico.

Para concluir con este cuadro simplificado –que por cierto no pretende describir fielmente la compleja estructura de un sistema jurídico real, en el que existen otros muchos estratos no analizados aquí– podría resumirse lo dicho del siguiente modo. Para Kelsen una norma existe en la medida en que ha sido estatuida por un órgano autorizado para ello en virtud de lo que dispone una norma superior. De modo que, desde esta perspectiva, toda norma jurídica recibe el fundamento de su pertenencia al sistema de una norma jurídica superior, lo que se denomina ‘nomodinámica’: una sentencia se funda en una ley, la ley en la constitución que esté vigente en ese momento, esa constitución en una más antigua, y así sucesivamente hasta una primera constitución histórica.

Como se dijo, para Kelsen, afirmar que el resultado de un acto de prescribir puede calificarse como ‘norma’ depende de que otra norma autorice el dictado de la primera. Kelsen utiliza la expresión ‘validez’ para referirse a esta relación entre normas. Una norma N_1 es válida si se encuentra en cierta relación con otra norma N_2 , relación que consiste en que N_1 se deriva estática o dinámicamente de N_2 .

Es muy importante, en primer lugar, tener presente que el uso que le otorga Kelsen a la expresión ‘validez’ en el marco de su obra es un uso técnico. Ello por cuanto en su empleo ordinario, predicar ‘validez’ de algo parece indicar una actitud de aprobación, de modo que se trata de un término con una fuerte carga emotiva favorable. En la teoría kelseniana, no obstante, predicar ‘validez’ de una norma no supone ninguna aprobación de su contenido: una norma es reputada ‘válida’, en este sentido técnico, si ha sido dictada de conformidad con una norma jerárquicamente superior a su respecto, con total independencia de que se la valore como justa o injusta.²⁰

En segundo lugar, si bien para Kelsen la validez de una norma depende de que ella haya sido creada de conformidad con lo que disponen normas de jerarquía superior, Kelsen no *define* ‘validez’ de este modo. Si bien muchos identifican la validez de una norma con su creación regular de conformidad con lo que otra dispone, en la *Teoría Pura* ese no es más que un *criterio* para determinar cuándo una norma es válida, no una definición de ‘validez’. La validez es definida por Kelsen en ciertos pasajes como la ‘existencia específica de una norma’ y en otros como la ‘fuerza obligatoria de una norma’.²¹

Esto tiene su explicación –sin perjuicio de la valoración crítica que merecerá oportunamente esta ambigüedad: como se dijo, un acto de prescribir solo puede calificarse como ‘norma’ si quien lo emite está autorizado a hacerlo. De modo que, si alguien no autorizado formula una prescripción, su conducta no producirá una ‘norma válida’. Por consiguiente, decir que una norma es válida es tanto como decir que una norma existe como tal, y ese es el sentido de la primera caracterización de la idea de validez. Además, si una norma ha sido dictada de conformidad con otra norma jerárquicamente superior a su respecto, Kelsen considera que de acuerdo con esa norma superior es obligatorio hacer lo que la norma inferior dispone, lo cual estaría receptado en la segunda caracterización. Por consiguiente, decir que una norma es válida equivale a decir que ella existe como norma, porque constituye el resultado de un acto de prescribir autorizado por otra norma y, además, que es obligatorio hacer lo que ella dispone, porque así lo establece la norma jerárquicamente superior a su respecto.

Esta noción de validez genera en apariencia un regreso al infinito, porque para hablar de la validez de una norma determinada es preciso retrotraerse a una norma superior de la cual pueda derivarse su validez. Pero esa norma superior, a su vez, también debe ser válida. De manera que la

validez de una norma cualquiera no depende simplemente de otra norma: depende de la *validez* de otra norma.²² La validez de esta segunda norma solo puede derivarse, a su turno, de otra norma también válida, lo que llevaría a tener que admitir una cadena infinita de normas.

Kelsen, como es bien sabido, sostiene la tesis de la positividad del derecho, esto es, que todo derecho es derecho positivo, creado por actos humanos. En otras palabras, su teoría solo concierne a las normas jurídicas emanadas de actos humanos de creación normativa. Ahora bien, existe un número finito de normas positivas, ya que los actos humanos de creación de normas constituyen necesariamente un número limitado. Surge entonces la difícil cuestión de cómo conciliar la idea kelseniana de la validez –que parece exigir una cadena infinita de normas– con la positividad del derecho.

A tal fin puede resultar ilustrativo considerar un ejemplo simplificado. Supóngase que se pregunta por la validez de una sentencia judicial. ¿Cómo saber si ella es una norma jurídica válida? La respuesta parece simple: la sentencia será válida o no dependiendo de que haya sido dictada de acuerdo con lo que preceptúan ciertas normas generales de procedimiento y de fondo. Pero ahora es menester justificar la validez de esas otras normas. Porque si ellas, a su vez, no pudieran ser calificadas como ‘válidas’, no podría apoyarse sobre su base la validez de la sentencia. Aquí la respuesta también parece sencilla: esas normas generales serán válidas si han sido dictadas de conformidad con lo que disponen ciertas normas jerárquicamente superiores de rango constitucional. En este punto las cosas comienzan a complicarse un poco: las normas constitucionales constituyen el estrato de jerarquía suprema dentro de un sistema jurídico. No parece haber normas de rango superior a ellas. Sin embargo, Kelsen ofrece a esto una respuesta a primera vista sensata y satisfactoria: en una constitución existen normas que regulan cómo modificar la propia constitución, de modo que las normas constitucionales que se encuentran vigentes actualmente en cierto Estado y que disponen cómo han de dictarse las normas inferiores, por más que formen parte del estrato supremo de las normas vigentes en él, serán válidas si han sido dictadas de conformidad con el procedimiento para la reforma de la constitución previsto en una constitución históricamente preexistente. En un ejemplo, la constitución hoy vigente en la República Argentina es el resultado de una reforma producida en 1994 sobre una constitución anterior, que fue llevada a cabo de acuerdo con el procedimiento en ella previsto. Su validez, en consecuencia, deriva de esa constitución históricamente preexistente, aunque hoy ya no tenga vigencia.

Por cierto, este camino conduce inexorablemente a una *primera constitución histórica*.²³ En el caso argentino, la primera constitución histórica, la primera norma positiva a partir de la cual sería posible derivar todas las restantes normas de nuestro sistema jurídico, cuya validez no se apoya en ninguna norma positiva preexistente, sería la constitución de 1853. Y ahora sí se plantea un problema de respuesta difícil: ¿cómo justificar la validez de esa primera norma positiva, esto es, la validez de la primera constitución histórica?

Pues bien, en primer lugar, Kelsen rechaza la idea de que la validez de esa primera constitución histórica pueda derivarse de un *hecho* (a diferencia del fundamento de verdad de los enunciados descriptivos, que se encuentra directamente en la realidad o en otro enunciado igualmente descriptivo). Y ello debido al ‘abismo lógico’ que según Kelsen existe entre el *mundo del ser* y el *mundo del deber ser*: de un hecho no es posible derivar la validez de una norma.²⁴ El hecho de que un movimiento revolucionario instaure un nuevo régimen no habilita a considerar ‘válidas’ a las normas por él dictadas.

En segundo lugar, Kelsen sostiene que la primera constitución no puede derivar su validez de ninguna *norma positiva*, ya que ella es, por definición, la norma positiva históricamente primigenia de dicho orden jurídico. Contra esto podría interpretarse que la validez de la primera constitución de un cierto orden jurídico nacional se funda en una norma positiva del derecho internacional.²⁵ Sin embargo, en primer lugar, esta salida dependería de adoptar una cierta concepción de las relaciones entre los derechos nacionales y el derecho internacional. Tales relaciones admiten al menos tres diferentes alternativas de interpretación: o bien, tal como lo presupone la interpretación analizada, las normas de los diferentes sistemas jurídicos nacionales solo son tales porque su validez puede derivarse del derecho internacional (monismo internacional); o bien las normas del derecho internacional son normas jurídicas solo en la medida de su reconocimiento por parte de los diferentes sistemas jurídicos nacionales (monismo nacional); o bien el derecho internacional y los derechos nacionales son órdenes jurídicos independientes (dualismo).

Ahora bien, más allá de que esta propuesta no valdría para cualquier interpretación de las relaciones entre los sistemas nacionales y el derecho internacional, el punto relevante es que esto no sirve como solución del problema, porque, en todo caso, ahora habría que responder a la pregunta por el fundamento de validez de las normas del derecho internacional. En otras palabras, se llegará en algún momento a una primera norma positiva del derecho internacional y surgirá otra vez la pregunta por el fundamento de su validez. Esta supuesta salida, por lo tanto, no hace más que desplazar la cuestión un paso adelante.²⁶

En tercer lugar, Kelsen no puede admitir que la validez de la primera constitución pueda derivarse de una *norma del derecho natural*, ya que ello parecería comprometerlo a rechazar la tesis positivista de que todo derecho es derecho positivo, posición iusfilosófica a la que Kelsen adhiere con énfasis.

La solución de Kelsen al problema del fundamento de la validez de la primera constitución histórica –y, en consecuencia, de todas las restantes normas de un cierto orden jurídico– es que ella se deriva de una norma a la que denomina ‘fundamental’ o ‘básica’, que no sería una norma positiva sino una *norma presupuesta*. En otras palabras, una *norma pensada* que permitiría interpretar el sentido subjetivo del acto que dio origen a la primera constitución como el sentido objetivo de una norma y, en consecuencia, concebir a todo el sistema que de ella se deriva como un sistema jurídico.²⁷ Se trataría de una hipótesis epistemológica, un *presupuesto lógico trascendental*, en la terminología que Kelsen toma de Kant.²⁸

La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aún superior.²⁹

Kelsen proporciona distintas formulaciones de esta norma fundante básica, aunque todas coinciden en la idea de que su función es interpretar como una norma al acto de voluntad del

primer constituyente. Así, por ejemplo, la norma fundante básica podría enunciarse de las siguientes formas: 'Se debe obedecer al legislador originario y a las normas que se dicten de acuerdo con lo que este dispone'; 'Se debe actuar como lo ordena el órgano que establece la primera constitución'; 'En las condiciones determinadas por la primera constitución, deben ejecutarse los actos de coerción prescriptos o permitidos de acuerdo con ella y con las normas que se dicten en consecuencia',³⁰ etc.

Para Kelsen, la norma fundante básica de un orden jurídico le otorga validez a su primera constitución en la medida en que esta última resulte eficaz, es decir, siempre que las normas dictadas por el primer constituyente sean obedecidas generalmente por los súbditos:

... la norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia.³¹

A veces se ha interpretado erróneamente que esto significa que, para Kelsen, la eficacia es en última instancia lo que determina la validez de la primera constitución,³² de lo cual incluso podría concluirse que con esta idea Kelsen estaría legitimando cualquier sistema jurídico que poseyera un mínimo de eficacia. En realidad, lo único que Kelsen pretende señalar con esta afirmación es que, como la norma fundante básica es el presupuesto que permite a los juristas interpretar al acto de dictar la primera constitución como una norma, y dado que los juristas solo se interesan por el estudio de aquellos sistemas jurídicos que poseen un mínimo de eficacia, esta presuposición solo cobra sentido respecto de sistemas jurídicos eficaces.

En síntesis, podría decirse que la norma fundante básica cumple en el marco de la teoría kelseniana diversas funciones: es aquello que permite explicar la unidad y la normatividad de los sistemas jurídicos;³³ es el presupuesto necesario para interpretar positivamente el material jurídico; es la condición gnoseológica del conocimiento del derecho; es la fuente común de todas las normas de un mismo orden jurídico y permite interpretar como creador de normas al acto del primer legislador y a todos los actos basados en ese primer acto.³⁴

La idea kelseniana de la norma fundante básica ha dado lugar a numerosas críticas. Pero antes de adentrarse en su consideración parece importante comprender cabalmente su sentido en el marco de la *Teoría Pura del Derecho*. Como se ha reiterado, interpretar un acto de prescripción como una norma solo es posible, en la teoría de Kelsen, presuponiendo otra norma que autorice su dictado. De modo que, cuando se predica la validez de una norma cualquiera, se afirma el acaecimiento de un hecho, esto es, que alguien ha emitido una prescripción y, al mismo tiempo, se asume que ese acto ha sido emitido por una persona autorizada a hacerlo en virtud de otra norma que se presupone existente. De modo que, para poder interpretar a un conjunto de actos de prescribir como un sistema jurídico, quien se aboca a su estudio debe considerar al acto del primer constituyente como una norma y no simplemente como un acto de fuerza, pues de lo contrario no podría atribuirle el carácter de norma a ninguno de los restantes actos de prescribir. Y al interpretar al dictado de la primera constitución como algo distinto a un simple acto de fuerza, siguiendo la lógica kelseniana, se estaría presuponiendo una norma. Esa norma es la norma fundante básica, que nadie ha formulado, por lo que no se trata de una norma positiva, y que tampoco implica compromiso alguno con el deber de cumplimiento o aplicación de las normas que componen el sistema de referencia, ni apareja ninguna toma de posición respecto de la justicia o injusticia de sus soluciones.

Corresponde agregar a lo expresado hasta aquí que, con su desarrollo de la idea de las cadenas de validez, Kelsen reformuló el problema clásico de la creación y aplicación del derecho. Las concepciones tradicionales al respecto giraban en torno a la intuición de que los legisladores crean el derecho y los jueces lo aplican. Kelsen sostiene, en cambio, que en cada uno de los diferentes eslabones que componen la cadena de validez de las normas de un sistema jurídico hay tanto actos de creación como de aplicación de normas. Por ejemplo: al dictar una ley, el Parlamento crea una norma de carácter general, pero al mismo tiempo aplica las normas constitucionales que regulan el procedimiento para dictar leyes. Al dictar una sentencia, el juez aplica normas de carácter general, pero al mismo tiempo crea una norma individual para el caso que se le somete a juzgamiento.³⁵ Este principio general de que en cada estrato normativo hay creación y aplicación de normas, que estas dos operaciones no se oponen sino que se complementan, solo reconoce dos excepciones. En el extremo inferior de la cadena hay un acto de 'pura aplicación', que se presenta cuando las fuerzas de seguridad se limitan a aplicar la norma individual dictada por un juez. En el extremo superior existiría simétricamente un acto de 'pura creación' de derecho, consistente en la instauración de la primera constitución histórica.³⁶

Para Kelsen, la validez de una norma debe ser distinguida de su *eficacia*. La eficacia de una norma consistiría en el hecho de que los ciudadanos 'cumplen' lo que ella dispone, en el sentido de que omiten realizar la conducta prevista en su antecedente, o bien que los órganos facultados para ello aplican la sanción prevista en su consecuente si se comprueba en un caso individual la realización de la conducta prevista en el antecedente.³⁷

Tanto la validez como la eficacia, tal como las entiende Kelsen, son *propiedades relacionales*. Pero mientras decir que una norma es válida es sostener que ella se encuentra en cierta relación con otras normas (haber sido creada de conformidad con lo que ellas disponen), decir que una norma es eficaz es sostener que ella se encuentra en cierta relación con lo que de hecho acontece (cómo se comportan ciertas personas respecto de ella). Por otra parte, a diferencia de la validez, la eficacia de una norma es una cualidad susceptible de grados. Una norma es válida o inválida, no caben alternativas intermedias. Por contraste, una norma puede tener un grado mayor o menor de eficacia.

Determinar cómo se relacionan estos dos conceptos es algo que preocupa a Kelsen, al punto de que considera que uno de los mayores desafíos de una teoría positivista del derecho consiste justamente en hallar una respuesta satisfactoria a la cuestión de cómo se vincula el derecho —si es que lo hace— con la realidad. En su criterio, desde una perspectiva positivista existen dos posturas extremas que enfocan el problema. Las corrientes que denomina 'idealistas' postularían, por un lado, que el ámbito del *deber ser* es absolutamente independiente del ámbito del *ser*, lo que implicaría que la validez de una norma sería independiente de su eficacia. La eficacia no sería condición necesaria ni suficiente de la validez o, lo que es lo mismo, no sería necesario que una norma fuese eficaz para que se la reputara válida ni tampoco alcanzaría con que fuera eficaz para considerarla válida. Por otro lado, las teorías que Kelsen llama 'realistas' reducen la validez a la eficacia, es decir, identifican ambos conceptos. La eficacia sería condición necesaria y suficiente de la validez o, dicho de otro modo, una norma sería considerada válida si y solo si fuese eficaz.³⁸

Kelsen objeta estas dos posturas extremas: contra el idealismo sostiene que no es posible negar que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada, pierden validez cuando pierden toda eficacia; contra el realismo sostiene que no es posible negar que hay muchos casos en los que se consideran válidas normas jurídicas que no son eficaces o que aún no lo son. Propone

entonces una teoría intermedia según la cual un mínimo de eficacia sería una *condición necesaria* pero no suficiente de la validez. Esto significa que para que una norma pueda ser reconocida como válida debería tener un mínimo de eficacia, pero el hecho de que fuese eficaz no implicaría, por sí solo, que la norma pudiese reputarse válida.³⁹

Según Kelsen, la eficacia del orden jurídico como un todo y la eficacia de una norma jurídica aislada son, juntamente con el acto de instauración normativa, condición necesaria de la validez, en el sentido de que ninguno de los dos es considerado válido cuando deja de ser eficaz. Kelsen remarca la importancia de no confundir el problema del fundamento de validez (si una norma pertenece o no al sistema o por qué debe ser acatada y aplicada) con su eficacia, que la eficacia es una condición necesaria de la validez pero que no se identifica con ella, y brinda el siguiente ejemplo:

Así, un hombre, para vivir tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse.⁴⁰

Siendo la eficacia una condición necesaria de la validez, la falta de eficacia repercute sobre la validez. Kelsen trata este problema de manera diferenciada según se trate de una norma individualmente considerada o de todo un sistema. En el primer caso, analiza la cuestión de la *desuetudo* o *costumbre derogatoria*, es decir, la pérdida de validez de una norma como consecuencia de su falta de eficacia. Una norma puede nacer válida pero no llegar a tener un mínimo de eficacia, en cuyo caso esa falta de eficacia terminará repercutiendo sobre su validez. Por ejemplo, en el Código Penal Argentino hasta no hace muchos años se reputaba delito al adulterio. No obstante, en los tribunales nunca se dictó una sentencia penal por adulterio, y cabe presumir que ello no obedecía a que nadie incurriese en dicha conducta. Se trataba de una norma que había sido dictada válidamente, pero que nunca tuvo un mínimo de eficacia, ya que pese a existir un sinnúmero de casos de adulterio, no se aplicaban sanciones penales por esa conducta. La idea de Kelsen de que esa falta de eficacia repercute sobre la validez de la norma se reflejaría en el hecho de que tendría poco sentido decir que en Argentina una norma válida reprimía al adulterio como delito penal, puesto que el texto del código era en este punto letra muerta. Esto motivó que en una reforma posterior se suprimiera esa formulación normativa.

Puede ocurrir asimismo que una norma nazca válida y tenga durante cierto tiempo un mínimo de eficacia, pero luego la pierda como consecuencia de haberse generado una costumbre contraria a lo que la norma dispone (costumbre *contra legem*). En otras palabras, si se admite a la costumbre como hecho productor de derecho (como fuente de derecho), debe admitirse la posibilidad de que incluso las normas legisladas puedan ser derogadas por una costumbre en contrario.⁴¹ Eso es lo que habría ocurrido con el artículo 86 inciso 21 de la Constitución Nacional Argentina en su vieja redacción, que exigía al Presidente solicitar permiso al Congreso para ausentarse del territorio de la Capital. La norma en cuestión, válidamente dictada, tuvo un mínimo de eficacia hasta que Juan Domingo Perón trasladó la residencia presidencial a una quinta en Olivos, Provincia de Buenos Aires, época a partir de la cual el Presidente comenzó a ausentarse diariamente de la Capital Federal sin pedir autorización al Congreso. Se generó así una costumbre derogatoria o desuetudo, que terminó por suprimir la validez de la norma, al punto de que en la última reforma constitucional el texto de ese artículo fue modificado y hoy se exige al Presidente que solicite autorización al Congreso para salir del país, no de la Capital.

Kelsen también analiza las relaciones entre eficacia y validez con respecto al orden jurídico considerado como un todo. Aquí sostiene, por una parte, y al igual que lo señalado respecto de las normas individualmente consideradas, que si la constitución y el orden jurídico instaurado sobre su base pierden toda eficacia, no solo cada una de sus normas sino también el orden jurídico como un todo pierde su validez.⁴² Sin embargo, Kelsen no precisa qué es lo que significaría esta referencia a la 'invalidez' de un orden jurídico como un todo, si es que, como antes se indicó, la validez predicada de las normas alude a una propiedad relacional. Para decirlo de otro modo: si una norma es válida cuando ha sido creada de conformidad con lo que disponen normas de jerarquía superior, un sistema jurídico como un todo no puede ser válido ni inválido en ese sentido. Esa calificación debería interpretarse, en todo caso, como sinónimo de fuerza vinculante o existencia.

Ahora bien, más allá de esto, Kelsen destaca que el punto de contacto crucial entre eficacia y validez al considerar todo un orden jurídico está dado por el caso de una revolución triunfante. Kelsen aclara que hace uso de una noción amplia de 'revolución', comprensiva tanto de movimientos de masas que provocan un cambio ideológicamente significativo en el orden jurídico, como así también de lo que se califica en teoría política como 'golpe de estado', esto es, un acto de fuerza llevado a cabo por miembros del mismo gobierno o por un grupo pequeño de individuos. Esta noción amplia de 'revolución' podría definirse como cualquier modificación no legítima de la constitución, es decir, llevada a cabo por un procedimiento distinto del previsto en la propia constitución para su reforma. Este sería, según palabras del propio Kelsen, un *concepto jurídico de revolución*.⁴³

Una revolución triunfante producirá algunas nuevas normas, pero mantendrá gran parte de aquellas que eran válidas bajo la vieja constitución. Pero si las normas que se conservan han de reputarse válidas, ello será así porque el gobierno revolucionario les otorgó validez de acuerdo con la nueva constitución, ya sea expresa o tácitamente, con lo cual estas normas habrán sido receptadas en un nuevo orden jurídico: su contenido podría ser el mismo, pero el fundamento de su validez sería otro.⁴⁴ Por otra parte, las nuevas normas que se dicten resultarían inválidas si ellas son juzgadas de acuerdo con el sistema preexistente. No obstante, si las normas producidas por el acto revolucionario ganan un mínimo de eficacia, será posible considerar a ese acto como una modificación de la norma fundante básica y, en consecuencia, pasar a analizar la validez de esas normas dentro de un nuevo sistema, con independencia de su calificación de conformidad con el sistema anterior. Se concebiría entonces a ese hecho como productor de derecho y a su resultado como un nuevo sistema, de modo que, para Kelsen, la modificación de la norma fundante básica se deriva de la modificación de los hechos que deben ser interpretados como actos de producción y aplicación de normas jurídicas válidas a la luz de ella. Con una norma fundante diferente, las relaciones de validez del sistema naciente pueden analizarse desde otra perspectiva. La cadena de validez del sistema anterior se rompe, dando lugar a nuevas vinculaciones de validez entre los elementos del conjunto, las que serán analizadas a partir de la nueva norma fundante.⁴⁵

Como puede apreciarse, existe cierta asimetría en el tratamiento kelseniano de la cuestión cuando se toma en cuenta a una norma individualmente considerada y cuando se toma en cuenta a todo un sistema jurídico. En términos crudamente simples podría decirse que, para Kelsen, si una norma nace válida pero pierde eficacia, ello lleva a la pérdida de su validez. De manera similar, si un sistema es válido pero pierde eficacia, pierde su validez (sea lo que sea que esto último signifique en este caso). Pero además, a juicio de Kelsen, si un sistema nace inválido y gana eficacia, ello permitirá que se consideren las relaciones de validez en el nuevo sistema con independencia de lo

preceptuado por el sistema anterior. Kelsen, vale aclararlo, jamás sostiene que una norma inválida individualmente considerada pueda transformarse en válida por el mero hecho de ganar eficacia.⁴⁶

6.2. Las tesis de la unidad lógica y la completitud de los sistemas jurídicos

Para Kelsen todo sistema jurídico constituye una unidad lógica, esto es, no puede haber contradicciones entre las normas de un mismo sistema jurídico.⁴⁷ Por cierto, ello no significa que Kelsen no admita la posibilidad de que dos autoridades normativas de un mismo orden jurídico, o incluso una misma autoridad en tiempos distintos, dicten normas mutuamente incompatibles. Su idea es más compleja y va de la mano de su particular concepción de las normas y de la ciencia.

En efecto, Kelsen reconoce que en la práctica es muy común que diferentes órganos de un sistema jurídico dicten normas contradictorias. Pero recuérdese que para Kelsen las normas tienen carácter no cognoscitivo, es decir, no se puede predicar verdad o falsedad a su respecto. Por ello sostiene que la lógica no puede aplicarse a las normas, dado que a su juicio esta disciplina solo se ocuparía de enunciados susceptibles de un test veritativo. De manera que los principios lógicos, así como la noción de contradicción, no se aplicarían directamente a las normas, pero sí a los enunciados que las describen, es decir, a los enunciados jurídicos, y solo a través de estos últimos podrían aplicarse indirectamente a las normas.⁴⁸

Esta idea se conjuga con la concepción que tiene Kelsen de la ciencia, un punto en el que se advierten claramente sus influencias kantianas. Para Kelsen, como para Kant, la ciencia es la que constituye su objeto de estudio y, en tanto lo constituye, debe pensarlo conceptualmente como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias. Así, los conflictos normativos que aparezcan en el material jurídico en bruto *'pueden y tienen que ser disueltos por vía de la interpretación'*.⁴⁹ Siendo ello así, y dado que, como vimos, Kelsen sostiene además que todo sistema jurídico posee necesariamente una estructura jerárquica, para justificar su idea de la necesaria unidad lógica de todo sistema jurídico debe mostrar que por vía de interpretación es posible superar toda contradicción entre normas de diferente jerarquía y, además, que por la misma vía puede superarse cualquier contradicción entre normas de la misma jerarquía.

Con respecto al primer caso, Kelsen ofrece una respuesta inicial bastante simple, que será la única que se examinará aquí.⁵⁰ Esa solución es la siguiente: dado que la norma inferior deriva su validez de la norma superior, y dado que la validez de una norma depende de su conformidad con la norma superior, si se presenta un aparente conflicto entre normas de diferente jerarquía, la inferior será inválida y, por consiguiente, no integrará el sistema, de manera que no habría aquí ningún conflicto genuino. Esta idea no es más que la aplicación de un principio interpretativo de larga tradición entre los juristas: el principio de *lex superior derogat legi inferiori*, el cual establece que, en caso de conflicto entre dos normas, ha de darse preferencia a aquella que ha sido dictada por el órgano de mayor jerarquía.⁵¹

Con respecto al caso de un aparente conflicto entre normas de la misma jerarquía, la respuesta de Kelsen es más compleja y lo obliga a discriminar tres alternativas. En primer lugar, si la contradicción se plantea entre normas generales promulgadas en momentos diferentes, la norma posterior prevalecerá sobre la anterior según el principio de *lex posterior derogat legi priori*, dado que se interpreta que la última es la más reciente expresión de la voluntad del órgano, y que, en

caso de contradecir a una norma anteriormente dictada por él mismo, la norma posterior revoca lo previamente decidido.⁵²

Desde luego que, si las normas contradictorias fueron dictadas en el mismo momento, este principio no sirve para resolver el problema. Para tales situaciones Kelsen ofrece una segunda salida: la aplicación del principio de *lex specialis derogat legi generali*, según el cual la norma más específica prevalece sobre la más general.⁵³ Supóngase un código penal que contiene un artículo estableciendo: 'El médico que practique maniobras abortivas será penado con prisión de cinco años', y otro que expresa: 'El aborto para salvar la vida de la mujer no constituye delito'. Estas dos normas son parcialmente contradictorias, dado que la primera reprime con sanción de cinco años de prisión todo caso de aborto, mientras que la segunda reputa no delictivos los abortos para salvar la vida de la mujer. No obstante, parece sensato pensar que la intención de la autoridad normativa en este caso ha sido el dictar una norma de carácter general sujeta a una excepción para un supuesto específico. Así, debería entenderse que la primera norma solo se aplica a los casos de aborto que no hayan sido cometidos para salvar la vida de la mujer. Esta idea intuitiva es la que recoge el principio de *lex specialis*: si dos normas poseen una extensión diferente, siendo una de ellas más amplia que la otra, en caso de conflicto ha de interpretarse que la norma más específica deroga en lo pertinente a la más general.

Con todo, estos criterios no agotan todas las posibilidades de conflictos entre normas. Ello por cuanto podría darse el caso de que un mismo órgano (o dos órganos de la misma jerarquía) dicten en un mismo tiempo normas que posean la misma extensión. En tal caso no podrá recurrirse ni al principio de *lex superior*, ni al principio de *lex posterior*, ni al principio de *lex specialis*.

Esta situación extrema no hace renunciar a Kelsen a su idea de que todo sistema jurídico constituye una unidad lógica: sostiene que, de presentarse un caso semejante, o bien habría que considerar que el legislador ha pretendido otorgar al órgano facultado para la aplicación de estas normas una opción tácita para escoger entre las dos soluciones en conflicto, de modo que en lugar de contradicción habría dos soluciones posibles sujetas al arbitrio del órgano de aplicación, o bien que no hay conflicto sencillamente porque no se ha dictado ninguna norma.

En cuanto a lo primero, Kelsen sostiene que habría casos en los que podría interpretarse que, frente a dos normas en aparente conflicto, la autoridad que las dictó quiso dejar en manos del aplicador la opción para escoger entre ambas, de modo tal que, en lugar de tener, por ejemplo, que una misma acción se encuentra permitida y prohibida, tendríamos que esa acción se halla permitida o prohibida, a elección del órgano de aplicación.⁵⁴

Si esta lectura no fuese viable, como se dijo, Kelsen sostiene que entonces en realidad no habría conflicto. Esto puede sonar extraño, pero Kelsen lo justifica del siguiente modo: para que una norma exista se requiere que el órgano del cual emana haya producido un acto de voluntad cuyo sentido subjetivo sea dictar una norma y, además, que ese sea también el sentido objetivo que corresponda otorgar a dicho acto de acuerdo con una norma jerárquicamente superior. Un acto de voluntad cuyo sentido subjetivo es el de dictar una norma tiene por finalidad dirigir la conducta del destinatario en cierto sentido. Pero en el supuesto considerado, si el órgano ha producido dos actos de voluntad, uno prohibiendo, por ejemplo, la realización de cierta acción y el otro permitiéndola, habrá frustrado su propia intención de dictar normas, puesto que con estos dos actos no se conduce la conducta del destinatario en ninguna dirección. El acto cumplido por el legislador sería semejante a una prescripción que contiene palabras carentes de sentido. Por

consiguiente, como no habría ningún acto al que pudiera atribuírsele el sentido subjetivo de dictar una norma, no habría ninguna norma y, por ende, tampoco conflicto.⁵⁵

Junto a la estructura jerárquica y la unidad lógica, el tercer rasgo formal que Kelsen predica de todo sistema jurídico es su necesaria *completitud*, es decir, su falta de *lagunas*. Una laguna se presentaría, para Kelsen, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a cierto caso, cuando un juez no puede derivar de las normas generales del sistema jurídico ninguna solución para un caso individual.⁵⁶ Quienes sostienen que el derecho posee lagunas en este sentido consideran que en una situación semejante el juez debe colmar la laguna produciendo la norma correspondiente. Pero Kelsen considera que esta sería una ficción insostenible pues, a su juicio, el juez siempre podría derivar del sistema una solución para cualquier caso.

En distintos trabajos Kelsen sostiene esta misma tesis con diferentes argumentos, pero aquel al que parece atribuirle mayor peso es el siguiente: cuando el orden jurídico no establece ninguna prohibición para un individuo, su comportamiento estaría permitido. Expresamente señala que, si ninguna norma de carácter general regula *positivamente* la conducta de un sujeto, entonces su conducta se encuentra *negativamente* regulada, es decir, no le está jurídicamente prohibida y, por ello, está permitida.⁵⁷

Este argumento de Kelsen es perfectamente congruente con el resto de su teoría. De acuerdo con ella, las normas jurídicas imputan sanciones a ciertos actos, constituyendo una técnica de motivación indirecta de la conducta, en el sentido de que el derecho no indicaría cuál es el curso de acción correcto, sino que, más bien, la tarea básica del legislador consistiría en un intento por desalentar la realización de ciertas acciones correlacionándoles una sanción. Aquella conducta que constituye el antecedente de una sanción en una norma jurídica se dice que está prohibida justamente por esa razón: solo se consideran prohibidas, desde este punto de vista, las conductas que son antecedentes de la imputación como debida de una sanción. De manera que, a partir de un conjunto de normas jurídicas con estas características, es posible determinar un conjunto de acciones prohibidas (así como un conjunto de acciones obligatorias, que serán las conductas contrarias respecto de las anteriores). El resto de las acciones, por no haber sido prohibidas, estarán permitidas (*'negativamente permitidas'* dice Kelsen).

La justificación kelseniana de la necesaria completitud de todo orden jurídico se apoya, pues, en el principio de que *todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido*, un principio que poseería para Kelsen dos cualidades. En primer lugar, se trataría de una verdad analítica, es decir, sería necesariamente verdadero respecto de cualquier sistema jurídico, por cuanto su verdad se derivaría simplemente del significado de los términos 'permitido' y 'prohibido'. En segundo lugar, cumpliría la función de colmar toda posible laguna, 'clausurando' así todo sistema jurídico.

Con fundamento en estas ideas, Kelsen critica disposiciones como la que contenía el Código Civil suizo que establecía: 'La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar este también, según la regla que él mismo establecería como legislador'. Cláusulas semejantes presupondrían la ficción de que el sistema jurídico en cuestión no sería lógicamente aplicable a ciertos casos, lo cual a criterio de Kelsen no sería posible porque el orden jurídico siempre sería aplicable, y de hecho sería aplicado cuando un tribunal rechaza la demanda fundándose en que el orden jurídico no

contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante.⁵⁸

Kelsen sostiene que, si pese a lo expresado muchos teóricos afirman la existencia de lagunas en casos en los que resulta claro que la conducta de un sujeto, por no haber sido prohibida, se encuentra negativamente permitida, ello obedecería a que se considera injusta la solución que se deriva del sistema. Por ejemplo, si un sistema jurídico carece de una norma que sancione el robo de energía eléctrica, esto puede ser considerado como inconveniente o injusto. Pero reputar injusta la solución que se deriva del sistema, que en el caso anterior sería para Kelsen que no corresponde sancionar a quien roba energía eléctrica, sería un juicio de valor que puede variar de persona a persona, y no una descripción de las soluciones que se siguen del sistema. Kelsen concluye así que, muchas veces, bajo la doctrina de las lagunas del derecho, lo que se hace es encubrir valoraciones políticas o morales del contenido de ese sistema como una supuesta imposibilidad de aplicar sus disposiciones para la resolución de un caso.⁵⁹

6.3. Ambigüedad de la expresión 'validez'

En los puntos precedentes se pasó una rápida revista a la caracterización kelseniana de los sistemas jurídicos, a su noción de validez y al papel que ella cumple en su concepción sistemática del derecho. Ya se adelantó que Kelsen emplea al menos dos formas distintas de definir la noción de validez. En algunas ocasiones puede leerse en sus obras que la validez es la 'existencia específica' de una norma, mientras que, en otras, la validez se define como la 'fuerza obligatoria' de las normas. Estas dos definiciones se alternan reiteradamente a lo largo de los textos kelsenianos.

No obstante, muchos autores han resaltado que en verdad ello revela un uso ambiguo de la expresión 'validez', pues Kelsen a veces le asigna un sentido puramente *descriptivo*, vinculado con la creación regular de una norma o su pertenencia a un sistema jurídico, y otras veces le asigna un sentido *prescriptivo*, vinculado con su fuerza vinculante.⁶⁰ Entre los más importantes teóricos que han resaltado el problema se cuentan Alf Ross, y en nuestro país Carlos Nino y Eugenio Bulygin, quienes coinciden en criticar el enfoque kelseniano pero proyectan conclusiones diferentes a su respecto.

Ross, por ejemplo, llama la atención sobre esta ambigüedad y se inclina por una lectura descriptiva del concepto de validez, considerando que el pensamiento de Kelsen debería ser reconstruido suprimiendo la noción de validez como fuerza obligatoria.⁶¹ Ello por cuanto, a su entender, interpretar la noción de validez en sentido descriptivo sería el único camino compatible con una visión positivista del derecho, que es la que Kelsen afirma sostener. Tacha en consecuencia a Kelsen de *pseudopositivista* o *iusnaturalista encubierto* por no ser suficientemente consecuente con el ideario positivista al manejar igualmente una noción prescriptiva de validez.

Nino advierte la misma impropiedad en la teoría de Kelsen pero se sitúa en la posición opuesta, señalando que la reconstrucción más satisfactoria que puede hacerse de sus ideas es la que sostiene el predominio de la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria, pese a que –siguiendo en esto a Raz–⁶² considera que esa noción de validez utilizada por Kelsen sería la misma que emplean las teorías iusnaturalistas.⁶³ En su opinión, la fuerza obligatoria de las normas jurídicas no puede, en última instancia, ser establecida por las mismas normas jurídicas, ya que ello no

permitiría predicar fuerza obligatoria de las normas jurídicas de mayor jerarquía del sistema. A su vez, si tales normas jurídicas carecieran de fuerza obligatoria, ellas no podrían transmitírsela a las demás. Por tal motivo, Nino afirma que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales. Para Nino:

... las razones inherentes al razonamiento jurídico que aluden al hecho de que ciertas normas son parte de un sistema jurídico, no son, ellas mismas, razones jurídicas, sino que pertenecen a un sistema justificatorio más amplio.⁶⁴

Bulygin, por su parte, ha resaltado que deberían distinguirse distintos sentidos en los que puede decirse que una norma existe, algunos de los cuales habitualmente se confunden:⁶⁵

i) *Existencia fáctica*: un primer sentido en el que se puede hablar de la existencia de una norma es para aludir al hecho de que un grupo social acepta esa norma como pauta de conducta y critica a quienes se apartan de ella. Este sentido de existencia de las normas es fáctico, porque lo que se pretende con él es hacer referencia a un hecho social. En el uso corriente, se dice que una norma está 'en vigor' en un grupo social para hacer referencia a este concepto de existencia. Esta noción tiene su correlato en la *Teoría Pura del Derecho* en la idea de *eficacia*. Kelsen cataloga como 'eficaz' a una norma cuando de hecho es cumplida, esto es, cuando tiene un mínimo de acatamiento o, en caso de que no sea obedecida, se aplican ordinariamente sanciones a los transgresores por parte de las autoridades. La misma idea aparece en la obra de Alf Ross bajo el concepto de *norma vigente*,⁶⁶ e incluso en la teoría de Hart, si se interpreta como tal su concepto de *aceptación* de una norma como pauta de comportamiento de un grupo social.⁶⁷ Cuando se afirma que una norma existe en este sentido se alude a que la gente dentro del grupo social de referencia se comporta de cierto modo con relación a esa norma. Por eso, se trata de una noción *descriptiva* de ciertos hechos. Además, es *relativa* tanto a un cierto grupo social como a un cierto tiempo en ese grupo social. Es evidente que una norma puede existir en este sentido en un determinado grupo social y no en otro, y que puede existir en un tiempo y dejar de existir en otro.

ii) *Pertenencia*: un sentido distinto en el que puede decirse que una norma existe consiste en predicar que ella pertenece a un determinado conjunto de normas. Kelsen parece tener en mente esta idea de existencia cuando emplea la expresión 'validez' como sinónimo de 'existencia específica' de una norma, ya que las normas no se presentan de manera aislada, sino como miembros de complejos sistemas normativos. Los juristas utilizan distintos criterios para determinar cuándo una norma pertenece a un cierto sistema jurídico. Por ejemplo, los que establecen que es parte del sistema porque ha sido creada por una autoridad que cuenta con competencia para hacerlo, o porque es una consecuencia de otras normas que pertenecen al conjunto. Pero la noción de existencia es la misma en cualquiera de esos casos: la afirmación de que una norma existe en este sentido se limita únicamente a señalar el hecho de que ella pertenece a un conjunto más amplio. Por eso, esta noción de existencia es, como la anterior, *descriptiva* y también *relativa*, pues obviamente una norma puede pertenecer a un conjunto y no pertenecer a otro.

iii) *Obligatoriedad*: esta noción se vincula con el uso kelseniano de la expresión 'validez' como fuerza obligatoria de una norma. Según Bulygin, una norma existe en este sentido cuando es obligatorio hacer lo que ella establece. Esta idea de obligatoriedad debe ser diferenciada con claridad de la existencia fáctica: decir que una norma existe en sentido fáctico sería *describir* el hecho de que cierto grupo social la emplea como pauta para regir sus acciones. En cambio, decir

que una norma existe en el sentido aquí considerado sería *prescribir* el deber de obedecerla. Preguntarse si de hecho un determinado grupo social acepta una norma es muy distinto a inquirir si es obligatorio hacer lo que ella dispone. Un ejemplo puede resultar útil para ilustrar la diferencia: manifestar que en Sudáfrica, vigente el *apartheid*, existían –en el sentido de que se aceptaban de hecho– normas que imponían un trato muy distinto entre las personas de acuerdo con su raza, no implica formular ningún juicio acerca de su obligatoriedad. Podría afirmarse, sin contradicción, la existencia de esa norma en sentido fáctico y, a la vez, sostener que ella no debía cumplirse. El concepto de existencia como obligatoriedad sería, por lo expuesto, *prescriptivo* y no descriptivo y, además, *absoluto* pues no aludiría a una relación sino a un atributo.⁶⁸

iv) *Existencia como formulación*: el último sentido en el que Bulygin considera que cabría hablar de la existencia de una norma es el que denomina ‘existencia como formulación’. En su criterio, una norma existe en este sentido si ha sido formulada por alguien, o si es una consecuencia de una norma formulada por alguien, sin considerar si esa persona es una autoridad competente o no. Se utilizaría este sentido de existencia, por ejemplo, cuando se habla de las normas de un cierto proyecto de ley que aún no ha recibido promulgación legislativa. Este sería el concepto más elemental de existencia de normas, a pesar de lo cual nadie le habría otorgado mayor relevancia. Bulygin lo califica como ‘elemental’ porque es más abstracto que los demás sentidos, no porque sea el más abarcativo, ya que ciertas normas podrían no existir según esta noción pero sí de acuerdo con alguna o algunas de las otras. Las normas consuetudinarias, por ejemplo, no existen en este sentido porque no han sido formuladas por nadie ni son consecuencia de otras normas formuladas. Pero podría afirmarse que existen en otros sentidos, o bien porque pertenecen al sistema, o bien porque es obligatorio cumplirlas, o bien porque tienen existencia fáctica.

Bulygin remarca que Kelsen reserva para la primera noción de existencia –la de existencia fáctica– el término *eficacia*. No repara en el último sentido indicado y emplea un único término (‘validez’) para referirse indistintamente a la pertenencia y a la obligatoriedad. O, lo que es lo mismo, identifica ambas nociones suponiendo que son coextensivas: todas las normas que integran un sistema jurídico serían obligatorias y todas las normas jurídicamente obligatorias pertenecerían al sistema jurídico. En otras palabras, las normas pertenecientes al sistema y las jurídicamente obligatorias formarían un único conjunto.

Sin embargo, en contra de la idea de Kelsen, no resulta difícil imaginar casos en los cuales se afirme a la vez que una norma pertenece a un sistema jurídico y que, a pesar de ello, su cumplimiento no es obligatorio, por ejemplo, porque es palmariamente injusta. O situaciones inversas, en las cuales un sujeto considere obligatorio cumplir determinada pauta de acción que, no obstante, no forma parte del sistema jurídico que rige su conducta, como en el caso de quien se considera obligado a pagar una deuda pese a que ella ha prescrito de acuerdo con las disposiciones legales.

Como lo señala Bulygin, además, debe tenerse en cuenta que dos nociones coextensivas no necesariamente tienen el mismo significado: aun suponiendo que se tratara de nociones coextensivas –lo cual no es el caso– no correspondería identificarlas por cuanto no resultan equivalentes desde el punto de vista intensional.⁶⁹ A partir de estas consideraciones, propone otorgar preeminencia a la noción descriptiva de validez en la *Teoría Pura del Derecho*, pues entiende que optar por la noción prescriptiva obligaría al intérprete a admitir que la concepción kelseniana se aparta del postulado fundamental del positivismo jurídico, cual es la separación tajante entre el derecho y la moral.⁷⁰

Esta última sugerencia, al igual que la opción semejante que propugna Alf Ross, parece no obstante un tanto desconcertante. Si el positivismo es concebido como una determinada manera de caracterizar el derecho, de acuerdo con la cual la identificación de una norma como miembro de un sistema jurídico dependería exclusivamente de ciertos hechos sociales complejos y no de una evaluación moral de su contenido, de ello se sigue, tal como lo remarca Hart, que decir que cierta norma es parte de un sistema jurídico no suministra una respuesta concluyente a la cuestión de si existe un deber moral de obedecerla.⁷¹ Por consiguiente, una vez que se distinguen los sentidos de validez como pertenencia a un sistema y como fuerza obligatoria, ¿por qué razón una teoría positivista del derecho debería rechazar la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria por incompatible con su tesis central? Por cierto, admitir un concepto prescriptivo de validez como fuerza obligatoria no es lo mismo que predicar la validez en este sentido de las normas de cualquier sistema jurídico. El error central de la teoría kelseniana no consiste en asignarle al término 'validez' un sentido prescriptivo vinculado con la fuerza obligatoria de las normas, sino, en todo caso, en confundir ese sentido con uno descriptivo. Basta con que los dos sentidos de validez se consideren conceptualmente independientes para que el positivismo se encuentre suficientemente a salvo. En otras palabras, en la medida en que el problema de la identificación de las normas jurídicas se diferencia con claridad del problema de su fuerza obligatoria, no existe ninguna posible contradicción entre la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la aceptación de una noción de validez como fuerza obligatoria.⁷²

En sus contribuciones más recientes sobre el punto, Bulygin ha dado algunos pasos adicionales en la misma línea de pensamiento. Siguiendo a Ross,⁷³ sostiene que la validez jurídica como fuerza obligatoria carecería de significado a menos que se la interprete como una referencia al deber moral de obedecer el derecho.⁷⁴ Ello porque si la validez como fuerza obligatoria de cierta norma N_1 se interpreta como un deber jurídico impuesto por otra norma N_2 de cumplir con N_1 , se trataría de un concepto vacío porque el deber impuesto por N_2 no prescribiría ninguna conducta que no estuviera ya ordenada por la propia norma N_1 . De manera que el único modo de tornar inteligible la idea de la validez como fuerza obligatoria consistiría en interpretarla como un deber no jurídico sino moral, y ello no podría integrarse coherentemente con el programa positivista de Kelsen.⁷⁵

Al respecto debería advertirse, en primer lugar, que si una norma N_2 se limitara a prescribir el deber de hacer aquello que otra norma N_1 concretamente determinada establece, parece correcto sostener que N_2 resultaría superflua, porque no prescribiría ninguna acción que no se encuentre ya ordenada por la propia N_1 . Pero la existencia de N_2 tendría perfecto sentido si impusiera el deber jurídico de obedecer todas las normas que posean cierta propiedad, por ejemplo, todas aquellas que hayan sido dictadas por cierta autoridad A_1 , siendo N_1 una de tales normas. Considérese el caso de una pareja que debe salir una noche e instruye a su hijo pequeño '*Haz todo lo que la niñera te ordene*'. Podría decirse que esta es una norma incompleta –porque para individualizar qué se debe hacer para cumplirla habrá que esperar a que la niñera indique algún curso de acción– pero no que resulta superflua. El dictado de normas que establecen el deber de cumplir con otras normas parece perfectamente sensato cuando existen normas de distintos estratos jerárquicos, como así también cuando es preciso ofrecer una guía acerca de qué norma debe seguirse si existen varias en conflicto.

Pero más allá de esta salvedad, examinemos con mayor detenimiento esta noción de validez como fuerza obligatoria. Bulygin a veces afirma que la validez como fuerza obligatoria es una noción absoluta, pues no se referiría a una relación sino a un atributo. Sin embargo, también afirma –incluso en los mismos trabajos– que Kelsen está en lo cierto al sostener que la validez como

fuerza obligatoria de cierta norma es relativa a lo que dispone otra norma, a la que se asume al menos existente.⁷⁶ Estas dos afirmaciones son, sin embargo, evidentemente contradictorias. Y aunque resulte sorprendente, la única explicación plausible de esta contradicción es que Bulygin ha caído aquí presa de un defecto que suele atribuirles a otros: el no diferenciar con claridad entre normas y proposiciones normativas.⁷⁷

En efecto: hay dos sentidos en los que puede entenderse la idea de validez como fuerza obligatoria, esto es, el deber de cumplir con una norma: como una *norma*, una genuina prescripción que ordena cumplir con lo que otra norma dispone, o como una *proposición normativa* que afirma la existencia de una norma que impone el deber de cumplir con otra. En el primer sentido, decir que una norma es válida no consiste en hacer ninguna afirmación sobre ella, sino en prescribir el deber de cumplirla. Este es el único genuino *sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria*, y se trata además de una noción absoluta, porque decir que una norma es válida en este sentido no consiste en predicar de ella una cualidad relativa a lo preceptuado por otra norma: es prescribir que se la debe obedecer. En cambio, en el segundo sentido, decir que una norma posee fuerza obligatoria no implica comprometerse en absoluto con el deber de cumplir con ella, pues se trata de una afirmación que se limita a registrar la existencia de otra norma que impone el deber de cumplir con la primera. Por ello, este es un *sentido descriptivo de validez como fuerza obligatoria*, y es relativo a la existencia de otra norma.

En síntesis, la expresión 'validez' asume varios sentidos que no deben confundirse, pues de lo contrario pueden generarse muy serios problemas en la reconstrucción de los conceptos jurídicos más fundamentales. En primer lugar, en línea con la idea de Kelsen de que una norma es válida si ha sido creada de conformidad con lo que disponen normas de rango superior, podría interpretarse la 'validez' como sinónimo de la creación regular de una norma de conformidad con las pautas fijadas por otras normas del mismo sistema. De acuerdo con este sentido, no todas las normas de un sistema jurídico podrían ser calificadas como válidas: la primera constitución histórica no sería ni válida ni inválida en este sentido. Si 'validez' se interpreta como sinónimo de pertenencia a un sistema, en cambio, todas las normas que componen un sistema jurídico serán normas válidas, pero deberá distinguirse entre aquellas cuya pertenencia depende de su relación con otras normas del sistema (normas derivadas) y aquellas cuya pertenencia no depende de su relación con otras normas del sistema (normas originarias o no derivadas). Y, además, debe tenerse presente que predicar la validez de una norma en este sentido constituye solamente un juicio descriptivo que afirma que ella es parte de un conjunto más amplio de normas, sin que ello importe evaluación alguna respecto del deber de cumplirla o aplicarla. Por último, si 'validez' se interpreta como sinónimo de fuerza obligatoria, la calificación resulta todavía problemática porque hay más de un sentido en el que puede hablarse de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas. Decir que una norma es válida en este sentido puede leerse como una genuina norma que prescribe el deber de cumplir con ella, o bien como una proposición normativa que se limita a señalar que otra norma impone el deber de cumplir con ella. Y tanto en el primer caso como en el segundo, tales calificaciones pueden hacerse desde un punto de vista jurídico o desde un punto de vista moral. La fuerza obligatoria jurídica no debería confundirse con el deber moral de obedecer el derecho y, además, ella admite una lectura prescriptiva y una descriptiva. De acuerdo con la primera, predicar la fuerza obligatoria jurídica de una norma equivale a prescribir el deber de obedecerla desde un punto de vista jurídico, mientras que, de acuerdo con la segunda, predicar la fuerza obligatoria jurídica de una norma equivale a afirmar que otra norma jurídica prescribe el deber de obedecerla.

Con estas precisiones, es hora de reconsiderar críticamente las ideas de Kelsen sobre el fundamento último de la validez de las normas jurídicas. En su libro *Legality*,⁷⁸ Scott Shapiro presenta como una paradoja la misma posibilidad del derecho o, si se quiere, de la existencia de un sistema jurídico. Nos propone imaginar que el derecho fue ‘inventado’ por primera vez el 1 de enero del año 10.000 antes de Cristo: el aldeano más viejo de cierta comunidad, Lex, propone a sus conciudadanos dictar un conjunto de normas orientadas a solucionar los problemas más apremiantes del grupo. Afirma que sabrán cuándo ha dictado una norma si emite una directiva bajo un cierto árbol del lugar. Sostiene que también será el encargado de resolver las controversias respecto del modo de aplicar esas normas, siendo sus juicios finales al respecto, y que cuando muera todas las normas que haya dictado permanecerán vigentes y uno de sus hijos asumirá como nuevo líder, pudiendo por cierto modificar las normas tal como lo desee.

Prácticamente todos los demás habitantes del lugar están de acuerdo con esta propuesta y dispuestos a aceptarla, salvo uno, Phil, quien afirma que, aunque ella suena bastante bien, en realidad no puede funcionar. Su argumento es el siguiente: para que Lex tenga la potestad para hacer, cambiar o aplicar las normas para la comunidad tendría que haber una norma que le confiera tal potestad. Sin embargo, semejante norma no puede existir, puesto que en caso de existir debería haber alguien con la potestad para crearla, lo que a su vez requeriría de otra norma que confiera tal potestad, y ello conduciría a un regreso al infinito. Por otra parte, Lex no podría crearla él mismo, porque igualmente necesitaría de una norma que le confiera tal potestad. Y tampoco el pueblo en asamblea podría conferírsela, puesto que en tal caso se requeriría igualmente de una norma que confiera al pueblo la potestad para hacerlo, la que tampoco existe. En conclusión, nadie podría crear ni modificar normas para la comunidad, de modo que poseer autoridad jurídica resultaría imposible. Por supuesto, Shapiro concluye el relato diciendo que ni Lex ni el resto de la comunidad le prestan la menor atención a la objeción de Phil: Lex sencillamente comienza a dictar normas y la comunidad comienza a obedecerlas.

Es un gran mérito de esta presentación de la cuestión el poner en evidencia que hay algo en el planteo del problema que resulta simplemente absurdo desde un punto de vista práctico.⁷⁹ Y, sin embargo, la objeción de Phil plantea, si no un problema práctico, un interrogante teórico que, al parecer, aún no se halla debidamente resuelto: el del fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico. Si en términos generales una norma puede considerarse jurídicamente válida en la medida en que haya sido creada regularmente de conformidad con las pautas fijadas por otras normas jurídicas, ¿cómo justificar la validez de las normas jurídicamente superiores, esto es, aquellas cuya creación no puede ser evaluada como regular o irregular por apelación a ninguna otra norma jurídica?

La cuestión, así planteada, ha sido considerada por la mayoría de los filósofos y teóricos del derecho, y entre las respuestas más ilustres dentro de la tradición positivista se cuenta la idea kelseniana de la norma fundante básica. Esa respuesta, empero, ha sido objeto de innumerables discusiones y críticas,⁸⁰ muchas de las cuales han resaltado lo problemático que resulta que el fundamento de la validez de todo el orden jurídico repose en última instancia en una norma supuesta, no impuesta, pensada y no realmente existente.

De esas críticas, una de las más lúcidas y penetrantes ha sido ofrecida por Eugenio Bulygin, quien ha mostrado cómo la confusión entre los distintos sentidos de validez se pone de manifiesto paradigmáticamente en la idea de la norma fundante básica.⁸¹ Según Bulygin, cuando Kelsen se pregunta por el fundamento último de validez de un sistema jurídico, está abordando sin advertirlo

dos cuestiones diferentes que requieren respuestas distintas. Para hacer esto explícito, efectúa una reconstrucción de la sistematización del derecho utilizando primero la noción descriptiva de validez como pertenencia y luego la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria.

Si se parte de la noción de validez en el sentido de pertenencia de una norma a un sistema, la pregunta por la validez de una norma busca determinar si ella es uno de los elementos que forman parte de un conjunto de normas que pueda denominarse 'sistema jurídico'. A tal fin, habrá que analizar si la norma en cuestión ha sido dictada por una autoridad con competencia para hacerlo, si fue respetado el procedimiento establecido para su dictado por normas de mayor jerarquía y, eventualmente, si su contenido se ajusta al establecido por otras normas igualmente superiores. Si estos requisitos no se colman, la norma no será válida en el sentido aquí considerado. Pero si se satisfacen, el problema no ha terminado, pues la validez de esta norma dependerá ahora de la pertenencia al sistema de las normas superiores de las cuales, estática o dinámicamente, ella se deriva. La validez de estas normas de nivel superior, a su vez, dependerá de la pertenencia al sistema de las normas en cuya virtud pueda justificarse la pertenencia de las anteriores. La cuestión se repetirá tantas veces como estratos normativos aparezcan en el sistema. Al llegar a la constitución vigente deberá analizarse, del mismo modo, si su pertenencia al sistema puede justificarse a partir de alguna constitución previa, aunque ella ya no integre el sistema en el presente. Así, inexorablemente se alcanzará en algún momento una primera constitución histórica. Frente a ella, Kelsen vuelve a preguntarse por la 'validez' de las normas que la componen, y responde que la validez de la primera constitución se deriva de la norma fundante básica, una norma no impuesta sino presupuesta, que permitiría interpretar al acto del primer constituyente como un acto creador de derecho.

No obstante, Bulygin considera que, si se asume el sentido descriptivo de validez como pertenencia a un sistema, sería un sinsentido preguntarse por el 'fundamento de validez' de la primera constitución. Las normas que integran cualquier sistema jurídico serían todas las que puedan derivarse a partir de una primera constitución, que es la que históricamente dio origen al sistema. El sistema estaría conformado, entonces, por una primera constitución histórica y un conjunto de normas que se derivan de ella estática o dinámicamente. De acuerdo con Bulygin, no habría ninguna pregunta adicional que tenga sentido formular acerca de la 'validez' de la primera constitución para resolver las cuestiones que pueden suscitarse sobre la identificación de los elementos del conjunto.

Para decirlo en otras palabras: en un sistema jurídico hay ciertas normas cuya pertenencia puede justificarse a partir de la pertenencia de otras normas. Se denominarán aquí 'normas derivadas' a las que poseen tal característica. Pero como los sistemas positivos son sistemas finitos de normas, no es posible que respecto de toda norma exista otra que permita justificar su pertenencia, es decir, habrá necesariamente alguna norma no derivada u originaria: en la terminología kelseniana, la primera constitución histórica. El sistema estará conformado, pues, por ciertas normas no derivadas y otras que se derivan de las primeras.⁸² Preguntarse por el 'fundamento de validez', en el sentido aquí considerado, de una norma derivada equivale a cuestionarse por las razones que justifican considerar a dicha norma como perteneciente de manera derivada al sistema. La respuesta a dicha pregunta consistirá en mostrar de qué modo esa norma se deriva de otras. Pero esta idea presupone que hay normas que no son derivadas, y respecto de ellas no habría respuesta a la pregunta por su 'fundamento de validez', en este sentido, simplemente porque la pregunta estaría mal planteada: sería tanto como preguntarse de dónde se derivan las normas no derivadas, lo cual es absurdo.

Por lo expresado, Bulygin considera que, si por 'validez' se entiende una referencia a la pertenencia de una norma a un sistema, la idea kelseniana de la norma fundante básica resultaría *superflua* para fundar la 'validez' de la primera constitución, ya que esta última sería la que define al sistema como unidad independiente, no requiriéndose por ello de ninguna norma para justificar su pertenencia al sistema.⁸³

En segundo lugar, Bulygin reconstruye la cadena de validez kelseniana que remata en la norma fundante básica tomando en consideración a la validez entendida como fuerza obligatoria. Aquí, cuando se pregunta por la validez de una norma, lo que se pretende es una justificación del deber de cumplir con ella. El deber de cumplir con una norma no podría sino ser impuesto por otra norma, a la que se considerará jerárquicamente superior a la primera. Pero para poder sostener que una norma N_1 posee fuerza obligatoria, es necesario no simplemente que una norma N_2 imponga el deber de cumplirla: se requiere además que la propia norma N_2 sea obligatoria. Si un juez condena a alguien a pasar diez años de su vida en prisión y, ante ello, el condenado pregunta por qué debe cumplir con la sentencia del juez, podría respondersele que debe hacerlo porque hay normas generales que establecen el deber de obedecer las sentencias judiciales. Pero si frente a la nueva pregunta de por qué se debe cumplir con esas normas generales se le dijera que en realidad no es obligatorio cumplirlas, no estará justificado tampoco el cumplimiento de la sentencia judicial.

De manera que, como para justificar el deber de cumplir con una norma se debe apelar a otra norma *a su vez obligatoria*, esta cadena de justificación parece conducir a un regreso hacia el infinito. Por eso, si para justificar la validez como fuerza obligatoria de una cierta norma se llega, a través de una cadena de validez, a una primera constitución histórica, ahora tendría perfecto sentido preguntarse por qué es obligatorio cumplir con la primera constitución. En otras palabras, aunque no tendría sentido preguntarse acerca del 'fundamento' de la pertenencia de las normas soberanas al sistema, sí podría preguntarse con plena sensatez por qué es obligatorio cumplirlas.

Esto es lo que habría llevado a Kelsen a postular su idea de la norma fundante básica, una norma no positiva, presupuesta en todo orden jurídico, que establecería el deber de obedecer las normas dictadas por el primer constituyente y constituiría el fundamento de validez de las restantes normas del sistema. Sin embargo, Bulygin señala que la norma fundante básica resulta *insuficiente* para fundar la validez entendida como fuerza obligatoria de la primera constitución y, consiguientemente, de todas las restantes normas del sistema. El deber de cumplir con la primera constitución solo podría surgir de una norma que así lo disponga, pero de una norma genuina, no de una 'norma pensada', no de un 'supuesto epistemológico' o 'lógico-trascendental'. Y, como si eso fuera poco, ella misma debería ser obligatoria.

Para Bulygin, en conclusión, la norma fundante básica sería o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez como pertenencia, o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria. Su presencia en la teoría kelseniana solo obedecería a la falta de distinción por parte de Kelsen de esas dos nociones. A partir de esta conclusión, como ya se indicó, Bulygin propone otorgar preeminencia a la noción descriptiva de validez como pertenencia en la *Teoría Pura del Derecho*, pues considera que optar por la noción prescriptiva de validez como fuerza obligatoria forzaría al intérprete a admitir que la concepción kelseniana se aparta del postulado fundamental del positivismo jurídico: la separación conceptual entre el derecho y la moral.⁸⁴

Es sin duda correcto que, cuando se enfrenta la pregunta sobre el fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico, es imperioso no confundir las nociones de fuerza obligatoria y pertenencia. Y si bien en términos generales esta línea de análisis del problema resulta muy convincente, hay no obstante dos precisiones que resulta pertinente formular a su respecto.

En primer lugar, en cuanto a la reconstrucción de la validez como fuerza obligatoria, no cabe duda de que la respuesta que ofrece Kelsen al problema del fundamento último de la obligatoriedad de las normas de un sistema jurídico o, lo que es lo mismo, de la fuerza obligatoria de las normas no derivadas, es inadecuada. Una norma presupuesta como la norma fundante básica no alcanza para justificar el deber de cumplir con la primera constitución. En otras palabras, si la primera constitución es la primera norma positiva de un sistema jurídico y si la obligatoriedad de cumplir con una norma solo puede ser impuesta por otra norma, entonces, por definición, la obligatoriedad de cumplir con la primera constitución solo puede ser impuesta por una norma no positiva, por ejemplo, por una norma moral. Lo que no parece justificado es concluir de ello que una teoría positivista deba abandonar la noción de validez como fuerza obligatoria pues aceptarla comprometería a renunciar a la tesis de la separación entre derecho y moral.

Kelsen no puede simplemente cortar la cadena de validez en la primera constitución, porque si ella no poseyera fuerza obligatoria no podría transmitírsela a las restantes normas del sistema. Pero el fundamento de la validez de la primera constitución no podría ser, desde su visión, una norma moral porque Kelsen identifica fuerza obligatoria con existencia o pertenencia a un sistema jurídico, y si la existencia o pertenencia al sistema dependieran de una norma moral, ello sí resultaría incompatible con su concepción positivista. No obstante, como ya se indicó, para evitar esta conclusión lo único que se requiere es abandonar la identificación entre pertenencia y fuerza obligatoria, no escoger a la primera de estas nociones y abandonar la segunda.

En la evaluación del problema de la fuerza obligatoria cobra además relevancia la distinción entre los sentidos prescriptivo y descriptivo de validez como fuerza obligatoria. Supóngase que se pregunta por la validez jurídica como fuerza obligatoria de cierta norma N_1 . Esa pregunta no puede responderse de manera completa limitándose a identificar una norma N_2 que impone el deber de obedecer N_1 , dado que se podría ahora inquirir por qué razón se debe obedecer N_2 , esto es, el problema puede replantearse con relación a la justificación de la norma justificante. A través de una serie de pasos en la cadena de validez como fuerza obligatoria se arribará, en última instancia, a la constitución originaria del sistema. Pero una vez que se llega a ese punto, no existe por definición posibilidad de fundar su validez en otra norma *jurídica*. Si la validez jurídica en el sentido de fuerza obligatoria de una norma N_1 se interpreta como equivalente a la existencia en el sistema de otra norma jurídica N_2 que prescribe el deber de obedecer N_1 (sentido descriptivo de fuerza obligatoria), la pregunta acerca de la validez jurídica como fuerza obligatoria de la constitución originaria no tiene más sentido que la pregunta acerca del fundamento de su validez como pertenencia al sistema. No se trata, tal como lo presenta Bulygin, de que en este sentido de validez, una idea como la de la norma fundante kelseniana resulte insuficiente para justificar la validez jurídica como fuerza obligatoria de la constitución originaria: la constitución originaria claramente no es válida (ni inválida) en este sentido, por la sencilla razón de que no existe norma jurídica alguna que pueda justificar el deber de cumplir con ella.

Desde luego, tiene perfecto sentido preguntarse si se debe obedecer a la primera norma positiva de un sistema jurídico, pero esa pregunta no puede interpretarse sino como relativa al deber moral de obedecerla. Ahora bien, esto no es lo que nos preguntábamos al inquirir sobre la validez jurídica

como fuerza obligatoria de la norma N_1 . Podríamos haber preguntado ya entonces por la justificación moral de N_1 , si bien, por cierto, habría sido un tanto extraño considerar que esa era una pregunta relativa a la validez *jurídica* de N_1 . En consecuencia, cuando se pregunta si cierta norma jurídica es válida en el sentido de si posee fuerza obligatoria, esa pregunta puede entenderse como relativa a su justificación jurídica o a su justificación moral, y estas dos cuestiones se refieren a diferentes marcos normativos que, desde una perspectiva positivista, no necesariamente tienen por qué coincidir. Considerar que una noción relativa de validez jurídica como fuerza obligatoria presupone una noción de validez absoluta, asimilada a la corrección moral, implica confundir una característica formal de las normas jurídicas, vinculada con la estructura jerárquica del derecho, con una pregunta sustantiva acerca de su fuerza moral.

En segundo lugar, en lo que respecta a la reconstrucción de la validez como pertenencia de normas a un sistema jurídico, es decir, a la identificación de sus elementos componentes, como vimos Bulygin estima que la justificación de la pertenencia de las normas originarias de un sistema jurídico no requeriría de nada parecido a la norma fundante kelseniana, puesto que esas normas serían parte del sistema correspondiente por definición.

Aunque esta idea está bien orientada, algo parece faltar aquí para contar con una solución adecuada del problema planteado. Una vez que se deja de lado la identificación entre fuerza obligatoria y pertenencia, y se centra la atención exclusivamente en la cuestión de la identificación del derecho, es correcto que debe diferenciarse el análisis de la pertenencia de las normas derivadas del análisis de la pertenencia de las normas originarias. Como desde el punto de vista práctico la pregunta por la validez entendida como pertenencia se plantea normalmente respecto de las normas derivadas, no de las originarias, y la respuesta a dicha pregunta remite a la creación regular de las normas, esto lleva a que ordinariamente se identifique validez con creación regular. Pero si se identifica validez con creación regular, como ya se dijo, las normas originarias no pueden ser calificadas ni como válidas ni como inválidas en este sentido. Si en cambio se identifica la validez con la pertenencia al sistema, en tal caso las normas originarias de un sistema jurídico son, sin duda, normas válidas, y su validez como pertenencia no necesita ser justificada por referencia a otra norma *de carácter prescriptivo*. Ahora, ¿qué significa exactamente decir que las normas originarias pertenecen al sistema 'por definición'?

Si con ello se quiere decir que las normas que integran un sistema jurídico son solo su norma originaria (su primera constitución histórica, en lenguaje kelseniano) y las normas que de ella se derivan, y que para justificar la pertenencia al sistema de la norma originaria no se requiere sumar otra norma prescriptiva, esto es, desde luego, correcto. Pero recuérdese el problema planteado por Phil: nadie puede crear o modificar normas jurídicas sin una norma que le confiera autoridad o competencia para hacerlo. De ahí que resulte perfectamente sensato preguntarse ¿de dónde proviene la competencia del primer constituyente? O, en palabras de Kelsen, ¿qué es aquello que permite interpretar al acto del primer constituyente como un acto creador de derecho y no meramente como un acto de fuerza?

Raz ha sostenido que la teoría kelseniana de la norma fundante debe examinarse críticamente en función de los problemas que pretende resolver, y que entre esos problemas se encuentran el de la identidad y el de la unidad de un sistema jurídico.⁸⁵ Desde este punto de vista, señala que la teoría fracasa debido a que la norma fundante no podría responder a la pregunta sobre qué es aquello que permite identificar a las normas de un mismo sistema jurídico. Recuérdese que para Kelsen el contenido de la norma fundante expresaría algo parecido a 'Se debe obedecer al primer

constituyente y a las normas que se derivan de la primera constitución'. Siendo ello así, a fin de identificar a la norma fundante de un sistema jurídico se debería contar previamente con algún criterio independiente para identificar a la primera constitución histórica y no a la inversa, por lo cual la norma fundante de un sistema jurídico solo podría identificarse después de haber establecido de algún otro modo la identidad del sistema jurídico del que se trate.

Raz tiene razón en que, si la norma fundante se interpreta como una norma prescriptiva que impone el deber de cumplir con la primera constitución histórica, ella presupondría algún criterio conceptual independiente para identificar a la primera constitución histórica. Lo que no advierte es que, abandonando esa interpretación de la norma fundante como norma prescriptiva, no solo es posible sino necesaria una regla adicional a la primera constitución que brinde un criterio para identificar a esta última como una norma jurídica.

Alchourrón y Martino señalan que Kelsen asigna a la norma fundante diversas funciones, entre las cuales se cuentan el conferir fuerza vinculante a las restantes normas del sistema y, además, el identificar a las normas válidas que integran un sistema jurídico, y afirman que para poder cumplir la primera función la norma fundante debería ser interpretada como una norma de conducta, mientras que para poder cumplir con la segunda debería ser entendida como una regla conceptual.⁸⁶ Sin embargo, a juicio de los autores ninguna norma podría cumplir esas dos funciones, lo cual tornaría a la norma fundante en una imposibilidad, algo que habría conducido al propio Kelsen a abandonar en su último período de producción la doctrina de la norma fundante básica:

En obras anteriores he hablado de normas que no son el contenido de significado de un acto de voluntad. En mi teoría, la norma fundamental siempre fue concebida como una norma que no era el contenido de significado de un acto de voluntad, sino que era presupuesta en nuestro pensamiento. Ahora, señores, debo confesar que no puedo seguir sosteniendo esta doctrina, que debo abandonarla. Palabra de honor: no ha sido fácil abandonar una doctrina defendida por mí por décadas. La he abandonado viendo que una norma (*Sollen*) no puede sino ser el correlato de un querer (*Wollen*). Mi norma fundamental es una norma ficticia, basada en un acto de voluntad ficticio ... En la norma fundamental se supone un acto de voluntad ficticio que, en realidad, no existe.⁸⁷

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

Si tomamos el ejemplo de un contrato, necesitamos por una parte de reglas conceptuales que especifiquen qué requisitos han de cumplirse para que algo cuente como un contrato válido y, por otra parte, prescripciones que indiquen qué consecuencias se siguen de la existencia de un contrato válido. La competencia o potestad normativa para contratar está determinada por las

primeras de tales reglas, que tienen el carácter de reglas determinativas o conceptuales. Pero esa competencia solo cobra sentido si existen además ciertas prescripciones que especifican cuáles son las consecuencias normativas que se siguen de la existencia de una instancia válida de contrato y, en términos generales, de cualquier instancia válida de producción normativa. Siendo ello así, 'contrato válido' no es, tal como lo presenta Ross, más que una expresión que se utiliza para ligar ciertos hechos antecedentes con ciertas consecuencias normativas.⁸⁸ En términos más generales, 'validez' es un término que se utiliza ambiguamente tanto en ciertas reglas determinativas que especifican las condiciones que deben satisfacerse para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma, como en ciertas normas prescriptivas que imponen el deber de obedecerla.

Esto explicaría la razón por la que Kelsen emplea ambiguamente la expresión 'validez', tanto para referirse a la 'existencia específica' de una norma (a la existencia de una norma como tal, esto es, a las condiciones que han de satisfacerse para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma, establecidos por una regla determinativa) como a su 'fuerza obligatoria' (el deber de obedecerla, establecido por una prescripción), si bien desde luego no justifica su identificación de ambos usos.

Si esto es correcto, para poder atribuir competencia para la creación de una norma de nivel 1 necesitaríamos tener en un nivel 2:

a) una (o más) reglas determinativas que establezcan las condiciones para que ciertos actos cuenten como la creación de una norma válida de nivel 1, y

b) una (o más) prescripciones que establezcan las consecuencias normativas que se derivan de la existencia de una norma válida de nivel 1.

Esto se reiterará tantas veces como estratos normativos existan, hasta un cierto nivel n , conformado por la primera constitución histórica, esto es, el conjunto de las normas originarias del sistema. Llegados a este punto, si se pregunta cuáles son todas las normas válidas en el sentido de haber sido creadas regularmente de conformidad con otras normas del sistema, parece claro que eso puede determinarse simplemente examinando las reglas que confieren potestades (las reglas determinativas) de nivel superior, mientras que la primera constitución histórica no será ni válida ni inválida en el sentido de haber sido creada regularmente de conformidad con otras normas del sistema. Pero si la pregunta se refiere, en cambio, a cuáles son las normas válidas en el sentido de pertenecer al sistema, la primera constitución histórica también debería ser considerada como una norma válida. Pero para ello se necesita justificar qué es aquello que permite considerar al primer acto de prescribir como la creación de una norma válida.

Parece fuera de discusión que si la cuestión consistiera en determinar por qué debe obedecerse la primera norma positiva de un sistema jurídico (la prescripción que justifica su validez como fuerza obligatoria), eso depende de una evaluación extrajurídica, para simplificar, de una evaluación moral. Pero si lo que se tiene en mira es la validez como pertenencia, de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita interpretar al primer acto de prescribir como la creación de una norma jurídica.⁸⁹ Una regla semejante no existe como regla positivamente dictada por nadie, pero ¿no deberíamos presuponerla para poder considerar válida, en el sentido de pertenecer al sistema, a la primera constitución histórica? Esto parece darle parcialmente la razón a Kelsen, ya que se requeriría al menos de la presuposición de una regla conceptual para poder interpretar como norma perteneciente al sistema a la primera norma positiva. Y esto también explicaría lo que

significa decir que la primera constitución histórica pertenece al sistema 'por definición': por una definición, una regla determinativa o conceptual, que no ha sido dictada por nadie pero que debe asumirse si es que ha de interpretarse a un cierto conjunto de normas como un sistema jurídico, que establece que la primera constitución histórica pertenece al sistema.⁹⁰

6.4. Modelos analíticos de reconstrucción de los sistemas jurídicos

Sobre la base de su diferenciación entre relaciones de derivación estática y relaciones de derivación dinámica, Kelsen distingue dos tipos de sistema normativos: los sistemas estáticos y los sistemas dinámicos. En un sistema estático, la norma fundante no solo sería el fundamento de validez de todas las normas del sistema, sino que además permitiría derivar el contenido de todas ellas.⁹¹ En cambio, en un sistema dinámico, la norma fundante establecería la modalidad para la producción de las normas del sistema, de modo que solo suministraría el fundamento de validez, '*pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema*'.⁹² En otras palabras, la norma fundante de un ordenamiento normativo dinámico establecería el órgano constituyente y este, a su vez, los restantes órganos y el procedimiento que ellos deberían seguir para crear las normas que constituyen el ordenamiento dinámico, pero nada establecería respecto del contenido de las normas del sistema. Por el contrario, para Kelsen, en un ordenamiento estático el contenido conceptual de cualquier norma del sistema debe ser lógicamente derivado del contenido de la norma fundante. El desarrollo del sistema consistiría en una operación cognitiva de carácter deductivo, orientada a descubrir cuáles son todas las consecuencias que se siguen de la norma fundante.⁹³

De conformidad con este criterio de distinción, un sistema normativo sería estático o dinámico de acuerdo con la naturaleza de su norma fundante. Y dado que Kelsen sostiene que todo sistema normativo tiene una y solo una norma fundante, se sigue que ningún sistema normativo podría ser a la vez estático y dinámico. Contra esta idea, Kazimierz Opalek ha sostenido que:

En el debate sobre la distinción bajo análisis se dirige la siguiente objeción: el sistema estático es concebido como un sistema compuesto solo por normas de carácter sustantivo, esto es, de normas que regulan comportamientos diversos de la creación de normas, mientras que el sistema dinámico ... es concebido como un sistema compuesto exclusivamente por normas concernientes a comportamientos productores de normas para los destinatarios. Ahora bien, tanto sistemas que no regulan la actividad de producción normativa, cuanto sistemas que no contienen normas 'sustantivas' son difícilmente concebibles.⁹⁴

De hecho, Kelsen sostiene, contrariamente a lo que parece seguirse de su propio criterio de distinción, que los principios estático y dinámico pueden '*unificarse*' y, por consiguiente, que un sistema normativo puede ser a la vez estático y dinámico, es decir, de naturaleza mixta.

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no solo implanta normas mediante la cual se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir

de las cuales –como lo particular de lo universal– pueden deducirse más normas mediante una operación lógica.⁹⁵

Es más, considera que el derecho, en cuanto '*aparece como un orden jurídico*', tiene '*esencialmente*' un carácter dinámico,⁹⁶ de lo que parece seguirse, nuevamente, que ese carácter se combina con algún aspecto estático.

Es importante advertir que Kelsen también emplea la dicotomía estático-dinámico en otro sentido, más débil que el anterior. A su juicio, todo ordenamiento jurídico es dinámico dado que su norma fundamental tendría siempre ese carácter, pero afirma que pese a ello puede ser considerado *desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico*. El sistema jurídico sería considerado desde un punto de vista estático cuando se centra la atención en el contenido conceptual de sus expresiones normativas, en tanto que sería considerado desde un punto de vista dinámico cuando se hace referencia a las autoridades y a los procedimientos seguidos para la producción de normas.⁹⁷

Sea que se asuma el sentido fuerte de la distinción estático-dinámico o esta última versión más débil, existe una dificultad básica en la teoría kelseniana para articular ambas nociones, derivada de la problemática posición que Kelsen asume respecto de las relaciones lógicas entre las normas. Como examinamos en el módulo I, en sus principales obras Kelsen defendió una concepción no cognoscitiva de las normas: a su juicio, se trata de entidades respecto de las que no se puede predicar verdad o falsedad. En la segunda edición de la *Teoría Pura* Kelsen sostiene que la lógica no puede aplicarse a las normas de manera directa, dado que esta disciplina solo se ocuparía de enunciados susceptibles de un test veritativo. No obstante, los principios lógicos, así como la noción de contradicción, si bien no podrían aplicarse a las normas, sí se aplicarían a los enunciados que las describen, es decir, a los *enunciados jurídicos*, y a través de estos últimos podrían aplicarse indirectamente a las normas:

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones –es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos– no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas ... si, conforme con la opinión tradicional, esos principios solo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas ...⁹⁸

En trabajos posteriores Kelsen extremó su posición, sosteniendo que no solo no existen relaciones lógicas entre las normas, esto es, que no cabe hablar de contradicción o de relaciones de implicación entre ellas, sino que tampoco sería posible hablar de una aplicación 'indirecta' de la lógica a las normas:

No puede hablarse de implicación de la norma individual en la norma general, o sea, de implicación del acto de voluntad –cuyo sentido es la norma individual– en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Por lo cual no puede darse un silogismo

normativo cuya premisa mayor sea una norma general válida y su conclusión una norma individual también válida.⁹⁹

... los dos principios lógicos más importantes –el de no contradicción y la regla de inferencia– no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo, ni directa ni indirectamente.¹⁰⁰

Pero, de ser ello así, no resulta claro cómo podría admitirse la posibilidad de concebir al derecho como un sistema estático, o en parte estático, de acuerdo con la propia caracterización que ofrece Kelsen de un sistema semejante. Siguiendo nuevamente a Opalek:

La posición sostenida por Kelsen sobre el tema que aquí se examina sufre un cambio que se presenta evidente si se confronta el punto de vista sostenido en la *General Theory of Law and State* de 1945 y en la *Reine Rechtslehre* de 1960 con las opiniones expresadas en la última obra *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada póstumamente en 1979. El elemento común a ambos períodos es la refutación de la razón práctica y de las normas inmediatamente evidentes. Se puede calificar al Kelsen de ambos períodos como un no cognitivista. Pero en el primer período el punto de vista no cognitivista se ve mitigado por la tesis de la aplicabilidad, si bien indirecta, de la lógica a las normas. Pero ... en la *Allgemeine Theorie der Normen* su no cognitivismo se torna radical, resultando excluida la posibilidad de aplicación de la lógica a las normas ... En su último trabajo sobre la teoría de las normas Kelsen no vuelve sobre la distinción [entre sistema normativo estático y dinámico], que resulta por consiguiente definitivamente abandonada.¹⁰¹

Como puede apreciarse, existe una seria dificultad, no resuelta adecuadamente en la teoría kelseniana, para conjugar los aspectos estáticos y dinámicos de los sistemas jurídicos.¹⁰² Una forma alternativa de advertir la misma dificultad está dada por la consideración de los criterios habitualmente empleados para evaluar la pertenencia de normas a los sistemas jurídicos.

Hemos examinado ya que todo sistema jurídico está compuesto por ciertas normas cuya pertenencia es posible derivar de otras normas –*normas derivadas*– y otras cuya pertenencia al sistema no puede derivarse de ninguna otra norma –*normas no derivadas, originarias o independientes*. Para identificar el conjunto de las normas que conforman un cierto sistema jurídico, pues, es menester especificar cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas no derivadas y cuáles son los criterios de pertenencia de sus normas derivadas. Por otra parte, si se cuenta con un criterio que permita identificar a las normas no derivadas, originarias o independientes de un sistema jurídico, ello hará posible además diferenciar a ese sistema jurídico de otros sistemas, por ejemplo, al derecho argentino del derecho uruguayo. Por consiguiente, una respuesta al problema de la identificación de las normas no derivadas responde también a la pregunta relativa a cómo distinguir un sistema jurídico de otro. Por ello, los criterios de pertenencia de las normas no derivadas funcionan también como criterios de individualización de los sistemas jurídicos.

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, los criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico comprenderían dos clases de reglas: a) reglas de admisión, que estipularían las condiciones bajo las cuales una norma pertenece al sistema señalando las fuentes de producción jurídica admitidas (legislación, jurisprudencia, etc.) y b) reglas de rechazo, que establecerían cuándo una norma

jurídica, perteneciente al sistema de acuerdo con las reglas de admisión, deja de formar parte de él (por derogación, desuetudo, etc.).¹⁰³ Estas reglas serían reglas conceptuales que, mediante su aplicación sucesiva, permitirían determinar en un número finito de pasos si una cierta norma pertenece o no a un sistema jurídico. Si se toma como ejemplo simplificado un sistema en el cual solo se admitiera a la legislación como fuente de derecho, sus reglas de admisión podrían reconstruirse del siguiente modo:

a) El conjunto de normas C pertenece a S .

b) Si una norma N_1 perteneciente a S autoriza a una autoridad x para dictar la norma N_2 , y x dicta N_2 , entonces N_2 también pertenece a S .

c) Todas las normas que sean consecuencias lógicas de las normas que pertenecen a S también pertenecen a S .¹⁰⁴

La regla a) establecería la pertenencia de las normas no derivadas al sistema S (la primera constitución en sentido kelseniano). A este criterio se lo podría denominar *criterio de extensionalidad*, puesto que tales normas solo pueden ser identificadas por enumeración, esto es, por extensión. Se trata de la regla conceptual a la que nos refiriéramos en el punto anterior, que permite interpretar al primer acto normativo de un sistema jurídico como un acto creador de derecho.

La regla b) fijaría el modo a través del cual pueden incorporarse o eliminarse normas del sistema en virtud de la legalidad del acto de su promulgación o derogación (*criterio de legalidad*). La regla c) determinaría que las normas de S no son solo aquellas que hayan sido regularmente creadas por ciertas autoridades jurídicas, sino también todas sus consecuencias lógicas, lo cual equivale a sostener que S está *clausurado bajo la noción de consecuencia deductiva*, es decir, comprende también todas sus consecuencias (*criterio de deducibilidad*). En función de estos tres criterios, sería posible identificar a todas las normas de un sistema jurídico: todo sistema jurídico estaría conformado por un conjunto finito de normas soberanas y todas aquellas otras normas que se deriven lógicamente o dinámicamente de las normas del sistema.

Se reconocerían así como criterios de pertenencia de normas jurídicas derivadas a los dos modos de derivación de normas considerados por Kelsen: la derivación estática y la derivación dinámica. Sin embargo, por las razones indicadas al comienzo de este punto y que se analizarán con mayor profundidad a continuación, estos dos criterios de pertenencia de normas no pueden ser articulados de manera satisfactoria de un modo tan simple.

Hemos visto que interpretar al derecho como un sistema obliga a seleccionar cierta relación o relaciones entre sus elementos componentes. No obstante, es una cuestión controvertida cuáles sean las relaciones relevantes que le confieren al derecho una estructura sistemática.¹⁰⁵ Las candidatas más exploradas han sido las dos comentadas, esto es, las relaciones deductivas entre normas y las relaciones de creación regular de normas. Cada una de esas relaciones determinaría un cierto criterio de pertenencia de normas a un sistema jurídico: el *criterio de deducibilidad* y el *criterio de legalidad*.

Una norma N pertenecería a un sistema jurídico S en virtud del criterio de deducibilidad si y solo si N pertenece a las consecuencias lógicas de S ; mientras que una norma N pertenecería a un sistema

jurídico S en virtud del criterio de legalidad si y solo si N ha sido creada regularmente de conformidad con una norma N_1 que pertenece a S . La creación regular de N de conformidad con N_1 dependería de la satisfacción conjunta de las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que N_1 faculte u otorgue competencia a un sujeto x a crear N ; en segundo lugar, que x haya creado la norma N . En síntesis:

Criterio de deducibilidad: $N \in_D S$ si y solo si $N \in Cn(S)$

(donde \in_D significa pertenencia en virtud del criterio de deducibilidad y $Cn(S)$ equivale a la clausura del sistema S bajo la noción de consecuencia lógica.)

Criterio de legalidad: $N \in_L S$ si y solo si $N CR N_1 \in S$
 y $N CR N_1 \in S$ si y solo si: 1) $N_1 Fx C(N)$, y
 2) $x C(N)$

(donde \in_L significa pertenencia en virtud del criterio de legalidad; $N CR N_1 \in S$ significa que la norma N ha sido creada regularmente de conformidad con lo que establece N_1 que pertenece a S ; $N_1 Fx C(N)$, que la norma N_1 atribuye competencia a una autoridad x para crear la norma N , y $x C(N)$, que la autoridad x ha creado la norma N .)

A primera vista, tal como lo indica Ricardo Caracciolo, sobre la base de estos dos criterios se podrían ofrecer cuatro diversos modelos analíticos de pertenencia:¹⁰⁶

- M_1 : $N \in S$ si y solo si $N \in_D S$
- M_2 : $N \in S$ si y solo si $N \in_L S$
- M_3 : $N \in S$ si y solo si $(N \in_D S \wedge N \in_L S)$
- M_4 : $N \in S$ si y solo si $(N \in_D S \vee N \in_L S)$

De acuerdo con M_1 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían todas aquellas que satisfacen el criterio de deducibilidad; de acuerdo con M_2 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían todas aquellas que satisfacen el criterio de legalidad; de acuerdo con M_3 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían todas aquellas que satisfacen conjuntamente los criterios de legalidad y deducibilidad, y de acuerdo con M_4 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían todas aquellas que satisfacen ya sea el criterio de legalidad o el de deducibilidad.

Una primera observación sobre estos cuatro modelos es que, debido a que tanto el criterio de legalidad como el de deducibilidad permiten justificar la pertenencia de una norma a un sistema jurídico en virtud de su relación con otras normas, ambos criterios suponen ya la preexistencia de ciertas normas en el sistema. Por eso, ninguno de los cuatro modelos puede aceptarse como una reconstrucción satisfactoria de los criterios de pertenencia de *todas* las normas de un sistema jurídico.¹⁰⁷ Si las relaciones sistemáticas no son circulares, en todo sistema jurídico debe existir al menos una norma cuya pertenencia no dependa de su relación con otras normas, esto es, debe existir al menos una norma soberana o independiente, cuya identificación, como ya hemos visto, requiere de un criterio adicional. De todas maneras, los cuatro modelos que presenta Caracciolo podrían ser interpretados como modelos de pertenencia a un cierto subconjunto de normas jurídicas: las normas dependientes o derivadas, dando por supuesto que en un sistema jurídico coexisten normas dependientes o derivadas –aquellas cuya pertenencia es una función de su

relación con otras normas— y al menos una norma independiente o no derivada —cuya pertenencia no es una función de su relación con otras normas.

En segundo lugar, si se acepta que tanto el criterio de deducibilidad como el de legalidad intentan captar prácticas de identificación de normas efectivamente empleadas por los juristas y que, por consiguiente, ambos deben jugar un papel relevante en la reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos, tanto M_1 como M_2 deberían ser descartados, porque en cada uno de ellos uno de tales criterios es dejado de lado. En cuanto a M_3 , quizás podría resultar aceptable como modelo de pertenencia de *ciertas* normas jurídicas derivadas, por ejemplo, de las sentencias judiciales —si se considera que ellas son normas jurídicas— dado que a su respecto tiene sentido exigir no solo que sean producidas por autoridades competentes para hacerlo sino, además, que su contenido se derive lógicamente de las normas generales del sistema. Pero respecto de la mayor parte de las normas jurídicas derivadas M_3 parece establecer una exigencia excesiva, al requerir la satisfacción conjunta de los criterios de legalidad y deducibilidad como condición de pertenencia.

En consecuencia, el único modelo de reconstrucción que resultaría admisible para las normas derivadas de los sistemas jurídicos sería M_4 , lo cual no significa que se encuentre libre de dificultades. Caracciolo, por ejemplo, observa dos consecuencias problemáticas a su respecto. Por una parte, de conformidad con M_4 , si una autoridad promulga una norma que puede derivarse lógicamente como consecuencia de otras normas que integran el sistema jurídico, ella formaría parte de dicho sistema con independencia de la legalidad o ilegalidad del acto de su promulgación. Por otra parte, si en cambio una persona tiene competencia para promulgar cierta norma N , su contenido resultaría indiferente para decidir sobre su pertenencia.¹⁰⁸

Estas aparentes objeciones pueden no obstante responderse satisfactoriamente. Con relación a la primera, ha de advertirse que ella se deriva de un uso ambiguo de la noción de ‘norma’. Solo bajo una concepción semántica pura de las normas podría presentarse esta consecuencia del modo en el que lo hace Caracciolo: si por ‘norma’ se interpreta el significado de ciertas formulaciones, entonces podría plantearse el caso de que en un sistema jurídico una autoridad incompetente haya dictado una norma que a su vez podía ya derivarse lógicamente de otras ya existentes. Bajo esta interpretación existe una única norma en juego, pero el caso no tiene nada de contraintuitivo: el sistema permite derivar lógicamente cierta norma N en un tiempo t_1 ; en un tiempo t_2 la autoridad incompetente A dicta la misma norma. Ese acto, en virtud de la incompetencia de A , no produce ningún cambio en el sistema, no obstante lo cual la norma N lo integra, pero lo integra porque ella ya formaba parte del sistema antes de que A la promulgara: su acto es irrelevante respecto de la pertenencia de N al sistema. Si en cambio se adopta una concepción sintáctica de las normas, en sentido estricto no podría hablarse de *normas* lógicamente derivadas en tanto ellas no cuentan con una formulación. Y si se amplía esta concepción de las normas para calificar como tales a las normas lógicamente derivadas, en la medida en que ellas pueden al menos formularse en el lenguaje, en el ejemplo considerado no existiría una sino dos normas en juego: la formulación dada a conocer por la autoridad incompetente y la que es posible formular como consecuencia lógica de la pertenencia de otras normas al sistema. Si se adopta una concepción sintáctico-semántica de las normas, existirían igualmente dos normas en el ejemplo: la correlación de cierto significado a la formulación dada a conocer por la autoridad incompetente y la correlación de ese mismo significado a una formulación que puede derivarse como consecuencia de la pertenencia de otras normas al sistema. De modo que en ninguno de tales casos podría decirse que aquí existe *una única* norma que ha sido dictada por una autoridad incompetente y que, pese a ello, integra el sistema por derivarse lógicamente de otras normas del sistema.

En cuanto a la segunda dificultad apuntada por Caracciolo, el hecho de que la autorización conferida a cierta autoridad para promulgar N torne indiferente cuál sea su contenido para decidir sobre su pertenencia al sistema parecería chocar con la idea de que una norma cuyo contenido es incompatible con otras de jerarquía superior no puede considerarse parte del sistema. Sin embargo, como respuesta a esta posible objeción se podría sostener, en primer lugar, que los eventuales conflictos que se generen por la introducción de normas en virtud del criterio de legalidad han de ser resueltos en el nivel de la aplicación de las normas, no en el de su pertenencia al sistema. Y, en segundo lugar, aunque la cuestión deba dilucidarse en el nivel de la pertenencia de normas, bastaría con introducir una restricción adicional en la caracterización de la noción de competencia, o de creación regular de normas, para evitar esta dificultad. Podría sostenerse que solo se considerarán regularmente creadas aquellas normas que hayan sido promulgadas por alguien autorizado en virtud de otra norma, siempre y cuando la norma creada no resulte incompatible con una jerárquicamente superior.¹⁰⁹ Si el caso planteado parece contraintuitivo, ello se debería, en todo caso, al modo demasiado esquemático en el que se reconstruyen las normas que atribuyen potestades de creación normativa.

Aunque, en razón de lo expuesto, estas dos objeciones podrían ser respondidas, subsiste un problema mucho más grave para admitir a M_4 como una reconstrucción adecuada de los criterios de pertenencia de normas derivadas a un sistema jurídico. En la medida en que el criterio de deducibilidad toma como relevante la relación de consecuencia lógica, solo puede ser considerado como un criterio de pertenencia de normas a un conjunto. Ahora, la identidad de un conjunto depende enteramente de la identidad de los elementos que lo componen, de manera tal que los conjuntos conforman entidades estáticas. Esto significa que, si se quiere agregar un elemento x a un conjunto A , el resultado de dicha operación será la obtención de un nuevo conjunto B , distinto del anterior, y si un elemento x perteneciente a un conjunto A pretende ser eliminado, el resultado de dicha operación será la obtención de un nuevo conjunto B .

En cambio, el criterio de legalidad pretende dar cuenta de la naturaleza dinámica del derecho, esto es, de la idea de que el contenido del derecho puede cambiar, sin que por ello el derecho pierda su identidad. A diferencia de los sistemas morales, que no se encuentran abiertos a cambios deliberados, los sistemas jurídicos contienen normas que regulan la potestad normativa de incorporar o eliminar contenidos normativos. Esas normas que confieren potestades normativas definen a las autoridades normativas y regulan el ejercicio de la competencia jurídica.

Siendo ello así, si se concibe a los sistemas jurídicos como conjuntos de normas –entre otros posibles elementos– el criterio de deducibilidad puede ser tomado como un criterio de pertenencia de normas a sistemas semejantes, no así el criterio de legalidad. Por el contrario, si se concibe a los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos, los cuales no pueden ser reconstruidos tan sencillamente en términos de conjuntos de normas, sino más bien como *sucesiones o secuencias de conjuntos de normas a lo largo del tiempo*,¹¹⁰ el criterio de legalidad puede ser tomado como criterio de pertenencia de conjuntos de normas a tales secuencias, no así el criterio de deducibilidad. La razón de esto es que, bajo esta interpretación, la unidad que persiste pese a los cambios de normas en el tiempo es una secuencia de conjuntos que son reemplazados por otros con cada acto válido de promulgación, reforma o derogación de normas. De modo que, en este enfoque, las normas pertenecen a conjuntos estáticos que, a su vez, pertenecen a una secuencia dinámica, y lo que especifica el criterio de legalidad es cuándo se admitirá un nuevo conjunto en esa secuencia como resultado de un acto de modificación normativa. Por

consiguiente, los dos criterios no pueden determinar la pertenencia de una misma clase de elementos a una entidad única: el criterio de deducibilidad puede constituir en todo caso un criterio de pertenencia de normas a un conjunto estático, mientras que el criterio de legalidad solo puede constituir un criterio de pertenencia de conjuntos a una secuencia dinámica.

Concebir al derecho como un conjunto estático de normas resulta particularmente apropiado para tratar de reconstruir los sistemas de normas que resultan relevantes para la solución de un caso. Desde este punto de vista, la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a determinar las consecuencias que se siguen de ciertas normas con respecto a un problema jurídico teórico o práctico en un contexto específico, esto es, se busca reconstruir el tipo de operación que llevan a cabo los juristas cuando examinan las soluciones que se derivan del derecho vigente respecto de un caso real o hipotético, y los órganos jurisdiccionales cuando deben justificar sus fallos respecto de un conflicto que se les somete a su decisión.¹¹¹ En este enfoque, la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de consecuencia lógica.

En cambio, concebir al derecho como una unidad dinámica permite examinar de un modo formalmente adecuado el producto de los actos de promulgación, reforma y derogación de normas. Aquí la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a distinguir al derecho de otros sistemas normativos, centrando la atención en el hecho de que autoridades de diferentes jerarquías promulgan y derogan normas orientadas a regular la conducta de cierto grupo social. Esta segunda noción de sistema jurídico no puede ser adecuadamente explicada en términos de un sistema estático, puesto que el derecho de una comunidad política posee naturaleza dinámica, en el sentido de que su contenido cambia como consecuencia de actos de promulgación, reforma o derogación de normas. En esta intelección, la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de legalidad de los actos de producción normativa.

A continuación examinaremos en primer lugar la noción estática de sistema jurídico, para luego ocuparnos de la noción dinámica.

7. Sistemas de normas aplicables

7.1. Identificación de normas aplicables

A veces, cuando se concibe al derecho como un sistema desde un punto de vista estático se tiene en mente el extensísimo conjunto de todas las normas producidas por la acumulación y ordenación jerárquica de las diversas fuentes normativas de producción jurídica que constituyen un derecho nacional en un cierto momento. Podríamos denominar *macrosistema* a esta noción de sistema jurídico estático, que es la que subyace a muchos de nuestros usos de la expresión 'sistema jurídico'. Desde luego, en la práctica ningún jurista se ha ocupado nunca –ni podría de hecho ocuparse– de identificar todos los componentes de ese inmenso sistema.

Otras veces, desde este mismo punto de vista estático, se utiliza en cambio la expresión 'sistema jurídico' para referirse a una entidad mucho más manejable y de mayor utilidad práctica: el limitado conjunto integrado por ciertas normas agrupadas con un propósito concreto por un cierto operador jurídico (juristas, jueces, abogados). Podríamos denominar *microsistema* a esta noción de sistema jurídico estático.¹¹²

De los diferentes objetivos que puede perseguir la configuración de un microsistema semejante, uno de los más importantes está dado por la identificación de todas las consecuencias que se siguen de ciertas normas que resultan relevantes para la solución de un problema jurídico en un contexto específico. Una exigencia que posee particular importancia con relación a este modo de concebir la reconstrucción sistemática del derecho es aquella que sostiene que los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas.¹¹³ No exigimos simplemente de los jueces que pongan fin a las controversias que se les someten a su decisión, sino que las resuelvan de un modo *no arbitrario*.¹¹⁴ Y para que una decisión no sea arbitraria se requiere que el juez aplique al caso las normas que resulten adecuadas o relevantes.¹¹⁵ Podría denominarse *aplicables* a las normas que genéricamente satisfacen esta condición.

Con algo más de precisión, Bulygin ha caracterizado a una norma N_1 como *aplicable* a cierto caso c cuando existe otra norma N_2 en el sistema jurídico que impone el deber de aplicar N_1 a c .¹¹⁶ La noción de aplicabilidad sería así una relación triádica entre la norma N_1 , la norma N_2 y el caso c . Cuando se afirma que una norma es aplicable a un caso no se estaría entonces prescribiendo la obligación de aplicarla, sino informando que del sistema jurídico se sigue el deber de aplicarla a un cierto caso. En consecuencia, este concepto de aplicabilidad sería descriptivo y relativo a lo que disponga el sistema jurídico considerado.

A decir verdad, resultaría enteramente superfluo que una norma dispusiera el deber de aplicar otra norma concreta a un caso. Imagínese una norma N_1 que estableciera una sanción a quienes se apoderan ilegítimamente de algo ajeno, y otra norma N_2 que dispusiera el deber de aplicar N_1 a los casos en los que alguien se apodera de algo ajeno. Si se suprimiera N_2 , las cosas seguirían exactamente igual: se debería sancionar a quienes se apoderan ilegítimamente de algo ajeno porque así lo dispone N_1 . En situaciones ordinarias no se necesita que una norma jurídica aclare que otra debe ser aplicada a los casos que ella regula: basta con que el legislador dicte ciertas normas regulando ciertos casos, pues se asume que los jueces y demás órganos de aplicación deben usar esas normas como fundamento de sus decisiones en los casos que ellas regulan. No obstante, hay situaciones en las que puede tener perfecto sentido el dictado de una norma que establezca sobre los jueces el deber de aplicar cierta *clase de normas* para la resolución de cierta *clase de casos*. Considérense los siguientes ejemplos de normas tomadas del Código Civil y Comercial y del Código Penal argentinos:

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:

Artículo 1: 'Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho'.

Artículo 3: 'Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada'.

Artículo 4: 'Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales'.

Artículo 5: 'Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen'.

Artículo 7: 'Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo'.

Código Penal de la Nación Argentina:

Artículo 1: 'Este código se aplicará: 1: Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2: Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo'.

Artículo 2: 'Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho'.

Obsérvese en primer lugar que, de conformidad con los artículos 1 y 3 del Código Civil y Comercial argentino, los jueces tienen el deber de resolver los casos que se les sometan a su decisión mediante una decisión fundada en aquellas normas que resulten aplicables, debiendo entenderse aquí que una norma es aplicable a un caso cuando este queda comprendido en el supuesto de hecho de la norma.

En cuanto a las demás normas transcritas, repárese en que el legislador bien podría haber redactado cada una de las normas civiles y comerciales con una cláusula del tipo 'Para todos los habitantes del territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, desde el octavo día de la publicación de la presente y con respecto a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...'. Del mismo modo, podría haber redactado cada una de las normas penales con una cláusula del tipo 'Todo aquel que en el territorio de la Nación Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción, o en el extranjero cuando el autor sea un agente o empleado de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, ... será sancionado con pena de ... siempre que con posteridad no se dicte una ley más benigna, en cuyo caso se le aplicará esta última'. Por supuesto, el resultado sería un cuerpo normativo sumamente extenso, insoportablemente reiterativo y muy engorroso.

La opción escogida por nuestros legisladores, más simple y elegante, por cierto, ha sido en cambio reunir en las partes generales de los citados códigos disposiciones relativas a las condiciones

temporales, espaciales y personales de aplicación de todas las restantes normas que los integran. Eso hace que, por razones prácticas, algunas de las condiciones de aplicación de las normas no surjan de su propia formulación, sino que están especificadas en normas especiales, que se refieren a la aplicabilidad de otras normas.

Podría entonces definirse a la aplicabilidad de una norma del siguiente modo: una norma N es aplicable a un caso individual c , que es una instancia de un caso genérico C , si y solo si N posee una cierta propiedad P , y es posible derivar del sistema jurídico el deber de aplicar a todos los casos C aquellas normas que posean la propiedad P . No se requiere aquí para que una norma sea aplicable que una norma diferente imponga el deber de aplicarla, dado que podría ser que ese deber se derive simplemente del principio general según el cual los jueces deben justificar sus decisiones en normas jurídicas válidas. Se precisa además que la aplicabilidad se regula para clases de normas y clases de casos, no para normas concretas y casos individuales.

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

Examinando el primer problema, Bulygin propone distinguir lo que denomina *tiempo externo* y *tiempo interno* de una norma jurídica. El tiempo externo de una norma jurídica sería la secuencia de todos los momentos temporales en los cuales ella pertenece al orden jurídico. Por contraste, el *tiempo interno* de una norma jurídica sería la secuencia de todos los momentos temporales en los cuales ella es *aplicable* a algún caso.¹¹⁷ La distinción entre los dos conceptos resulta útil pues permite apreciar que el tiempo externo no necesariamente tiene que coincidir con el tiempo interno. Una norma puede pertenecer a un sistema jurídico en un tiempo t_1 sin ser aplicable a un caso que se verifique durante ese lapso, tanto como resultar aplicable a un caso acaecido en un tiempo t_1 sin pertenecer al sistema jurídico en t_1 . Ello permitiría explicar por qué muchas veces los jueces se ven precisados a aplicar normas que han sido derogadas al tiempo en que la decisión debe ser tomada, y por qué muchas normas que ya han sido incorporadas a un sistema jurídico no son, sin embargo, aplicables sino hasta pasado un cierto período de tiempo.

Supóngase que en un código penal encontramos un artículo que reza: 'Todo el que mate a otro deberá ser sancionado con una pena de diez años de prisión'. No hay en este enunciado ninguna referencia al tiempo interno, esto es, a los momentos temporales en los que ella es aplicable a ciertos casos. Sin embargo, a falta de indicación expresa se podría pensar que esta norma es aplicable a cualquier homicidio acaecido en cualquier momento posterior a la incorporación de la norma al código penal. Ahora supóngase que en algún momento posterior este artículo es reemplazado por otro que establece: 'Todo el que mate a otro deberá ser sancionado con una pena de veinte años de prisión'. Una persona comete homicidio en un tiempo anterior a la modificación del código penal, pero mientras el proceso judicial se desenvuelve, el nuevo artículo es sancionado, y cuando el juez ha de tomar su decisión ya pertenece al sistema jurídico correspondiente a ese momento la nueva norma. ¿Debe el juez sancionar con prisión de veinte

años o con prisión de diez años al homicida? Si en el sistema jurídico de referencia existe una norma semejante al artículo 2 del Código Penal argentino, según el cual en los casos penales en los que se presente una situación como la analizada el juez debe aplicar la norma más benigna para el imputado, la norma aplicable sería aquella que ha sido derogada. Con este ejemplo se advierte que la norma que el juez tiene el deber de aplicar respecto de un caso puede no ser aquella que se encuentra vigente al tiempo en el que ha de tomar su decisión.

En cuanto a las condiciones espaciales de validez, como se dijo, el principio general es que las normas de un país se aplican a todos los casos acaecidos en su territorio. No obstante, ese principio general cede en ciertos supuestos. Por ejemplo, supóngase que, frente al fallecimiento de un argentino con diversos bienes en el país, sus herederos en Argentina inician un proceso sucesorio ante un juez argentino. Aunque pueda parecer extraño, ese juez puede tener el deber de utilizar como fundamento de sus decisiones las normas sucesorias, no de la Argentina, sino, por ejemplo, de Rumania, si es que el último domicilio del fallecido se encontraba en ese país, dado que el artículo 2644 del Código Civil y Comercial argentino dispone que las sucesiones se rigen por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Una rama íntegra del derecho, el derecho internacional privado, tiene por objeto, precisamente, el estudio de cuál es la ley aplicable cuando un caso presenta puntos de conexión con diversos Estados nacionales.

Como puede apreciarse a partir de situaciones como las comentadas, la identificación del sistema de normas aplicables a un caso puede requerir apartarse de las normas válidas al momento en que el caso se produjo, o al momento en que el caso ha de ser decidido, y tomar en cuenta normas que ya han sido eliminadas del sistema jurídico, e incluso normas que nunca han sido parte de él. Tiene sentido hablar de *sistemas* de normas aplicables a un caso porque, una vez identificadas ciertas normas como aplicables, habrá que examinar cuáles son las consecuencias que se siguen de ellas respecto del problema considerado, de modo que tales sistemas se conciben como comprensivos de todas sus consecuencias. En otras palabras, como ya se indicó, la relación entre normas que define aquí la estructura sistemática es la relación de consecuencia lógica. Tales sistemas pueden estar conformados por una única norma de base o por varias normas que regulan diferentes aspectos del caso. También, en el caso límite, podría resultar vacío, si es que el caso (o alguno de sus aspectos) no se encuentra regulado, o podría estar integrado por varias normas que regulan el mismo aspecto del caso y lo hacen de modo incompatible entre sí. En otras palabras, el sistema de normas aplicables a un caso puede resultar *incompleto* o *inconsistente*.

Cuando el sistema de normas aplicables respecto de un caso está conformado por varias normas incompatibles, el sistema jurídico puede suministrar al juez criterios de elección para escoger entre ellas.¹¹⁸ Esos criterios son denominados por Bulygin 'criterios de aplicabilidad'.¹¹⁹ Ellos tendrían la forma de directivas dadas a los jueces estableciendo qué normas deben aplicarse en un caso dado frente un conflicto entre las potencialmente relevantes. De manera que serían normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas, esto es, normas de un nivel superior o meta-normas, que imponen a los jueces el deber de aplicar ciertas normas del primer nivel.

De acuerdo con Bulygin, los criterios de aplicabilidad cumplirían tres funciones: i) determinarían entre qué normas debe efectuarse la comparación a fin de establecer cuál es la que resulta aplicable a un caso; ii) establecerían relaciones jerárquicas –que serían relaciones ordenadoras– entre las normas potencialmente relevantes, y iii) impondrían sobre los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior de conformidad con esas relaciones jerárquicas. Bulygin sostiene que aun cuando el sistema vigente al tiempo en el que ha de tomarse una decisión no

resulta privilegiado, en el sentido de que la pertenencia de una norma a ese sistema no sería decisiva para su aplicabilidad, hay un aspecto en el que dicho sistema revestiría especial importancia: los criterios de aplicabilidad sí deberían pertenecer al sistema en vigor en el momento en que el juez dicta sentencia.¹²⁰

En crítica a estas consideraciones sobre los criterios de aplicabilidad, Daniel Mendonca ha señalado que las distintas funciones que el profesor argentino les asigna a los criterios de aplicabilidad resultan en realidad inconciliables con la idea –también sostenida por Bulygin– de que las categorías de reglas conceptuales y normas de conducta serían mutuamente excluyentes.¹²¹ Esto es correcto, y como parece importante preservar la mentada distinción, sería aconsejable diferenciar dos distintas especies de reglas vinculadas con la noción de aplicabilidad: la regla conceptual que permite identificar cuándo una norma es aplicable en virtud de que satisface ciertos requisitos, y la norma de conducta que impone al juez la obligación de aplicar la norma así identificada a ciertos casos.

En sentido estricto, la norma aplicable a cierto caso frente a otras en conflicto con ella no se identifica por poseer cierta propiedad, sino por encontrarse en cierta relación con otras normas. Por ello, podría resultar esclarecedor distinguir entre las dos reglas siguientes. En primer lugar, una regla conceptual que especifica que, para toda norma N , si ella pertenece al conjunto de los mejores elementos de un conjunto de normas S de conformidad con cierta relación R de preferencia, entonces será aplicable a la clase de casos C . Esta regla es meramente conceptual, por cuanto no impone ningún deber, sino que brinda un criterio para la identificación de la norma aplicable a un caso en función de su relación con otras normas de un conjunto. Ese conjunto de normas será el conjunto de todas las normas que aparezcan como buenos candidatos para ser aplicadas a la clase de casos C , por ejemplo, todas las normas pertenecientes a los distintos sistemas jurídicos que fueron sucediéndose en el mismo orden jurídico entre las cuales habrá que elegir para resolver casos C . Como se dijo, ese conjunto de normas puede ser vacío,¹²² puede contener una sola norma o una pluralidad de normas. Si son varias e incompatibles, para poder elegir entre ellas se requiere la especificación de una relación, pero esa relación no puede ser de cualquier especie: debe permitir seleccionar una norma como aquella que resulta aplicable.¹²³

La segunda regla sería en cambio una norma de conducta que impone al juez el deber de aplicar a los casos C la norma identificada de conformidad con la relación de preferencia especificada por la regla conceptual antes indicada.¹²⁴

Desde luego, es posible que en las formulaciones normativas de un ordenamiento jurídico concreto no se discrimine entre las dos especies de reglas analizadas. Puede ser que el legislador exprese simplemente: ‘En los casos penales, los jueces deben aplicar la norma más benigna para el acusado’: un único enunciado que impone al juez el deber de aplicar cierta norma, en la medida en que ella se encuentre en cierta relación con otras normas.¹²⁵ Esto podría explicar por qué Bulygin atribuye a los criterios de aplicabilidad tanto la función de determinar qué normas han de compararse y las relaciones jerárquicas entre ellas, como la de imponer sobre los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás de acuerdo con esas relaciones jerárquicas.

En resumen, si bien parece importante distinguir entre las diferentes especies de reglas relacionadas con el concepto de ‘aplicabilidad’, ello no debe llevar a creer que esta noción se pueda independizar completamente del deber de los jueces de aplicar una norma a un caso. Es que

el predicado 'aplicable', como otros predicados jurídicos, no hace más que relacionar un conjunto de circunstancias con determinadas calificaciones normativas. Para remarcar este carácter relacional del concepto de aplicabilidad de una norma puede resultar importante distinguir las dos clases de reglas que aquí se han discriminado.

7.2. Aplicabilidad y casos regulados

En diferentes trabajos Moreso y Navarro propusieron diferenciar dos nociones de aplicabilidad de las normas jurídicas, a las que denominaron *aplicabilidad externa* y *aplicabilidad interna*.¹²⁶ La aplicabilidad externa coincidiría básicamente con la noción que reconstruyéramos en el punto precedente: una norma N_1 sería externamente aplicable en un tiempo t respecto de cierto caso individual c , que es una instancia de un caso genérico C , si y solo si otra norma N_2 que pertenece al sistema jurídico en t obliga o permite aplicar N_1 a los casos individuales que son instancias de C . En cambio, una norma N sería internamente aplicable en un tiempo t respecto de cierto caso individual c si y solo si c es una instancia de un caso genérico C , y C es definido por los ámbitos de validez espacial, material, personal y temporal de N .

Esta caracterización de la noción de aplicabilidad interna resulta, sin embargo, problemática. En primer lugar, recurrir a la idea kelseniana de los *ámbitos de validez* no parece muy esclarecedor si ella misma resulta poco clara. ¿Qué significa decir que una norma *vale* en cierto lugar, para cierto tiempo, respecto de ciertas personas y con relación a ciertas conductas, si 'validez' es un término ambiguo en la *Teoría Pura*? En segundo lugar, incluso si se precisa la caracterización kelseniana diferenciando –como lo hemos hecho– distintos sentidos de validez, de acuerdo con lo que se expuso en el punto precedente las principales cuestiones que justifican el dictado de normas que se refieren a lo que Moreso y Navarro calificarían como la aplicabilidad externa de otras normas se relacionan, precisamente, con tres de los ámbitos de validez kelsenianos: el espacial, el personal y el temporal. En otras palabras, lo que justifica que se dicten normas que se refieren al deber de aplicar otras normas es aislar en normas específicas las circunstancias vinculadas al tiempo, lugar y personas a las que se refiere todo un conjunto de otras normas, de modo que respecto de estos tres aspectos las nociones de aplicabilidad externa e interna colapsarían.

El único margen que restaría para lo que Moreso y Navarro califican como aplicabilidad interna estaría dado por el ámbito material de validez de una norma, pues no parece que tenga sentido, por las razones ya indicadas, el dictado de otra norma que establezca el deber de aplicar cierta norma a los casos comprendidos en su ámbito material de validez. Ahora, la razón a la que ello obedece es que una norma semejante resultaría por completo innecesaria, dado que asumimos que las normas deben ser aplicadas a los casos que se encuentran comprendidos dentro de su alcance, esto es, a los casos que caen dentro de su campo de significación. Por consiguiente, aunque por cierto se puede sostener que no es lo mismo afirmar que una norma es aplicable a un caso porque lo regula, y afirmar que una norma es aplicable a un caso porque los jueces tienen el deber de usarla como fundamento de sus decisiones frente a ciertos casos, si ese deber –como intentaremos mostrar más detenidamente en lo que sigue– no puede sino referirse a normas que regulan tales casos, el interés de la distinción se desvanece.

Una dificultad adicional respecto de la noción de aplicabilidad interna está dada porque ella resultaría por completo indeterminada si no se asume un cierto criterio de identidad de las normas. Establecer qué casos regula una norma y, por consiguiente, respecto de qué casos ella

sería internamente aplicable, depende de cómo se identifique a las normas. Moreso y Navarro consideran el hipotético supuesto de una norma N_1 del derecho irlandés que impone una pena a quien provoque un aborto, y otra N_2 del mismo sistema que establece que la norma anterior será aplicable a los abortos provocados dentro del territorio de Irlanda.¹²⁷ ¿Deberíamos decir que un aborto provocado en un país diferente constituiría un caso no regulado por N_1 , esto es, que N_1 no es internamente aplicable a ese caso, o más bien que N_1 sí lo regula, pero que N_2 restringe la aplicabilidad externa de N_1 a los abortos provocados en el territorio irlandés?

La respuesta de Moreso y Navarro a esta pregunta es vacilante: por una parte, citando a Raz, parecen considerar que debería preferirse un criterio de identidad de las normas que las mantenga lo más cerca posible de las unidades textuales a través de las cuales ellas se expresan.¹²⁸ Pero acto seguido aceptan que, en realidad, el material jurídico puede reconstruirse de muy diversos modos, y que no existe ningún test crucial y comúnmente aceptado para privilegiar alguno de ellos en particular. Claro que si esto fuera así, es decir, si no hubiera razones para preferir algún criterio de identidad de las normas frente a otros posibles, entonces tampoco se dispondría de ningún criterio para determinar qué casos regulan las normas y cuáles no y, por ello, para determinar a qué casos resultan internamente aplicables.

Estas vacilaciones son enteramente comprensibles: aunque constituye una cuestión enteramente convencional escoger un criterio de identidad de las normas como el sugerido por Raz, como hemos visto, no es más que una cuestión de conveniencia práctica el que la imaginaria norma irlandesa sobre el aborto, así como todas las restantes que tipifiquen delitos, no especifique ella misma su ámbito territorial de aplicación, sino que se reúna en una única disposición las condiciones espaciales de aplicación de todas esas normas. De manera tal que, aunque tomada aisladamente la norma N_1 parece regular el caso de un aborto cometido fuera de Irlanda, ella sin dudas no resulta aplicable a ese caso, y no resulta aplicable a él porque el sistema irlandés como un todo no lo regula. Discutir si N_1 no es externamente aplicable pese a ser internamente aplicable, o si más bien no es externamente aplicable porque ni siquiera es internamente aplicable, es tan insustancial como discutir de cuántas normas está 'en verdad' compuesto el sistema jurídico irlandés.

Por eso, parece razonable asumir que una condición necesaria para considerar aplicable una norma a un caso, en el sentido de que los jueces tienen el deber de aplicarla (*aplicabilidad externa*, de acuerdo con la terminología de Moreso y Navarro), es que ella regule ese caso (sea internamente aplicable), pues la idea de que una norma pueda imponer sobre un juez el deber de utilizar como fundamento de su decisión frente a cierto caso una norma que no lo regula resulta algo extravagante. Los pocos contraejemplos que se han sugerido para intentar justificarlo no resultan convincentes.¹²⁹

Así, por ejemplo, un argumento al que podría apelarse para intentar sostener que en ciertas ocasiones los jueces tienen que fundar sus decisiones frente a un caso en normas que no lo regulan estaría dado por los supuestos de aplicación analógica de normas. Por ejemplo, el artículo 1541 del Código Civil español establece que el contrato de permuta se rige por las disposiciones concernientes a la compraventa en todo lo que no se hubiere determinado especialmente a su respecto. Dado que la permuta obviamente no es una compraventa, se podría pensar que esta norma establece el deber de aplicar las normas de la compraventa a ciertos casos que ellas no regulan. En otras palabras, que la aplicabilidad interna no resultaría una condición necesaria de la aplicabilidad externa.

Sin embargo, no hay ninguna necesidad de reconstruir las cosas de ese modo. Supóngase que se ha celebrado un contrato de permuta entre las partes, y se requiere de un juez una decisión, por ejemplo, acerca de si el actor tiene o no derecho a reclamar la resolución del contrato y la restitución de la cosa por él entregada cuando la contraparte no ha cumplido con su contraprestación (pacto comisorio), y que no existe una cláusula específica al respecto. El juez no podría justificar su decisión sobre la exclusiva base de una norma que consagrara el pacto comisorio tácito para los contratos de compraventa, por la sencilla razón de que, como el caso individual aludido no es un supuesto de compraventa, no podría derivarse de la norma en cuestión ninguna solución a su respecto. Para poder hacerlo sería menester integrar de algún modo al razonamiento justificatorio lo dispuesto por un artículo como el 1541 del Código Civil español, cosa que podría hacerse considerando:

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

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

iii) que el artículo 1541 autoriza al juez a reputar relevantes las semejanzas existentes entre los contratos de compraventa y los contratos de permuta a efectos de correlacionar a todos los casos genéricos de permuta (salvo los expresamente regulados) las soluciones normativas especificadas para los casos genéricos de compraventa.

En ninguna de estas tres alternativas de reconstrucción es la propia norma que regula el pacto comisorio en la compraventa la que permite justificar la decisión del juez, por lo que ninguna de ellas abona la conclusión de que dicha norma es aplicable a un caso que no regula.

También se ha argumentado que podría ocurrir que en el marco de cierto sistema jurídico exista más de una norma que regule un mismo caso, esto es, que sea internamente aplicable a él, y que, sin embargo, no resulte externamente aplicable. En otras palabras, la aplicabilidad interna no resultaría condición suficiente de la aplicabilidad externa. Por ejemplo, si diversas normas establecen soluciones incompatibles respecto de un caso, es decir, en situaciones de genuina contradicción normativa, el juez deberá utilizar solo una de ellas como fundamento de su decisión, descartando las demás. En consecuencia, no sería posible descartar que, pese a que una norma regule un caso, ello no determine un deber concluyente para un juez.¹³⁰

Este argumento resulta, no obstante, tan inconcluyente como los orientados a mostrar que la aplicabilidad interna no es condición necesaria de la aplicabilidad externa. Si existe una contradicción entre varias normas que regulan cierto caso, puede ocurrir que el propio sistema suministre un criterio unívoco para resolver ese conflicto o no. En caso negativo, tendremos varias normas que regulan un caso y ninguna pauta general que obligue al juez a privilegiar una de ellas en particular. Si bien el juez no puede sino escoger alguna de las normas en conflicto, los argumentos que utilice para hacerlo no serán derivables del sistema, de lo cual se sigue que el sistema de normas (externamente) aplicables será inconsistente: todas las normas en conflicto serán entonces interna y externamente aplicables. En cambio, si el sistema sí suministra un criterio

unívoco para privilegiar a alguna de las normas en conflicto, el deber del juez será aplicar esa norma, es decir, ella será la norma (externamente) aplicable. Pero en tal hipótesis resultaría artificioso sostener que el único modo de reconstruir esta situación es considerar que existe una única norma (externamente) aplicable al caso pese a que varias lo regulan, puesto que nada impide decir que el deber del juez de aplicar una de las normas en cuestión deriva de que el propio sistema soluciona el conflicto desplazando la aplicabilidad interna de las restantes normas al caso. En otras palabras, nada impide decir que el juez debe aplicar una de esas normas porque las demás no regulan el caso.

Moreso y Navarro han explorado como otras posibles excepciones en el mismo sentido a las normas en *vacatio legis* y a los supuestos de suspensión de garantías constitucionales en situaciones de excepción –estado de sitio.¹³¹ A su juicio, se trataría de normas que pertenecen al sistema jurídico y regulan ciertos casos, pero que no resultan (externamente) aplicables a ellos. No obstante, por las razones que acaban de puntualizarse, en ambas situaciones parece más adecuado considerar que las normas en cuestión no son aplicables sencillamente porque no los regulan.

Debido a lo apuntado hasta aquí, no existen argumentos sólidos para descalificar la idea intuitiva de que si una norma regula un caso (es internamente aplicable), entonces debe ser usada por los jueces como fundamento de sus decisiones a su respecto (es externamente aplicable), y si no existe tal deber es porque la norma en cuestión no regula el caso. Por ello, en lo que sigue utilizaremos la expresión ‘aplicabilidad’ en el sentido definido en el punto precedente, prescindiendo de esta distinción entre ‘aplicabilidad interna’ y ‘aplicabilidad externa’.

7.3. Aplicabilidad y validez

Parece importante explorar, al menos someramente, las relaciones entre las diferentes nociones de validez que hemos considerado y la noción de aplicabilidad de las normas jurídicas tal como fuera caracterizada. En primer lugar, la aplicabilidad de una norma no depende de su validez en el sentido de creación regular de acuerdo con las pautas fijadas por el propio sistema al cual ella pertenece o por cualquier otro. Toda norma necesariamente regulará ciertos casos de acuerdo con su alcance o campo de significación, y si otra norma jurídica establece sobre los jueces el deber de aplicarla a ciertos casos, ella resultará aplicable a ellos con independencia de si ha sido o no creada regularmente. La validez como creación regular no es condición suficiente ni necesaria de la aplicabilidad.

En segundo lugar, tampoco la validez como pertenencia a un sistema jurídico constituye por sí sola una condición necesaria o suficiente de la aplicabilidad de una norma respecto de cierto caso. Pero si una norma pertenece a un sistema jurídico y regula un caso, ello constituye una condición suficiente para que los jueces tengan el deber de aplicarla. En otras palabras, un juez no podría ignorar aquellas normas válidas que regulan el caso que tiene que resolver, y si la decisión última del juez es que esas normas deben ser descartadas, deberá ofrecer una sólida justificación para hacerlo.

Puede ocurrir, como hemos visto, que una norma jurídica N_2 imponga sobre los jueces el deber de aplicar una norma N_1 a ciertos casos, aunque esta última ya no pertenezca al sistema jurídico en cuestión, siempre que regule el caso.¹³² Esto es lo que acontece en los supuestos de ultraactividad de las normas derogadas. E incluso algunas veces, como ocurre en los casos de conflicto de

derecho internacional privado, los jueces deben invocar normas que nunca han pertenecido a sus sistemas jurídicos para justificar sus decisiones. En tanto sus decisiones basadas en esas normas de derecho extranjero están jurídicamente justificadas, se sigue que ellas son aplicables pese a no pertenecer al sistema jurídico en cuyo marco el juez ejerce sus funciones. En esos supuestos, el sistema jurídico remite a normas extrasistemáticas a las que atribuye aplicabilidad respecto de ciertos casos debido a que el sistema no contiene ninguna norma que los regule. Por esta razón, los sistemas jurídicos han sido caracterizados como *sistemas normativos abiertos*, ya que en ocasiones confieren aplicabilidad a disposiciones que no forman parte del sistema.¹³³ La pertenencia al sistema jurídico de una norma no es, en consecuencia, una condición necesaria de su aplicabilidad a cierto caso. Ahora bien, como lo advierte Bulygin,¹³⁴ la aplicabilidad de la norma N_1 depende de la pertenencia al sistema jurídico de una norma N_2 que impone el deber de aplicarla a cierto caso, o al menos de una norma N_n perteneciente al sistema de la cual N_2 obtenga directa o indirectamente su aplicabilidad.

Por último, desde una concepción positivista del derecho, la aplicabilidad de una norma jurídica respecto de un caso no depende de su validez como fuerza obligatoria moral. La fuerza obligatoria jurídica, entendida en sentido descriptivo como la existencia de otra norma jurídica que obliga a cumplir con lo que ella dispone, es una noción íntimamente emparentada con la de aplicabilidad. De hecho, al menos a primera vista parecería que toda norma aplicable respecto de cierto caso posee fuerza obligatoria en este sentido, y viceversa.

En conclusión, podríamos decir que el microsistema conformado por el conjunto de las normas aplicables a cierto caso, es decir, aquellas que un juez debe tomar en consideración para resolverlo, puede estar integrado por normas vigentes en distintos momentos temporales del orden jurídico, o incluso por normas que no integran ningún sistema de la secuencia que conforma el derecho en cuyo marco el juez cumple su función. Por supuesto, decir que el sistema de normas relevantes para la solución de un caso no es idéntico a, y puede ni siquiera ser un subconjunto propio de, uno de los sistemas globales que integran en cierto momento la secuencia de un orden jurídico dinámico, no equivale a sostener que no existan relaciones más complejas entre ellos.¹³⁵

Confundir el problema de determinar qué normas pertenecen en cierto momento al derecho y el problema de identificar qué normas son aplicables a un caso puede llevar a consecuencias inaceptables. A fin de apreciarlo, considérese el siguiente caso. En 2004, la Corte Suprema de Justicia argentina hizo lugar al recurso extraordinario presentado por los querellantes, en representación del gobierno de Chile, contra la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa 'Arancibia Clavel'.¹³⁶ La sentencia de primera instancia había tenido por acreditado que Arancibia Clavel había formado parte, entre 1974 y 1978, de una asociación ilícita agravada, la Dirección de Inteligencia Nacional –DINA exterior– dependiente del entonces gobierno de facto de Chile, cuya actividad consistía en la persecución de los opositores políticos al régimen de Augusto Pinochet exiliados en Argentina. No obstante, la Cámara de Casación modificó el encuadre jurídico del delito, considerando que debía calificárselo como asociación ilícita simple, e interpretó que la acción penal se hallaba prescripta a su respecto. La Corte, con el voto favorable de cinco de sus miembros y tres disidencias, revocó en lo que a este último punto concierne la decisión de la Cámara por entender que la asociación ilícita en cuestión lo era para la comisión de delitos que debían considerarse de lesa humanidad y que, por consiguiente, resultaba imprescriptible.

Para justificar su decisión, la mayoría de la Corte tuvo que hacer un doble esfuerzo argumentativo. Por una parte, debió justificar que formar parte de una asociación de personas organizada para la comisión de delitos que correspondía calificar como de lesa humanidad era, en sí mismo, un crimen de lesa humanidad.¹³⁷ Por otra parte, debió justificar que ese delito era imprescriptible pese a que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la República Argentina en 1995, esto es, con posterioridad a los hechos bajo juzgamiento, e incluso con posterioridad a que el curso de la prescripción para los hechos del caso ya se había cumplido. El argumento central de la mayoría de la Corte en este punto consistió en sostener que:

... esta Convención solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de los hechos (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 27). ... Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (sic) ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la comunidad internacional (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, considerando 32).

En su voto en minoría, el juez Belluscio consideró, por el contrario, que la aplicación al caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad resultaba contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional), pues dicha garantía prohibiría la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho.

... tampoco se puede admitir que en virtud del *ius cogens* la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar ... aunque se considerase que tales hechos constituyeran delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del 'derecho de gentes' ... ya que la convención que había establecido esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional. El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados en esta causa 'no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a este la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter.' ... La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes ... equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos cuyo juzgamiento se trata ... (voto del juez Belluscio, considerando 16).

Lo que aquí interesa destacar de este caso es que, en lo que respecta a la imprescriptibilidad o no del delito materia de evaluación, tanto para la tesis defendida por la mayoría de la Corte como para la tesis minoritaria, la solución adecuada al caso se justificó sobre la base de normas que se

reputaron aplicables pese a que no formaban parte del derecho argentino al momento de tomarse la decisión.

En efecto, de acuerdo con el criterio de la mayoría, pese a que al momento del hecho no estaba vigente en Argentina la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, se justificó la imprescriptibilidad del delito interpretando que esa solución ya se encontraba vigente en el derecho internacional público de carácter consuetudinario, al que se interpretó como aplicable al caso. Pero las normas consuetudinarias del derecho internacional público no eran ni son (al menos por esa única razón) parte del derecho argentino. En cuanto a la posición de la minoría, se sostuvo que el principio de irretroactividad de la ley penal vedaría considerar imprescriptible al delito, de modo que pese a que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad era parte del derecho argentino al momento de resolverse la cuestión, debía ser dejada de lado y la solución del caso debía regirse por normas para entonces ya derogadas, según las cuales la acción penal debía considerarse prescripta. En conclusión, tanto para la mayoría como para la minoría de la Corte, una norma podría ser aplicable a un caso pese a no pertenecer al derecho al momento en el que la decisión se toma.

Comentando esta decisión, el constitucionalista argentino Andrés Gil Domínguez advierte la importancia de diferenciar la validez de una norma, entendida como su adecuación a las pautas de producción jurídica establecidas por normas de rango superior (lo que aquí hemos denominado validez como creación regular), de su aplicabilidad respecto de un caso. Pero acto seguido caracteriza a la aplicabilidad como la propiedad que poseería una norma en virtud de la cual ella *formaría parte de un ordenamiento jurídico* sin depender del hecho de haber sido creada válidamente según las pautas de creación jurídica arbitradas por el propio sistema.¹³⁸ Esto llevaría a concluir que todas las normas que los jueces de cierta jurisdicción tienen el deber de aplicar son también parte del derecho de tal jurisdicción. De manera que, por ejemplo, si de conformidad con las normas argentinas de derecho internacional privado un juez argentino debe aplicar a una sucesión abierta en Argentina las normas sucesorias del país del último domicilio del causante, y si en cierto caso el causante falleció con último domicilio en Francia, las normas del derecho sucesorio francés pasarían, por esa sola razón, a ser parte del derecho argentino, lo cual resulta absurdo.¹³⁹ El ejemplo más radical de esta confusión está dado por ciertas tesis defendidas por Ronald Dworkin, quien identifica el derecho con el conjunto de las normas que los jueces tienen el deber de aplicar, lo cual como veremos conduce a una representación distorsionada de su funcionamiento.¹⁴⁰

7.4. Un modelo de reconstrucción de los sistemas aplicables

Uno de los modelos de análisis más atractivos de los sistemas de normas aplicables a cierto caso es el que fuera desarrollado por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems*.¹⁴¹ Allí los autores parten de la idea de que la función básica del derecho consiste en establecer correlaciones entre ciertas descripciones de circunstancias y ciertas consecuencias normativas, es decir, en calificar una determinada conducta como obligatoria, prohibida o permitida en presencia de determinadas condiciones. Un problema normativo podría ser considerado como una pregunta acerca del estatus normativo (prohibición, permisión u obligatoriedad) de ciertas acciones, y sería analizable en función de un determinado conjunto de situaciones delimitado por cierta propiedad común –conjunto que es denominado *universo de discurso* (UD)– y de un conjunto de acciones cuya

determinación normativa está en cuestión –conjunto al que califican como *universo de acciones* (UA).

El universo de discurso es el conjunto de situaciones o estados de cosas en las que puede realizarse la acción cuyo estatus normativo interesa calificar. Algunas de las acciones pueden calificarse como *básicas*, en el sentido de que todas las demás son analizables en términos de ellas. Todo conjunto finito de acciones básicas constituye un universo de acciones. Estos dos universos –el de discurso y el de acciones– delimitan el problema bajo análisis, ya que cualquier cambio en alguno de ellos conduce a una variación del problema.¹⁴²

En un ejemplo simple, considérese el problema normativo consistente en determinar si está permitido pisar el césped del patio del College de Hartford en la Universidad de Oxford. Uno podría preguntarse bajo qué circunstancias una persona puede pisar el césped o, en otros términos, cuándo le está prohibido hacerlo. El universo de acciones del problema, entonces, tendría a *pisar el césped* como su único elemento. Y los elementos del universo de discurso serían cada una de las situaciones en las cuales es posible realizar dicha acción en el patio del College.

Si variase el universo de acciones –si en el ejemplo la cuestión planteada apuntara a calificar normativamente, no ya la acción de pisar el césped, sino la de cortarlo– el problema normativo cambiaría aun si el universo de discurso permaneciese constante. También se alteraría el problema si fuese el universo de discurso el que cambia –lo que pasaría, por dar dos supuestos, si el problema se refiriese a pisar el césped en un parque público o en un estadio deportivo. En ambos casos se trataría de un problema diferente.

Así, debería distinguirse entre el *ámbito fáctico* y el *ámbito normativo* del problema. El ámbito fáctico está delimitado por las circunstancias que se tomen en consideración al momento de calificar normativamente la acción bajo análisis. La respuesta que se ofrezca a este problema dependerá de una valoración: no cualquier circunstancia será *normativamente relevante*, en el sentido de que su presencia o ausencia determine diferencias en la calificación normativa de una acción. Al dictar normas, entonces, la autoridad valora ciertas circunstancias como relevantes y descarta otras como irrelevantes.

Las propiedades relevantes dividen a los elementos del universo de discurso en dos clases: la de los elementos en los que esa propiedad está presente y la de aquellos en los que está ausente. La ausencia de una propiedad equivale a la presencia de su propiedad complementaria (la negación de la propiedad en cuestión). Se denomina *universo de propiedades* (UP) al conjunto de las propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un universo de discurso. Cada propiedad del universo de propiedades y sus posibles combinaciones definen un *caso posible*.¹⁴³

Si se retorna a la acción de *pisar el césped* como pieza del universo de acciones y las autoridades del College han conceptualizado como relevante para determinar soluciones normativas diferentes respecto de dicha acción el ser o no profesor y que la época del año sea o no el trimestre comprendido entre los meses de abril a junio, el universo de propiedades estará constituido por dos elementos (ser profesor y estar en el trimestre comprendido entre abril y junio).

Cuando la propiedad que define un caso es una conjunción que contiene todas las propiedades del universo de propiedades o sus negaciones (pero no ambas), se dirá que el caso definido por esa

propiedad es *elemental*. Por ejemplo, el caso *ser profesor y no estar en el trimestre comprendido entre abril y junio* es un caso elemental. El conjunto de todos los casos elementales determinados por el universo de propiedades se denomina *universo de casos* (UC). El número de los casos elementales posibles de un universo de casos es una función de las propiedades del universo de propiedades que los determinan. Si n es el número de las propiedades del universo de propiedades, entonces 2^n será el número de los casos elementales, es decir, de los casos del correspondiente universo de casos.¹⁴⁴

En el problema normativo que estamos considerando hay, como se dijo, dos propiedades. Por consiguiente, en el universo de casos existirán cuatro casos elementales posibles (puesto que 2^2 es igual a 4), y la calificación normativa de la acción de pisar el césped debería analizarse en cada uno de ellos:

Caso 1	Ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio
Caso 2	No ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio
Caso 3	Ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio
Caso 4	No ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio

Si se contase con un universo de propiedades integrado por más elementos, los casos elementales aumentarían del modo comentado. Por ejemplo, desde un universo de propiedades integrado por las tres propiedades siguientes: ser profesor, estar en el trimestre comprendido entre abril y junio y que el día esté lluvioso, se obtendría un universo de casos con ocho casos (ya que 2^3 es igual a 8):

Caso 1	Ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio	Día lluvioso
Caso 2	No ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio	Día lluvioso
Caso 3	Ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio	Día lluvioso
Caso 4	No ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio	Día lluvioso
Caso 5	Ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio	No día lluvioso
Caso 6	No ser profesor	Estar en el trimestre abril-junio	No día lluvioso
Caso 7	Ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio	No día lluvioso
Caso 8	No ser profesor	No estar en el trimestre abril-junio	No día lluvioso

Los casos elementales son simples, pues no pueden subdividirse en otros casos. En cambio, si las propiedades relevantes fuesen las tres antes consideradas, un caso como *ser profesor y día lluvioso* no sería un caso elemental sino un caso *complejo*, y resultaría analizable a partir de los casos elementales: podría definírsele como una disyunción entre los casos elementales 1 (ser profesor, estar en el trimestre abril-junio y día lluvioso) y 3 (ser profesor, no estar en el trimestre abril-junio y día lluvioso).

El conjunto de todos los casos posibles determina el ámbito fáctico del problema. El ámbito normativo del problema está dado por las posibles respuestas a la pregunta que interesa resolver. Toda acción de un universo de acciones y sus combinaciones es llamada *contenido normativo* o *deóntico*. En nuestro universo de acciones conformado por un único elemento (*pisar el césped*) tendremos dos contenidos posibles: *pisar el césped* y *no pisar el césped*. Los contenidos normativos pueden ser calificados con diferentes *caracteres normativos* o *deónticos*: obligatorio (O), prohibido (PH), permitido (P) o facultativo (F). Un contenido normativo precedido por un carácter deóntico se llama *solución*.¹⁴⁵

Cuando una solución determina todos los contenidos normativos del universo de acciones se dice que ella es *maximal*. En nuestro ejemplo, donde el universo de acciones está conformado solo por la acción *pisar el césped*, una solución maximal sería aquella que calificara normativamente tanto su realización como su omisión. Así, *prohibido pisar el césped*, *obligatorio pisar el césped* y *facultativo pisar el césped* serían las tres soluciones maximales correspondientes. El conjunto de todas las soluciones maximales conforma el *universo de soluciones maximales* (USmax). El universo de soluciones maximales es el conjunto de todas las respuestas completas a la pregunta formulada. Si en cambio una solución no es maximal, no ofrecería una respuesta completa, porque habría alguna acción cuya calificación normativa resultaría indeterminada. Por ejemplo, la solución *permitido pisar el césped* no es maximal y, por ello, resulta incompleta, puesto que de ella no puede inferirse nada sobre la calificación normativa de no pisar el césped. Las soluciones que no son completas serán calificadas como *minimales*.¹⁴⁶ En consecuencia, las soluciones maximales son aquellas que califican deónticamente la realización y la abstención de cierta acción, mientras que las soluciones minimales solo califican deónticamente la realización o la abstención de una acción.

Una de las facetas más destacables de la labor de la ciencia jurídica consiste en desarrollar todas las consecuencias lógicas que se siguen de aquellas normas que conforman el sistema aplicable. Para llevar a cabo dicha tarea, el jurista debe estar en condiciones de establecer qué consecuencias jurídicas están correlacionadas con los diferentes tipos de situaciones, lo cual supone determinar el ámbito de los problemas jurídicos que las normas en cuestión pretenden resolver. Así se identificarán todos los casos genéricos relevantes –universo de casos– y las acciones reguladas por las normas –universo de acciones, que da lugar a un universo de soluciones. El paso siguiente sería puramente deductivo: desarrollar las consecuencias lógicas de las normas jurídicas que funcionan como la base axiomática del sistema. Esto permitiría determinar:

a) si el sistema es *completo*, es decir, si carece de *lagunas normativas*. Cuando un caso no está correlacionado con ninguna solución maximal, ese caso es una laguna normativa. Si pese a no estar correlacionado con ninguna solución maximal, está correlacionado con alguna solución minimal, la laguna será parcial. Un sistema es incompleto si y solo si tiene por lo menos una laguna. Un sistema que no tiene lagunas es completo.¹⁴⁷

b) si el sistema es *consistente*, en el sentido de que no posee *contradicciones normativas*. Un caso está inconsistentemente normado si está correlacionado con dos o más soluciones diferentes e incompatibles entre sí (lógicamente contradictorias).¹⁴⁸ Un sistema es inconsistente si y solo si existe por lo menos un caso en el cual el sistema es inconsistente. El sistema es consistente si y solo si no existe ningún caso en el que sea inconsistente.

c) si el sistema es *independiente*, esto es, si no hay casos a los cuales dos o más normas correlacionen la misma solución o, por el contrario, es *redundante* en algún caso en este sentido.¹⁴⁹

Supongamos que en nuestro ejemplo, las normas relevantes del sistema del College de Hartford fuesen las siguientes:¹⁵⁰

N₁: Quienes no son profesores tienen prohibido pisar el césped, salvo en el trimestre comprendido entre abril y junio.

N₂: En el trimestre comprendido entre abril y junio es facultativo para los no profesores pisar el césped.

N_3 : Los profesores tienen la facultad de pisar el césped en cualquier época del año.

De acuerdo con este sistema normativo, las propiedades relevantes serían las dos consideradas inicialmente: ser profesor (a la que por simplicidad representaremos como p) y estar en el trimestre abril-junio (a la que representaremos como q), y las soluciones normativas correlacionadas con cada uno de los casos genéricos en función de las normas del sistema aplicable serían las siguientes (donde PHr representará prohibido pisar el césped y Fr facultativo pisar el césped):

			N_1	N_2	N_3
Caso 1	p	q			Fr
Caso 2	$\sim p$	q		Fr	
Caso 3	p	$\sim q$			Fr
Caso 4	$\sim p$	$\sim q$	PHr		

La norma N_1 soluciona solamente el caso 4: prohíbe pisar el césped a los no profesores en cualquier momento que no sea el trimestre comprendido entre abril y junio. Se podría pensar que, debido a la salvedad consignada, N_1 también resuelve el caso 2, esto es, el caso de los no profesores en el trimestre abril-junio: si para los no profesores está prohibido pisar el césped salvo en dicho trimestre, entonces en ese trimestre tendrían permitido hacerlo. Pero en realidad esa permisión sería una permisión meramente negativa, esto es, la ausencia de prohibición. N_2 aclara expresamente cuál es la solución del caso 2. Y no se limita a decir que pisar el césped está en ese caso permitido, porque entonces habría una laguna parcial, dado que la permisión de pisar el césped nada dice sobre la omisión de hacerlo (si está permitido pisar el césped y también lo está no pisarlo, la conducta sería facultativa, como efectivamente lo dispone N_2 ; si en cambio estuviera permitido pisar el césped y no estuviera permitido no pisarlo, pisar el césped sería obligatorio). La norma N_3 , por su parte, faculta a los profesores a pisar el césped en cualquier época del año, esto es, tanto en el trimestre abril-junio como fuera de él, resolviendo así los casos 1 y 3.

Tal como puede apreciarse, cada uno de los casos posibles que resultan definidos a partir de las propiedades a las que el legislador le ha conferido relevancia normativa está correlacionado con una única solución normativa de carácter maximal y no hay redundancias. Por consiguiente, el sistema de las normas aplicables a este problema es completo, consistente e independiente. Lamentablemente, estas tres propiedades no siempre se verifican respecto de cualquier sistema de normas aplicables.

Dado que en los puntos subsiguientes examinaremos con detenimiento la completitud y la consistencia de los sistemas jurídicos, así como sus defectos correlativos, esto es, las lagunas y las contradicciones normativas, adelantaremos aquí unas pocas consideraciones sobre la independencia y las redundancias.

En primer lugar, los tres defectos lógicos antes indicados, esto es, lagunas, contradicciones y redundancias, tienen diferente gravitación. Una redundancia constituye una imperfección de menor gravedad que las lagunas o las contradicciones, puesto que frente a estas últimas el juez no puede fundar su decisión en las normas del sistema aplicable, y ello por cuanto si este no correlaciona un caso genérico con ninguna solución o le atribuye dos soluciones lógicamente incompatibles, se hace imposible determinar cómo debe ser solucionado un caso individual subsumible en él. La única forma de eliminar las lagunas o las contradicciones es modificando el

sistema aplicable. Frente a una redundancia, en cambio, el juez sabe perfectamente cómo debe resolver el caso, ya que el sistema de normas aplicables no solo lo resuelve, sino que lo hace en forma repetida.

Debido a ello, puede decirse que las lagunas e inconsistencias afectan al sistema mismo, en el sentido de que su eliminación requiere una modificación del sistema. En cambio, las redundancias no afectan al sistema sino más bien a su formulación o presentación: su supresión puede lograrse introduciendo modificaciones en la *base* del sistema, esto es, en el conjunto de normas expresamente formuladas a partir de las cuales es posible derivar consecuencias, sin que ello importe una modificación del sistema mismo, cuya identidad se preserva en la medida en que sus consecuencias lógicas no varíen.

La sistematización del derecho abarca tanto la solución de los casos genéricos mediante la derivación de las consecuencias del conjunto de las normas jurídicas aplicables, como la *reformulación* del sistema.¹⁵¹ Este último paso consiste, justamente, en encontrar una nueva base normativa que resulte más reducida y más simple, esto es, más general e independiente, pero que al mismo tiempo sea normativamente equivalente a la base originaria, de modo que sus consecuencias lógicas sean las mismas, por lo que el sistema como tal permanece inalterado. Esta tarea de reformulación no es menor, en contra de lo que podría parecer. Más allá del primer objetivo que persigue, de por sí importante, cual es presentar el sistema de un modo más económico y ordenado, puede servir para evitar una modificación encubierta del sistema por vía interpretativa. Sucede que, frente a dos normas redundantes respecto de cierto caso, el intérprete tiende a argumentar que el legislador no pudo equivocarse reiterando una solución, y luego de ello suele pasar a forzar la interpretación de las formulaciones existentes para obtener normas que tengan un ámbito de aplicación diferenciado, cambiando así las consecuencias del sistema.

8. Completitud, lagunas y discrecionalidad

8.1. Análisis crítico de la tesis de la completitud

El problema de las situaciones no reguladas jurídicamente ha constituido una obsesión para los filósofos del derecho de todos los tiempos. Ese hecho no es casual ni extraño: intuitivamente tenemos la expectativa de que el derecho solucione los problemas que pueden surgir en nuestras relaciones con otras personas. No solo eso: esperamos mucho más del derecho. Pretendemos que solucione nuestros problemas de manera justa y, de ser posible, que advierta que la justicia está de nuestro lado. Como consecuencia de ello, el que el derecho sencillamente no se preocupe por resolver nuestros problemas frustra nuestras expectativas más elementales acerca de la función que se supone debe cumplir. Por otra parte, el derecho es un producto social y, siendo la obra de seres humanos, por ende, imperfectos, no ha de extrañarnos que posea defectos. Entre ellos, que el posible surgimiento de ciertos problemas haya pasado completamente inadvertido a la mirada del legislador y, por consiguiente, que el derecho omita toda solución a su respecto. Esta –en apariencia– ineliminable posibilidad de casos sin regulación jurídica y la frustración que ello provoca explican el porqué de la obsesión.

Por cierto, nuestra aspiración a que el derecho no deje casos sin resolver, e inclusive que el derecho tenga la pretensión de regular toda acción, no garantizan la inexistencia de lagunas. Como lo señala Raz, una de las características que distinguen a los sistemas jurídicos es su carácter

comprendido, esto es, que no reconocen limitación alguna a las esferas de conducta que tienen la pretensión de regular. No obstante, esta característica no implica que los sistemas jurídicos necesariamente regulen toda forma de conducta, sino tan solo que, al menos, contienen normas que confieren a las autoridades jurídicas potestades para regular cualquier clase de conductas.¹⁵²

Pese a ello, muchos filósofos del derecho han sostenido la idea de que la completitud constituiría una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos, esto es, que no existen lagunas en el derecho en el sentido indicado. De manera que las acciones no prohibidas son consideradas como implícitamente reguladas y ordinariamente como permitidas.¹⁵³ De acuerdo con Raz, esta tesis sería una consecuencia que se deriva de considerar al derecho como una herramienta para la regulación de la conducta y, consiguientemente, *'decir que un acto está permitido es decir que no está guiado en un cierto sentido, que no está prohibido'*.¹⁵⁴

La postura de Hans Kelsen puede tomarse como un buen ejemplo de este punto de vista. El principal argumento empleado por Kelsen para justificar la tesis de que no existen lagunas en el derecho se basa, como hemos visto, en el adagio que prescribe que todo lo que no está prohibido por el derecho está permitido, un principio que precluiría la existencia de lagunas en el derecho y que asimismo constituiría una verdad lógica. De manera que, en la perspectiva kelseniana, para todo sistema jurídico, si una acción no está prohibida, entonces está permitida.

Es mérito de Alchourrón y Bulygin haber resaltado la importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas y, correlativamente, de una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, para advertir la ambigüedad que se esconde detrás del principio 'Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido' y para el examen del postulado de la completitud del derecho.

Como hemos visto en el módulo I, cuando la expresión 'permitido' aparece en enunciados prescriptivos, esto es, en genuinas normas, ella puede ser considerada como equivalente a no prohibido. En cambio, cuando 'permitido' aparece en una proposición normativa, su significado se torna ambiguo porque hay dos sentidos en los que puede interpretarse la negación de una proposición como '*p* está prohibido en el sistema normativo *S*': puede significar que no existe en el sistema normativo considerado una norma que prohíbe tal acción –permisión negativa– o que una norma que no prohíbe tal acción pertenece al sistema considerado –permisión positiva. Con la ayuda de estas distinciones conceptuales, puede apreciarse que el principio 'Toda acción que no ha sido prohibida por el derecho está permitida por él' admite diferentes lecturas.

En primer lugar, si el principio es entendido como una genuina norma que autoriza aquellas acciones que no han sido prohibidas, no puede afirmarse que se trate de una verdad analítica, dado que no tiene sentido atribuir valores de verdad a las normas, y no hay razón que justifique por qué una norma tal debería formar parte de todo sistema jurídico concebible.¹⁵⁵ Si bien es cierto, por ejemplo, que el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina en su segunda oración ('Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe') parece consagrar una norma de clausura como la comentada, que permite residualmente las conductas que no hayan sido prohibidas por el legislador, no es correcto suponer que necesariamente todo sistema jurídico ha de poseer una norma semejante. De hecho, muchos sistemas jurídicos autoritarios no consagran el principio de legalidad, de modo tal que pueden considerarse ilícitas ciertas conductas aun cuando ellas no hayan sido previamente prohibidas. Es más, el principio consagrado por el artículo 19 de la Constitución ni siquiera tiene aplicación en

cualquier área del derecho argentino. En realidad, solo funciona en el ámbito restringido del derecho penal, de manera que tampoco sería correcto sostener que en el derecho argentino exista una norma que genéricamente permita cualquier conducta no prohibida.

En segundo lugar, si el principio no es interpretado como una norma sino como una proposición normativa, que es el sentido que parece acordarle Kelsen al estimar que se trata de una verdad necesaria respecto de cualquier sistema jurídico, la expresión 'permitido' en él contenida puede interpretarse como una permisón positiva o como una permisón negativa, de manera que en esta acepción descriptiva todavía habría dos versiones del principio que deberían diferenciarse:¹⁵⁶

a) Si 'permitido' se interpreta como una permisón negativa, el principio expresaría que si un sistema jurídico no contiene (o no puede derivarse de él) una norma que prohíba una conducta p , entonces p está permitida en sentido negativo en el sistema. La permisón negativa se refiere simplemente a la inexistencia de una norma prohibitiva respecto de la conducta en cuestión, con lo que en esta versión el principio no diría más que 'Todo lo que no está jurídicamente prohibido, no está jurídicamente prohibido'. En este sentido, el principio resulta analítico y, por consiguiente, necesariamente verdadero debido a que constituye simplemente un caso particular del principio de identidad. Pero bajo esta interpretación, el principio no sirve para clausurar la posibilidad de lagunas, dado que nada dice acerca de cómo habrá de resolverse un caso no correlacionado con ninguna solución. Se limita a recoger la verdad trivial de que, si el legislador no solucionó un caso, no lo solucionó.¹⁵⁷

b) Si en cambio 'permitido' se interpreta como una permisón positiva, el principio expresaría que, para todo sistema normativo, si el sistema no contiene (o no puede derivarse de él) una norma que prohíba una conducta p , entonces p está permitida en sentido positivo en el sistema. Como la permisón positiva equivale a la existencia en el sistema de una norma que autoriza expresamente la realización de una acción, en esta versión el principio sí indicaría que todo sistema es necesariamente completo, en el sentido de que no existirían lagunas normativas. Pero lejos de ser necesariamente verdadero, se trataría de una afirmación contingente: solo respecto de aquellos sistemas jurídicos que contengan una norma a tal efecto, esto es, una norma que autorice residualmente cualquier acción que no ha sido expresamente prohibida, resultaría verdadero el principio bajo esta interpretación.¹⁵⁸

En conclusión, el principio de clausura no puede cumplir en todos los casos con las funciones que autores como Kelsen le atribuyen. O bien el principio, en su versión negativa, es efectivamente una verdad analítica, pero trivial e insuficiente para clausurar los sistemas normativos, o bien, en su versión positiva, en la que efectivamente serviría para clausurar toda posible laguna normativa, resultaría contingente, y su verdad dependería de la existencia de una norma de clausura en el sistema de referencia. El argumento que apela a este principio no logra, por lo expuesto, justificar la conclusión de que *todo* sistema jurídico es *necesariamente* completo.

Kelsen no es, por cierto, el único en llegar a la errada conclusión de la necesaria completitud del derecho a partir de la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas. Para tomar otro ejemplo, Dworkin ha sostenido que la tesis de las *fuentes sociales*, definitoria del positivismo jurídico, implicaría la consecuencia contraintuitiva de que los sistemas jurídicos son necesariamente completos. El argumento de Dworkin puede esquematizarse del siguiente modo: si desde el punto de vista del positivismo la verdad de una proposición jurídica como 'Está prohibido matar' es –al menos– materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para tal

proposición, esto implicaría lógicamente que la falsedad de la proposición ‘Está prohibido matar’ es materialmente equivalente a la ausencia de una fuente social para tal proposición. Pero también implicaría que la falsedad de la proposición ‘Está prohibido matar’ es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición ‘No está prohibido matar’ (‘Está permitido matar’). Por transitividad, esto permitiría concluir que la ausencia de una fuente social para la proposición ‘Está prohibido matar’ es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición ‘Está permitido matar’. En otras palabras, lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. Formalmente, si representamos una proposición jurídica cualquiera como p , y la existencia de una fuente social como FS :

- | | | |
|-----|-------------------------------------|--|
| (1) | $p \leftrightarrow FSp$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (2) | $\sim p \leftrightarrow \sim FSp$ | por contraposición en (1) |
| (3) | $\sim p \leftrightarrow FS\sim p$ | por sustitución de p por $\sim p$ en (1) |
| (4) | $\sim FSp \leftrightarrow FS\sim p$ | por transitividad del bicondicional en (2) y (3). ¹⁵⁹ |

A primera vista, el rechazo del argumento de Dworkin parece forzar al positivismo jurídico a abandonar el principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas. Introduzcamos la siguiente leve variante en la reconstrucción del argumento de Dworkin. En lugar de representar la verdad de una proposición jurídica simplemente como p , utilizaremos la expresión Vp , donde V representa el operador ‘verdadero’.¹⁶⁰

- | | | |
|------|------------------------------------|---|
| (1') | $Vp \leftrightarrow FSp$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (2') | $\sim Vp \leftrightarrow \sim FSp$ | por contraposición en (1') |
| (3') | $V\sim p \leftrightarrow FS\sim p$ | por sustitución de p por $\sim p$ en (1') |

Ordinariamente se entiende que una proposición p es falsa si y solo si su negación es verdadera. En consecuencia, $V\sim p$ representa la *falsedad* de p . La lógica clásica no solo asume el principio de tercero excluido, esto es, que una cierta proposición es o bien verdadera o no verdadera ($Vp \vee \sim Vp$), sino también el principio de bivalencia, esto es, que o bien una cierta proposición es verdadera o bien es falsa ($Vp \vee V\sim p$). De modo que, bajo la aceptación de estos dos principios, la afirmación de que una cierta proposición no es verdadera y la afirmación de que su negación es verdadera –esto es, que la proposición es falsa– son equivalentes ($\sim Vp \leftrightarrow V\sim p$). Por supuesto, si el principio de bivalencia se rechaza, esta equivalencia ya no se puede mantener.

Del rechazo del principio de bivalencia se sigue que una cierta proposición puede ser i) verdadera; ii) falsa, o iii) ni verdadera ni falsa ($Vp \vee V\sim p \vee (\sim Vp \wedge \sim V\sim p)$), y de este modo no verdadero ($\sim Vp$) no podría tomarse como equivalente a falso ($V\sim p$), dado que la primera fórmula ahora comprendería no solo los casos ii) sino también los casos iii).¹⁶¹ Por consiguiente, si rechazamos el principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas, el análogo del paso (4) en la reconstrucción anterior del argumento no sería admisible, y la conclusión de Dworkin podría evitarse porque los primeros términos de (2') y (3') no serían equivalentes.

Este es el camino seguido por diversos teóricos, bajo la idea de que una tesis realista respecto de los enunciados jurídicos, según la cual todo enunciado jurídico es verdadero o falso de acuerdo con una cierta realidad objetiva cuya existencia y constitución es independiente de nuestro conocimiento, sería incompatible con las tesis básicas del positivismo jurídico.¹⁶² Desde esta perspectiva, la verdad de las proposiciones jurídicas en un enfoque positivista dependería de las condiciones para el reconocimiento de esa verdad.¹⁶³ Si la tesis de las fuentes sociales afirma que

una proposición como ‘En Argentina está prohibido matar’ es verdadera si existe una convención social que respalda esa proposición, entonces el positivismo jurídico estaría comprometido a rechazar el principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas. Esto es así dado que parece evidente que o bien existe una convención en Argentina respecto de que está prohibido matar, o bien existe una convención en Argentina respecto de que matar no está prohibido, o bien no existe una convención respecto de ninguna de estas dos cosas.¹⁶⁴

Hay, no obstante, un camino alternativo para evitar la indeseable conclusión del argumento, que tiene la ventaja de resultar más respetuoso de la máxima enunciada por el lógico Willard van Orman Quine de la *mutilación mínima*: frente a una experiencia recalcitrante, cuanto más fundamental para nuestro esquema conceptual es una ley, estaremos menos dispuestos a someterla a revisión; si resulta necesaria una revisión de nuestro sistema de enunciados preferiremos, *ceteris paribus*, la revisión que menos perturbe el sistema.¹⁶⁵ Esta alternativa permitiría evitar la conclusión que Dworkin le atribuye al positivismo sin tener que renunciar a un principio lógico tan elemental como el de bivalencia.

De acuerdo con este punto de vista, la tesis de las fuentes sociales no sostendría que la verdad de la proposición ‘En Argentina está prohibido matar’ requiere de la existencia de una convención social respecto de la verdad de dicha proposición. En lugar de ello, la tesis sostendría que la verdad de tal proposición depende de una convención social respecto de *la existencia de una norma* en Argentina que prohíbe matar o, mejor dicho, de una convención social respecto de los *criterios de identificación de una norma* que prohíbe matar como perteneciente al derecho argentino.¹⁶⁶ Así, lo que se requiere para evitar la conclusión que Dworkin atribuye al positivismo jurídico no es el rechazo del principio de bivalencia, sino saber distinguir con claridad entre las normas jurídicas y las proposiciones que a ellas se refieren, algo que resulta imposible en las reconstrucciones precedentes del argumento debido a que el símbolo p era allí usado ambiguamente para representar tanto a las normas como a las proposiciones normativas.¹⁶⁷

Tomando en serio esta distinción, reemplazando p como forma de representar una proposición jurídica como ‘En Argentina está prohibido matar’ por $PHm \in SJ$ (la norma ‘Prohibido matar’ pertenece al sistema SJ), y empleando $FS_{SJ}PHm$ como equivalente a ‘En el sistema SJ existe una fuente social para la norma ‘Prohibido matar’’, es posible reconstruir las premisas del argumento del siguiente modo:

- | | |
|---|---|
| (1'') $(PHm \in SJ) \leftrightarrow FS_{SJ}PHm$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (2'') $(PHm \notin SJ) \leftrightarrow \sim FS_{SJ}PHm$ | por contraposición en (1'') |
| (3'') $(\sim PHm \in SJ) \leftrightarrow FS_{SJ}\sim PHm$ | por sustitución de PHm por $\sim PHm$ en (1''). |

De acuerdo con esta lectura de la tesis de las fuentes sociales, la proposición de que en el sistema jurídico SJ está prohibido matar es equivalente a la existencia de una fuente social en SJ para la norma ‘Está prohibido matar’. La afirmación de que no existe una norma en SJ que prohíba matar es equivalente a la ausencia de una fuente social en SJ para la norma ‘Está prohibido matar’. Y decir que existe una norma en SJ que no prohíbe (permite) matar es equivalente a afirmar la existencia de una fuente social en SJ para la norma ‘No está prohibido matar’. Como ya se ha resaltado, cuando se distingue entre normas y proposiciones normativas es posible advertir que hay dos diferentes sentidos en los que puede decirse que una acción está permitida: un sentido meramente negativo (no hay norma que prohíba) y un sentido positivo (hay una norma permisiva). La ausencia de una convención social que permita identificar a la norma ‘Está prohibido matar’

como perteneciente al sistema *SJ* (como en (2'')) no es equivalente a la existencia de una convención social que permita identificar a la norma 'Está permitido matar' como perteneciente a *SJ* (como en (3'')). Por consiguiente, el positivismo jurídico puede evitar la contraintuitiva consecuencia de que sus tesis básicas implican la necesaria completitud de los sistemas jurídicos sin necesidad de comprometerse con la tesis antirealista que rechaza el principio de bivalencia respecto de las condiciones de verdad de las proposiciones acerca del derecho.¹⁶⁸

8.2. Diferentes clases de lagunas

Una de las cuestiones que oscurece la discusión en torno a la completitud del derecho es que la expresión 'lagunas jurídicas' ha sido ambiguamente utilizada por los teóricos para hacer referencia a problemas de índole muy diversa. Muchos autores han propuesto distinciones conceptuales a fin de discriminar esos múltiples usos. Entre los intentos en tal sentido, Alchourrón y Bulygin han logrado diferenciar de manera rigurosa algunos de los más importantes núcleos de significado de tal expresión, englobándolos en cuatro categorías: las lagunas *normativas*, las de *conocimiento*, las de *reconocimiento* y las *axiológicas*.

En primer lugar, hemos visto ya que existiría una laguna normativa en un sistema normativo respecto de un cierto caso genérico, perteneciente a un cierto universo de casos y con relación a la calificación normativa de cierta acción, cuando el sistema no correlaciona ese caso con una de las soluciones maximales de su universo de soluciones. Una laguna normativa es, según esta caracterización, un caso, que resulta definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, al cual no se le ha correlacionado una solución normativa completa.¹⁶⁹

Sin embargo, también puede hablarse de 'lagunas en el derecho' para hacer referencia a los problemas que suscita la aplicación de normas generales a casos individuales. Esta tarea supone la clasificación del caso individual en alguno de los casos genéricos que resultan determinados por las normas generales de un sistema jurídico, operación a la que puede calificarse como *subsunción individual*.¹⁷⁰

Las dificultades de la subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes diversas. En primer lugar, en la falta de información acerca de los hechos de un caso: puede que se ignore si un hecho concreto es o no subsumible en un caso genérico debido a que se carece de la información necesaria, porque algunos aspectos del hecho se desconocen y ello provoca dificultades para clasificar el caso. En segundo lugar, debido a la indeterminación semántica del lenguaje en que están expresadas las normas generales: aun conociendo perfectamente todos los hechos del caso, puede ocurrir que no sea posible determinar si el caso individual es o no subsumible en un caso genérico debido a problemas de interpretación de las expresiones que aparecen en la formulación de la norma general que lo define.

Para evitar equívocos, Alchourrón y Bulygin proponen denominar *lagunas de conocimiento* a aquellos casos individuales frente a los cuales, a causa de la falta de conocimiento acerca de las propiedades del hecho, no puede saberse si pertenecen o no a una clase determinada de casos, esto es, a cierto caso genérico.¹⁷¹ Las lagunas de conocimiento normalmente tienen caminos de solución propuestos por el propio sistema jurídico, que incluye normas específicas que se ocupan de regular cómo tienen que decidir los jueces cuando se encuentran con situaciones en las cuales

les falta información acerca de los hechos del caso. En otras palabras, en los sistemas jurídicos hay normas que ofrecen a los jueces pautas para resolver casos en los que existe una relativa incertidumbre sobre lo acontecido. Existen reglas procesales que establecen *presunciones probatorias*, que distribuyen entre las partes en un juicio la carga de la prueba, etc., las cuales permiten cubrir la falta de información para resolver un caso. Suele establecerse en los ordenamientos procesales de derecho civil, por ejemplo, que quien alega un hecho debe probarlo. Si uno de los contendientes afirma la existencia de cierto hecho y no aporta pruebas en tal sentido, el juez –ante la falta de información– deberá tenerlo por no acontecido.

Alchourrón y Bulygin llaman, por otra parte, *lagunas de reconocimiento* a aquellos casos individuales en los cuales existen dudas respecto de si pertenecen o no a cierto caso genérico por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a ese caso genérico.¹⁷² El problema que generan las lagunas de reconocimiento es imposible de erradicar por completo, porque la vaguedad del lenguaje es ineliminable. Por más que se realicen esfuerzos para reducirla, nunca podrá evitarse un margen de discrecionalidad de parte del juzgador como consecuencia de la indeterminación de las palabras utilizadas en la formulación de las normas. Para poner un ejemplo simple: de acuerdo con el inciso 1 del artículo 80 del Código Penal argentino, el delito de homicidio se agrava cuando alguien mata ‘A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia’. Aquí, las expresiones ‘ascendiente’, ‘descendiente’, ‘cónyuge’, ‘ex-cónyuge’, pueden generar dudas en algún caso extremo, pero en términos generales delimitan clases más o menos definidas. En cambio, mantener o haber mantenido ‘... una relación de pareja, mediare o no convivencia’ es una expresión que deja lugar a un sinnúmero de casos problemáticos, dado que no existe un límite semántico que establezca cuándo dos personas dejan de ser meramente conocidos para pasar a tener una ‘relación de pareja’. ¿Alcanza con tres salidas? ¿Con tener relaciones sexuales? ¿Se necesita que se los reconozca públicamente como novios o pareja? Debido a ello, un juez que tuviera que resolver si existe o no una relación de pareja que justifique la aplicación de la agravante se hallaría imposibilitado de decidir, sin introducir él mismo pautas decisorias adicionales, frente a situaciones que se ubiquen en la zona de penumbra de aplicación de dicha expresión.

Los problemas de este tipo, de carácter empírico o semántico, se producen en el nivel de la aplicación de las normas generales para la resolución de los casos individuales. Por ello, se encuentran en un plano diferente respecto de otras cuestiones a las que también se alude con la expresión ‘lagunas’, como la falta de completitud del sistema. El hecho de que un sistema normativo sea completo, en el sentido de que soluciona todos los casos posibles, no excluye la posibilidad de que se presenten lagunas de conocimiento o de reconocimiento, pues nada obsta a que se verifique un caso individual cuya clasificación resulte dudosa por falta de información o indeterminación semántica.

Por último, en el lenguaje jurídico muchas veces se emplea la expresión ‘laguna del derecho’ para designar situaciones en las cuales, si bien existe una solución, ella es considerada axiológicamente inadecuada. Esta es la idea que intentan aprehender Alchourrón y Bulygin con el concepto de *laguna axiológica*.

Para caracterizar de manera adecuada la noción de laguna axiológica es crucial analizar previamente el concepto de *relevancia normativa*. Alchourrón y Bulygin distinguen una noción prescriptiva y una noción descriptiva de relevancia normativa. Sostener que una propiedad es

relevante en el primer sentido sería prescribir que un caso y su caso complementario con relación a dicha propiedad *deberían tener* diferente estatus normativo, en el sentido de que la presencia o ausencia de esa propiedad deberían determinar diferencias en la calificación normativa de una acción. En cambio, sostener que una propiedad es relevante en sentido descriptivo sería afirmar que un caso y su caso complementario *tienen* de hecho diferente estatus normativo de conformidad con las normas de cierto sistema jurídico. Si no se verifica esta condición, se dirá que la propiedad en cuestión es irrelevante en sentido descriptivo, es decir, cuando el caso en que tal propiedad está presente y el caso en el que ella está ausente tiene el mismo estatus normativo.¹⁷³

La confusión conceptual entre las lagunas axiológicas y las lagunas normativas, bastante frecuente entre los teóricos, descansaría en dos factores combinados: el uso indiscriminado y confuso de la expresión 'laguna' y la apuntada ambigüedad de la expresión 'relevante'. A fin de evitarla, diferencian dos conceptos relacionados con esta noción: el de *tesis de relevancia* y el de *hipótesis de relevancia*.¹⁷⁴

La tesis de relevancia de un sistema normativo sería una proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades que *son* relevantes con relación a un determinado sistema y su universo de acciones. Se trata de un criterio para seleccionar el universo de propiedades y, consecuentemente, el universo de casos, y permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo, tales como la consistencia y la completitud. La hipótesis de relevancia, en cambio, sería una proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades que *deben* o *deberían ser* relevantes con relación a un determinado sistema y su universo de acciones de conformidad con cierto sistema valorativo. Es, entonces, un criterio de adecuación axiológica para sistemas normativos. El problema consistente en determinar si una propiedad debe o no ser relevante para un cierto universo de acciones sería un problema axiológico y supondría un juicio de valor.

Con estas distinciones, Alchourrón y Bulygin definen 'laguna axiológica' como un caso genérico de cierto universo de casos de un determinado sistema jurídico que tiene correlacionada una cierta solución del universo de soluciones, pero respecto del cual, no obstante, existe una propiedad *P* tal que ella *debe ser* relevante para solucionar el caso de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, pese a que es de hecho irrelevante en relación con la tesis de relevancia del sistema.¹⁷⁵ En otros términos, una laguna axiológica se da cuando un caso *sí* tiene una solución en el sistema (pues de lo contrario la laguna sería *normativa*), pero al establecer esa solución el legislador no ha tomado en cuenta una propiedad que se valora como relevante y que, de haberse considerado, habría determinado una solución distinta.

Aquí es importante advertir que no cualquier inadecuación valorativa puede ser calificada como una laguna axiológica: si la autoridad normativa ha tomado en cuenta para regular cierto caso todas las circunstancias que *deberían* considerarse relevantes y aun así correlaciona el caso con una solución axiológicamente inadecuada, ello podrá considerarse un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna. La discrepancia entre la tesis de relevancia del sistema y la hipótesis de relevancia es una condición necesaria para la existencia de una laguna axiológica. Ahora bien, el hecho de que ambas coincidan no asegura que todas las soluciones establecidas por la autoridad normativa sean axiológicamente satisfactorias, dado que una solución puede ser considerada injusta a pesar de haberse tomado en cuenta todas las distinciones pertinentes. Con relación a este tema se observan en la teoría jurídica dos tendencias equivocadas: en primer lugar, muchos juristas confunden las lagunas axiológicas con las lagunas normativas; en segundo lugar, muchas veces no distinguen claramente entre las lagunas axiológicas y los desacuerdos valorativos. Esta

caracterización de la noción de laguna axiológica puede ser tomada como un intento por esclarecer estas confusiones.

Como ejemplo de una laguna axiológica, considérese una situación vinculada con la asistencia al suicidio y la eutanasia. En Argentina, el artículo 83 del Código Penal sanciona a quien ‘... instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado’. Se podría argumentar que el legislador argentino ha establecido una única solución normativa para todos los casos de asistencia al suicidio, sin reparar en que la situación de quien auxilia a un paciente terminal en su decisión de poner fin a su vida para evitar la continuación de su sufrimiento e indignidad debería haber justificado la introducción de una excepción o, al menos, de una atenuación en la sanción a imponer. Quien sostenga una posición semejante estaría asumiendo una concepción valorativa según la cual la circunstancia apuntada debería haber sido considerada como una propiedad relevante, cuando en verdad no lo es si se toma en consideración la tesis de relevancia del sistema, de modo que el caso encuadraría en lo que Alchourrón y Bulygin califican como laguna axiológica.

El uso del término ‘laguna’ para referirse a problemas axiológicos como el comentado no es arbitrario. La idea es que la autoridad normativa no ha considerado cierta propiedad pero que, de haberla considerado, habría solucionado el caso de manera diferente. No obstante, cuando para dar a un caso una solución diversa a la que se deriva del sistema los juristas dicen estar ‘interpretando la intención de la autoridad normativa’, con frecuencia expresan sus propios juicios de valor de manera encubierta. El uso del término ‘laguna’ en este sentido constituye una típica instancia de este tipo de operaciones. Porque, aunque puede ser cierto que, si la autoridad normativa hubiese tomado en cuenta una cierta propiedad, el caso hubiese sido correlacionado con una solución normativa diferente, es obvio que este enunciado contrafáctico resulta muy difícil de probar. De manera que, amparándose en la imposibilidad de acreditar tal aserto, muchas veces los juristas postulan para el caso la solución que juzgan más adecuada en atención a sus propios parámetros valorativos.

De todos modos, debería advertirse que, al afirmar la existencia de una laguna axiológica, un jurista podría estar tratando genuinamente de reconstruir aquellas propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto *por la autoridad normativa*, y no proponiendo sus propios juicios de valor de modo solapado. Al dictar ciertas normas, la autoridad normativa presupone un sistema axiológico determinado. Y si es verdad en cierto caso que una propiedad no ha sido considerada relevante debido a que no fue tomada en cuenta al tiempo de la promulgación de las normas, pero que, de haber sido considerada por la autoridad normativa, esta habría correlacionado el caso con una solución normativa diferente, entonces podría afirmarse que esa propiedad debe ser considerada relevante de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad. En consecuencia, aseverar en un cierto caso la existencia de una laguna axiológica en un sistema normativo podría, al menos en ocasiones, ser interpretado como un enunciado que declara no solo que cierta propiedad debe ser considerada relevante en un sistema normativo de acuerdo con un cierto sistema axiológico –aunque de hecho no lo haya sido de manera expresa– sino también que ese sistema axiológico es (o coincide con) el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa al legislar. En tal caso, la hipótesis de relevancia expresaría una proposición normativa, un enunciado *descriptivo* relativo al sistema axiológico del legislador. Y como tal, sería susceptible de verdad o falsedad.

A partir de esta lectura descriptiva de la hipótesis de relevancia, y aceptando la premisa adicional de que el sistema axiológico desde el cual ella es derivada es una reconstrucción del sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa, podría sostenerse que la propiedad en cuestión es relevante en el sistema normativo, no que *debería* serlo. Después de todo, la autoridad solo expresa ciertas oraciones para hacer conocer sus intenciones, oraciones que deben ser interpretadas. Y si ha de guardarse fidelidad a sus genuinas intenciones cuando se interpretan sus palabras, y si es verdad que la autoridad normativa tenía la intención de otorgar relevancia a cierta propiedad, entonces tal propiedad es relevante en el sistema.

Parece, entonces, que bajo el concepto de laguna axiológica de Alchourrón y Bulygin se confunden en realidad dos nociones diferentes: la idea de laguna axiológica como un enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) expresado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete), y la idea de laguna axiológica como un enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa. En este segundo sentido, no estamos en presencia de un enunciado prescriptivo o valorativo, pues puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que cierta propiedad a la cual la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a través de una formulación explícita es, sin embargo, implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad, el cual puede ser reconstruido a través de un análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por ella.

Una cuestión adicional sobre el punto, que será de utilidad para el análisis en adelante, concierne a la caracterización antes esbozada de la noción de irrelevancia normativa en sentido descriptivo. Sostener que una cierta propiedad es relevante de conformidad con cierto sistema normativo constituye una afirmación descriptiva acerca de las soluciones que dicho sistema ofrece. Por consiguiente, tal afirmación es una proposición acerca de un sistema normativo, es decir, una proposición normativa. Y cuando se formulan proposiciones acerca de un sistema normativo no corresponde asumir que dicho sistema satisface necesariamente las propiedades de la completitud o la consistencia. Esto hace que se presenten dos sentidos distintos en los que puede decirse que una propiedad es descriptivamente *irrelevante* en un sistema normativo. Que un caso y su complementario tengan de hecho el mismo estatus normativo en un cierto sistema normativo (el significado descriptivo de 'irrelevancia' de acuerdo con Alchourrón y Bulygin) resulta un enunciado ambiguo, ya que ello puede ocurrir como consecuencia de que se han correlacionado ambos casos con la misma solución, o como consecuencia de que no es el caso que exista una diferencia normativa entre ambos.¹⁷⁶

Estos dos sentidos de irrelevancia descriptiva podrían denominarse *irrelevancia descriptiva positiva* e *irrelevancia descriptiva negativa*. No es difícil advertir que media un notable paralelismo entre esta distinción y la que se verifica entre los dos conceptos de permisión de la lógica de proposiciones normativas, ya que su génesis obedece a las mismas razones: la negación del enunciado que predica la relevancia (descriptiva) de una cierta propiedad puede ser interpretada como una *negación externa* –que en este contexto será la negación de la proposición que afirma la relevancia, esto es, la negación de la relevancia descriptiva– o como una *negación interna* –la negación de la relevancia prescriptiva mencionada en la proposición.

Una propiedad *p* es relevante en sentido descriptivo en cierto sistema normativo *S* y con relación a un caso *C* cuando ese caso y su complementario con relación a tal propiedad tienen *distinto*

estatus normativo, en el sentido de que hay una solución (al menos minimal) que está correlacionada por el sistema con uno de los casos y no con el otro.¹⁷⁷

La negación interna de tal enunciado consistirá en afirmar que, de conformidad con *S*, el caso *C* y su complementario tienen *el mismo estatus normativo*, en el sentido de que hay una solución maximal (completa) que está correlacionada por *S* con uno de los casos y también con el otro.¹⁷⁸ La negación externa consistirá en negar que, de conformidad con *S*, el caso *C* y su complementario tengan distinto estatus normativo, de manera que para toda solución minimal, si ella está correlacionada por *S* con *C*, también lo estará con su caso complementario.¹⁷⁹

Como surge de estas definiciones, para que una propiedad sea irrelevante en sentido positivo con relación a un caso, del sistema debe poder derivarse que tanto el caso en cuestión como su complementario tienen idéntico estatus normativo (se hallan correlacionados con una misma solución maximal), de manera que se requiere que la autoridad le haya atribuido la misma solución al caso en que ella se verifica y al caso en que ella no se verifica. Para que una propiedad sea irrelevante en sentido negativo con relación a un caso basta con que no sea cierto que el caso y su complementario tienen distinto estatus normativo (por ejemplo, porque ninguno de los dos está correlacionado con ninguna solución).

Lo notable es que las relaciones entre estas nociones de irrelevancia positiva y negativa son análogas a las que median entre la permisión positiva y la permisión negativa. En efecto: una conducta podría estar permitida en sentido positivo en un sistema normativo y no estarlo en sentido negativo, pero en tal caso el sistema sería inconsistente. También podría estar permitida en sentido negativo y no estarlo en sentido positivo, en cuyo caso el sistema será incompleto. Del mismo modo, en un sistema normativo una propiedad podría ser irrelevante en sentido positivo (porque PHq es una solución maximal correlacionada con el caso definido por esa propiedad y también con su caso complementario) y, no obstante, no ser irrelevante en sentido negativo (porque Pq está también correlacionada con uno de los casos), pero entonces el sistema contendrá una inconsistencia. También podría ocurrir que una propiedad sea irrelevante en sentido negativo (porque se cumple que para toda solución minimal vale que, si está correlacionada con el caso definido por esa propiedad, también está correlacionada con el caso complementario) y, no obstante, no es irrelevante en sentido positivo (porque no hay ninguna solución maximal correlacionada con ambos casos), en cuyo caso el sistema será incompleto.

Ahora, si un sistema normativo es consistente, la permisión positiva implica la permisión negativa, y si el sistema es completo la permisión negativa implica la positiva. Del mismo modo, si un sistema normativo es consistente, la irrelevancia positiva de una propiedad implica su irrelevancia negativa, dado que, en un sistema consistente, si hay una solución maximal correlacionada con el caso definido por esa propiedad y con su complementario, no podría haber una solución minimal correlacionada con uno que no lo esté con el otro. Por otra parte, si el sistema normativo es completo, la irrelevancia negativa de una propiedad implica su irrelevancia positiva, pues bajo completitud, si toda solución minimal correlacionada con un caso lo está también con su complementario, cada caso estará correlacionado con una y la misma solución maximal.¹⁸⁰

8.3. Lagunas y discrecionalidad judicial

Una reconstrucción satisfactoria del derecho debe poder dar cuenta de un modo plausible de la labor judicial. En particular, debe poder explicar no solo lo que hacen los jueces frente a los casos más sencillos, sino también frente a los más complejos y polémicos, como las distintas situaciones a las que los juristas, sin mayor precisión, aluden con la expresión 'lagunas del derecho'. Una importante corriente dentro del positivismo jurídico ha defendido la posibilidad de lagunas en el derecho¹⁸¹ y ha sostenido que frente a tales casos carentes de regulación jurídica los jueces poseen discrecionalidad.

El problema podría reformularse del siguiente modo. Siguiendo a von Wright, respecto del derecho –como respecto de cualquier autoridad o conjunto de autoridades normativas– todas las acciones concebibles caen en dos categorías posibles, que resultan conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes: acciones reguladas por las normas jurídicas y acciones no reguladas (hasta ahora) por las normas jurídicas. La primera categoría comprende aquellas acciones que han sido consideradas por la autoridad normativa como obligatorias, prohibidas o permitidas en sentido positivo. La segunda categoría abarca un conjunto de acciones que resultan no prohibidas, esto es, permitidas en sentido negativo. Ninguna autoridad puede hacer un inventario de todas las acciones genéricas concebibles y resolver su estatus deóntico, de modo que siempre puede haber acciones que las autoridades jurídicas hayan omitido regular, sea por imprevisión, sea porque su calificación normativa no les ha interesado.¹⁸² Si un juez es llamado a resolver un caso en el que la acción sujeta a controversia es una de las que no ha sido regulada por las normas generales del sistema jurídico, ¿qué debe hacer?

Si se interpreta por 'discrecionalidad' la situación que se genera cuando, en lo que respecta a algún problema, el decisor simplemente no está vinculado por pauta general alguna impuesta por una autoridad,¹⁸³ por definición en una situación como la analizada, en la que el juez no cuenta con ninguna norma general que regule normativamente la acción que motiva la controversia que tiene que resolver, existiría discrecionalidad.

Esta idea ha sido, sin embargo, controvertida de dos maneras distintas. En primer lugar, tal como ya indicamos,¹⁸⁴ se ha sostenido que nunca podría acontecer que ninguna norma general regule un cierto caso. En segundo lugar, podría tratar de justificarse que incluso ante la existencia de lagunas normativas, los jueces no tendrían discrecionalidad. Esta segunda estrategia ha sido seguida, entre otros, por Fernando Atria.¹⁸⁵

Una de las tesis centrales que defiende Atria es que la concepción positivista del derecho debería ser abandonada en razón de que existiría una conexión necesaria entre el derecho y la moral al menos en el nivel de la aplicación de las normas a casos particulares. Afirma reiteradamente que, en ese plano, si el derecho *debe ser* diferente de lo que es, entonces *es* diferente. A primera vista, no resulta sencillo conciliar este enfoque con su explícita admisión de la posibilidad de lagunas en el derecho. Supóngase que un juez ha de resolver un caso individual que no cuenta con regulación alguna en las normas generales del sistema. Supóngase, adicionalmente, que el juez considera que la solución correcta del caso consiste en reputar obligatoria, prohibida o permitida cierta acción. En tal hipótesis, y dado que a su juicio el derecho debe ser distinto de lo que es, entonces así lo sería de hecho. Por consiguiente, no habría ninguna laguna en el caso bajo análisis. Así presentado, este argumento no parece más que una nueva versión de la idea, sostenida por muchos autores, de que no hay lagunas porque hay jueces.

Frente a posiciones como esta, se ha sostenido que tiene tanto sentido afirmar que no hay lagunas porque hay jueces dispuestos a solucionarlas como sostener que un pantalón no puede tener agujeros porque hay sastres que pueden remendarlos.¹⁸⁶ Aunque hay aquí un acierto al destacar la inviabilidad de este camino para rechazar la existencia de lagunas en el derecho y la discrecionalidad judicial, la analogía no resulta feliz. Los jueces frente a las lagunas no operan como los sastres remendando agujeros. La función de los jueces no consiste en enmendar el derecho, sino en resolver casos individuales. Cuando se enfrentan a un caso no regulado, los jueces no disponen de una norma general preexistente en el sistema que oriente su decisión. Por consiguiente, si han de solucionar el caso individual sometido a su decisión y han de justificar esa solución, pero no existe norma general preexistente en el derecho que regule la cuestión, deberán encontrar una norma general fuera del derecho que les permita hacerlo. En otras palabras, una laguna normativa respecto del caso que han de resolver obliga a los jueces a *integrar en el razonamiento que deben construir para justificar su decisión* una norma que no forma parte del derecho, no a modificar el derecho. Si esa norma general pasa o no a integrar el sistema jurídico a partir de la decisión que el juez toma es una cuestión contingente, que dependerá en todo caso de lo que dispongan las reglas de cambio del sistema jurídico de que se trate.

Para precisar esta idea es importante recordar, siguiendo a Hart, que los sistemas jurídicos son sistemas institucionalizados, que contienen no solo reglas primarias de obligación, sino también reglas secundarias de adjudicación, que regulan la actividad jurisdiccional.¹⁸⁷ Entre ellas se cuenta ordinariamente aquella que exige a los jueces que justifiquen sus decisiones *prima facie* por apelación a las reglas primarias. Pero, como ya hemos visto, ese deber reconoce excepciones.¹⁸⁸ La prescripción genérica de fundar las decisiones judiciales en derecho muchas veces es acompañada por reglas de adjudicación que autorizan –o incluso obligan– a los jueces a fundar sus decisiones en normas extrajurídicas, ya sea porque se trata de casos que presentan ciertas peculiaridades –un punto de conexión extranjero, en casos de derecho internacional privado– ya sea porque se trata de casos no regulados, ya sea porque aunque el caso se encuentra regulado, las consecuencias que se seguirían de la aplicación de las reglas existentes resultaría demasiado injusta.¹⁸⁹ Por otra parte, otras reglas secundarias, las reglas de cambio, determinan cuáles son los criterios de admisión de normas en un sistema jurídico, esto es, qué hechos cuentan como relevantes para modificar el derecho. Tales criterios varían en los diferentes sistemas jurídicos, y si bien puede ocurrir que en algunos de ellos el hecho de que un juez se valga de una norma general que hasta entonces no pertenecía al derecho para justificar su decisión frente a un caso particular resulte suficiente para producir una modificación en el sistema, integrando esa norma como un nuevo componente del derecho, no hay razón alguna para pensar que esto constituya un rasgo necesario de los sistemas jurídicos. En síntesis, del hecho de que un sistema jurídico contenga o no casos sin regular no se sigue automáticamente ninguna tesis acerca de lo que los jueces deben o no jurídicamente hacer, ya que ello está determinado por las reglas secundarias que regulan su actividad.¹⁹⁰

Hasta aquí solo se ha resaltado que no resulta a primera vista sencillo efectuar una reconstrucción coherente de las tesis que defiende Fernando Atria. Pero dificultad no equivale a imposibilidad: hay al menos un sentido en el que podría otorgarse plausibilidad a la postura de Atria, pero para ello es necesario analizar con mayor cuidado qué entiende el profesor chileno por ‘lagunas normativas’.

A su criterio, las lagunas normativas serían ‘casos concretos que no son correlacionados por ninguna de las reglas del sistema jurídico con propiedad deóntica alguna’.¹⁹¹ Atria interpreta que hay casos que no solo no están regulados por el derecho, sino que, además, el derecho no tiene la menor pretensión de regular. Frente a casos semejantes, los jueces no gozarían de

discrecionalidad, debido a que su deber en tales situaciones sería rechazar cualquier reclamo que se les formule. Para ilustrarlo ofrece el ejemplo de una pareja escocesa en la que el marido desea pasar sus vacaciones con su mujer en Francia, en tanto que ella, en cambio, prefiere viajar a Sudáfrica y, por hipótesis, el derecho escocés no contiene ninguna norma sobre la cuestión. Si uno de los cónyuges entabla una demanda contra el otro ante un juez con la intención de obtener un pronunciamiento que fuerce a su pareja a seguir sus preferencias, el deber del juez sería, a juicio de Atria, rechazar la demanda.¹⁹² Y ello porque la función de los jueces consistiría en efectuar declaraciones autoritativas respecto de la violación de las reglas primarias. No habiendo ninguna regla primaria violada en el caso, la obligación del juez consistiría en rechazar la demanda. En otras palabras, Atria parece restringir la noción de 'laguna' para aquellos casos que el derecho no regula ni pretende regular, y es frente a tales casos que sostiene que los jueces no tendrían discrecionalidad.

Atria pone énfasis en cuestionar la noción de laguna normativa ofrecida por Alchourrón y Bulygin. Su argumento es que, de acuerdo con la caracterización de los profesores argentinos, una laguna normativa sería un caso que el derecho no regula pero tiene la pretensión de regular. En opinión de Atria, el criterio para distinguir los casos que el derecho pretende regular de los que no pretende regular dependería de valoraciones, con lo que la propia identificación de una laguna normativa en ese sentido pondría de manifiesto la conexión entre el derecho que *es* y el derecho tal como *debe ser*. En resumen, Atria sostiene que las lagunas no son simplemente casos sin regular, sino casos sin regular que el derecho no pretende regular, frente a los cuales no existiría discrecionalidad judicial, y además sostiene que si se consideran lagunas los casos sin regular que el derecho pretende regular, no habría límite entre tales casos y los que el derecho no pretende regular que pudiera trazarse sin recurrir a consideraciones morales.

Si bien Atria tiene un punto interesante al destacar la diferencia que existiría entre la noción de laguna normativa que emplean Alchourrón y Bulygin y la idea de un caso que el derecho no regula ni pretende regular, sus argumentos no resultan aptos para probar lo que pretende.

Antes de evaluar el planteo central de Atria es importante efectuar algunas consideraciones sobre esta idea de que, frente a los casos que el derecho no regula ni pretende regular, los jueces carecerían de discrecionalidad. Volvamos para ello al caso de la pareja escocesa. Considerando este ejemplo, podría objetarse que cualquiera sea la decisión del juez frente al caso, ello tendrá consecuencias normativas: si rechaza la demanda presentada por el marido estaría permitiendo a la esposa no seguir su decisión sobre dónde pasar las vacaciones; si rechaza una demanda similar presentada por la mujer, estaría permitiendo al marido no seguir la decisión de aquella, y en cualquiera de los dos casos el juez quedaría comprometido a resolver del mismo modo casos análogos. Ello mostraría que para resolver el caso individual el juez estaría aceptando una norma general del tipo 'Ninguno de los cónyuges está obligado a seguir la elección del lugar de las vacaciones hecha por el otro cónyuge'.¹⁹³ La decisión del juez no podría justificarse en una proposición normativa: su fundamento debe ser una norma general, pues de lo contrario su decisión sería arbitraria. Y si por hipótesis aquí no hay norma jurídica general que regule la cuestión, deberá integrar el razonamiento justificatorio de su decisión con aquella norma general que esté dispuesto a aceptar como adecuada para resolver el caso, aunque ella no forme parte del derecho.

A esto Atria replica que esta manera de considerar el problema deriva de una deficiente caracterización de la función jurisdiccional. La función de los jueces no sería resolver conflictos sino

declarar qué consecuencias jurídicas se siguen de ciertos actos que constituyen instancias de hechos operativos previstos en las reglas primarias. Por ello, como en el caso considerado no habría regla primaria alguna en la cual encuadrar los hechos, el juez debería rechazar la petición, sin importar quien la interpuso.¹⁹⁴

Esta conclusión es, no obstante, inaceptable. Si el marido escocés demanda a su mujer para que lo acompañe en sus vacaciones a Francia, el juez, según Atria, debería rechazar su acción. Si acto seguido la esposa escocesa demanda a su marido ante el mismo juez para que la acompañe a Sudáfrica, el juez debería igualmente rechazar su acción. Hasta aquí las cosas no parecen ir tan mal, ya que el juez podría fundar satisfactoriamente ambas decisiones en una norma general –que no formaba parte del derecho escocés– que dijese ‘Ninguno de los cónyuges está obligado a seguir la elección del lugar de las vacaciones hecha por el otro cónyuge’. Pero ocurre que Atria rechaza esta última idea, y en esto procede sensatamente pues, si la aceptara, estaría reconociendo que en casos semejantes los jueces poseen discrecionalidad. La razón por la que Atria cree que no resultaría arbitrario resolver de este modo ambos casos es porque en ninguna de las dos decisiones el juez invocaría una regla general que califique deónticamente el caso genérico considerado. Para ilustrarlo presenta un ejemplo con dos variantes: supóngase que Dworkin intenta entrar en un parque andando en bicicleta y es llevado ante el juez por un policía para que le imponga una multa. Admítase por hipótesis que hay una laguna normativa sobre la cuestión. El juez, sobre tales bases, absuelve a Dworkin. Sin embargo, a juicio de Atria, ello no permitiría inferir que el juez ha creado una norma general que permite andar en bicicleta por el parque, porque si después de haber sido absuelto, Dworkin intentara ingresar de nuevo al parque con su bicicleta y alguien tratara de impedirlo, en caso de que Dworkin concurreniera entonces al mismo juez, este podría sin contradicción resolver que no hay norma alguna que impute consecuencias normativas al caso de un ciudadano impidiendo a otro andar en bicicleta en el parque, porque para decidirlos el juez no habría invocado ninguna regla general que califique deónticamente el caso.¹⁹⁵

Lo que posibilitaría eludir el cargo de arbitrariedad en tales situaciones, según Atria, sería que los jueces deberían resolverlos rechazando la petición ‘por razones institucionales’, ‘sin calificar deónticamente el caso particular’. Pero esto es incorrecto. Para mostrarlo, introduzcamos una variación en el ejemplo de la pareja escocesa. El marido reclama al juez que obligue a su mujer a ir a Francia. El juez rechaza la demanda porque no encuentra norma aplicable. La mujer, con sobradas razones, pensará que tiene un derecho subjetivo jurídico a no acompañar a su marido a Francia. Pero el marido, pese a la decisión judicial, insiste en llevarla a Francia. Entonces la mujer se presenta ahora ante el juez demandando a su marido, no para que la acompañe a Sudáfrica, sino para que al menos se le permita no ir con su marido a Francia. El juez, siguiendo la lógica de Atria, resuelve ‘por razones institucionales’ rechazar la demanda ya que nadie ha violado ninguna norma primaria.¹⁹⁶ En ninguno de los dos casos habría invocado ninguna norma general que califique deónticamente el caso genérico del cual la acción considerada es una instancia. Y, no obstante, es claro frente a estas dos decisiones que ellas resultan contradictorias y, por ende, que son arbitrarias.

Hay, sin duda, situaciones en las que los jueces deben rechazar peticiones ‘sin calificar deónticamente el caso particular’, es decir, sin formular un juicio normativo respecto del caso, limitándose a ‘dejar de lado la cuestión’, como lo expresa Soeteman.¹⁹⁷ Soeteman considera que un juicio normativo –a diferencia de una proposición normativa (*normative statement* es la expresión que usa el autor)– expresa una evaluación y requiere de justificación, lo que implica que cualquiera en el mismo contexto normativo, con la misma competencia, debería hacer lo mismo. Respecto de

la afirmación de una proposición normativa que sostiene que cierta norma es válida, la opinión de quien formula el enunciado acerca de si la norma debe ser válida puede desempeñar algún papel, pero la proposición normativa no deriva su sentido de tales opiniones. De ahí que los juicios normativos tengan un 'significado para el futuro' y un 'significado como precedentes', de los que carecen las proposiciones normativas. Estas características estarían ausentes cuando el juez se limita a 'dejar de lado la cuestión', pues en tales casos se reserva la potestad de prohibir (o de permitir positivamente) un acto análogo en una ocasión futura. En casos semejantes el juez no expresa una evaluación de la cuestión que se le somete a juzgamiento, esto es, en la terminología de Atria, no caracteriza deónticamente el caso particular. Según Soeteman, tal sería el caso, por ejemplo, cuando un juez penal deja de lado ciertas defensas debido a que, incluso aunque fuesen admitidas, no tendrían influencia en el resultado final del juicio, o de un tribunal de apelación cuando no considera ciertos agravios debido a que otro fundamento de apelación será aceptado. Una situación semejante (aunque no caracterizada por Soeteman bajo la expresión 'dejar la cuestión de lado') se presentaría cuando un juez se declara incompetente para resolver el caso. En tales circunstancias, no se trataría de que la calificación normativa de la acción no sea relevante respecto de la cuestión planteada, sino que el juez 'suspendería' su evaluación normativa debido a que la demanda debería ser presentada ante otro órgano. En ambas situaciones –cuando se 'deja de lado una cuestión' y en las declaraciones de incompetencia– existiría una cierta evaluación normativa, pero no sería una evaluación del acto a cuyo respecto se solicita al juez un pronunciamiento. Se trataría de evaluaciones acerca de si es deseable o no formular un juicio normativo positivo sobre la acción, es decir, evaluaciones de admisibilidad, no evaluaciones sustantivas.

Ninguna de las situaciones que examina Soeteman es análoga a las de los ejemplos de Atria. Atria pretende asimilar casos como el de la pareja escocesa, o los de la bicicleta de Dworkin, con casos en los que la acción no fue patrocinada por un abogado habilitado o fue presentada ante un tribunal incompetente, lo cual es un error. Si una persona interpone una demanda que adolece de defectos formales, como sería el caso de la falta de firma de abogado habilitado, el juez ha de rechazar la acción sin importar quién reclame qué, porque las reglas secundarias lo obligan a hacerlo sobre la exclusiva base de una evaluación de admisibilidad. Si x demanda a y ante un juez para obligarlo a realizar cierta acción A , y el juez que ha de resolver es incompetente para solucionar la cuestión, debe inhibirse de seguir entendiendo en el caso. Y, nuevamente aquí, como ello obedece a que las reglas secundarias obligan al juez a limitarse a una evaluación de admisibilidad, si hubiese sido y el que hubiese interpuesto la demanda contra x a efectos de que se le permitiera abstenerse de realizar el acto A , su reclamo debería correr la misma suerte. Pero si el juez es competente, la demanda no tiene defectos formales, y si no hay norma en el sistema que diga ni que y debe realizar la acción A ni que y puede no realizar la acción A , suponiendo por una parte que x demanda a y para que el juez lo obligue a hacer A y, por la otra, que y demanda a x solicitando al juez que le permita no hacer A , o bien el juez no resuelve ninguno de los dos casos con el argumento de que el derecho no dice nada sobre la cuestión, o bien rechaza una de las dos demandas, pero entonces debe hacer lugar a la otra, o bien es un irracional y una de sus dos decisiones es injustificable. Porque frente a una situación semejante, el juez no está habilitado para eludir un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión y, sea lo que sea lo que resuelva, su decisión tendrá efectos normativos que trascenderán una mera evaluación de admisibilidad, esto es, tendrán consecuencias sustantivas respecto del caso.

Una teoría sobre la función jurisdiccional debería poder distinguir entre aquellas situaciones en las que un juez debe, en función de lo prescripto por las reglas secundarias, evitar un pronunciamiento

sobre el fondo de la cuestión planteada, como ocurre con las demandas con defectos formales o en los casos de incompetencia, de situaciones como las de los ejemplos considerados por Atria. Para hacerlo, es necesario aceptar que en las segundas el juez no puede resolver sin calificar deónticamente el caso individual. Ahora bien, si los jueces pueden resolver estos casos que ‘el derecho no regula ni pretende regular’ sin calificar deónticamente el caso particular, tiene que existir una norma que los habilite a actuar de ese modo. Y esa norma no puede ser una norma moral sino una norma jurídica, dado que el derecho podría tener la pretensión de regular casos que no debe moralmente regular, así como no tener la pretensión de regular casos que sí debe moralmente regular. No obstante, resulta enteramente contingente que en un sistema jurídico exista una regla secundaria semejante, con lo cual la tesis de Atria de que frente a tales casos los jueces siempre podrían (y deberían) adoptar sus decisiones sin calificar deónticamente el caso particular carece de justificación.

8.4. Lagunas y casos no regulados por el derecho

Atria plantea dos objeciones respecto de la noción de laguna normativa delineada por Alchourrón y Bulygin:

a) Si por ‘laguna normativa’ se entiende simplemente una situación en la que la conducta no está prohibida ni permitida positivamente por el derecho, entonces habría una infinidad de lagunas en este sentido.

b) ¿Cómo distinguir entre una laguna normativa y los casos que el derecho no pretende regular? Nadie diría que hay una laguna si el derecho no regula, por ejemplo, el tipo de letra escogida para escribir este trabajo. Pero si se dice que una laguna es una situación en la que ‘seriamente’ falta una norma, ¿cómo distinguir las situaciones serias de las que no lo son? El criterio distintivo parecería depender necesariamente de valoraciones, pero entonces la diferencia entre las lagunas normativas y las lagunas axiológicas se desdibujaría.

Es interesante advertir que Soeteman formula un cuestionamiento a las ideas de Alchourrón y Bulygin muy semejante a este.¹⁹⁸ Soeteman distingue entre lagunas en el derecho y ausencia de normas. La ausencia de normas en un sistema jurídico no se identificaría con el problema de las lagunas en el derecho por cuanto estas últimas serían, para Soeteman, conflictos de intereses a los que se enfrenta o puede enfrentarse un juez y que, injustamente, no han recibido (hasta ahora) atención por parte del actual sistema jurídico. Desde este punto de vista, critica la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas de Alchourrón y Bulygin. A su criterio, Alchourrón y Bulygin llaman ‘lagunas normativas’ a la ausencia de normas, y ‘lagunas axiológicas’ al caso en el que ciertas excepciones a las normas existentes se han omitido erróneamente. Para Soeteman, las segundas serían parte de aquello a lo que los juristas hacen referencia con la expresión ‘lagunas en el derecho’. Pero, en cambio, no toda ausencia de normas sería una laguna, por cuanto ciertas situaciones en las que falta una norma no podrían ser consideradas como ausencias *incorrectas*. De ello concluye que no es posible establecer de manera objetiva la existencia de lagunas: la afirmación de que existe una laguna en el derecho contendría un juicio de valor consistente en que la autoridad normativa ha omitido *erróneamente* suministrar una regla o una excepción a una regla.¹⁹⁹ Señala que allí residiría una de las dificultades de la noción de laguna axiológica de Alchourrón y Bulygin: la constatación de su existencia dependería de una decisión normativa, de

una valoración y, por ello, para Alchourrón y Bulygin la discusión racional del problema no sería posible debido a su escepticismo ético.

Es importante resaltar que pese a la diferencia que media entre el problema de la falta de regulación jurídica de un caso y la noción de laguna axiológica, existe una interesante semejanza estructural en lo que atañe a la dificultad que ambas situaciones provocan. Veamos:

Casos sin regulación jurídica: respecto del derecho, las acciones caen en dos categorías posibles, conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes: acciones reguladas por el derecho y acciones no reguladas (hasta ahora) por el derecho. ¿Qué debe hacer el juez frente a un caso en el que se presenta alguna de las segundas?

Lagunas axiológicas: respecto del derecho, las propiedades que caracterizan un caso caen en dos posibles categorías, conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes: propiedades reputadas relevantes por el derecho y propiedades no reputadas (hasta ahora) como relevantes por el derecho. ¿Qué debe hacer un juez frente a un caso en el que se presenta alguna de las segundas?

Hay una razón que justifica la existencia de esta semejanza estructural entre ambos problemas. Alf Ross, al analizar los componentes de las normas, distingue lo que llama *situación* de lo que llama *tema*.²⁰⁰ La primera se refiere a las características del caso en el que la norma debe ser seguida, mientras que el segundo indica cómo deben actuar los sujetos destinatarios de la norma, de manera que se corresponden, respectivamente, con la condición de aplicación y el contenido de las normas, siguiendo la terminología de von Wright.²⁰¹ Pero luego de trazar la distinción, Alf Ross, correctamente, señala que en realidad no existen criterios precisos para distinguir ambos elementos. Y ello debido a que, sin cambiar su significado, una formulación normativa como 'Es obligatorio sancionar a los homicidas' puede ser reformulada como 'Si alguien comete homicidio, debe ser sancionado'. Bajo la primera formulación, la norma sería categórica respecto de la situación y el tema prescripto sería sancionar a los homicidas, mientras que en la segunda formulación, la norma sería hipotética respecto de la situación, puesto que ella impondría un deber, en el caso de que se cometiera homicidio, de sancionar al autor de ese hecho.

Supóngase que, frente a la norma anterior, se plantea el problema de si corresponde o no sancionar a quien mata por piedad. ¿Se trata de una cuestión que concierne a la situación o al tema? O, para emplear la terminología de Alchourrón y Bulygin, ¿al caso o a la solución normativa? Si el problema se analiza bajo la primera formulación de la norma, concierne a la acción que la norma prescribe. La pregunta será entonces si sancionar a quien mata por piedad encuadra o no en la acción prescripta de sancionar a los homicidas, de modo que lo que se encuentra en tela de juicio es la identidad de las acciones. Si en cambio el problema se analiza bajo la segunda formulación, concierne al caso que la norma regula. En tal hipótesis la pregunta será si un caso de homicidio que posee la propiedad adicional de haberse cometido por piedad merece o no la misma solución normativa prescripta para los homicidios ordinarios, de modo que lo que se encuentra en tela de juicio es la identidad del caso. Obsérvese que lo único que cambia en uno y otro enfoque es el mayor énfasis que parece ponerse, en el primer caso, en la evaluación de la conducta de quien ha de aplicar la sanción y, en el segundo, en la del autor del hecho que se enjuicia.

Por supuesto, esta diferencia meramente verbal no puede justificar una diferencia en su tratamiento teórico. En ambos enfoques la solución del problema requiere de una evaluación

normativa. Es por esta razón que tanto Atria como Soeteman destacan que no existiría una línea de demarcación clara entre los casos no regulados y las lagunas axiológicas.

Sin embargo, existe un notorio malentendido en la base de estas objeciones. Las lagunas normativas no son, de acuerdo con la caracterización de Alchourrón y Bulygin, simplemente casos no regulados por el derecho. En *Normative Systems* las lagunas normativas se caracterizan como casos, *definidos en función de las propiedades que, de conformidad con las fuentes admitidas como válidas para la producción de derecho, poseen relevancia normativa, no correlacionados con ninguna solución.*²⁰² Desde ese punto de vista, no toda 'situación en la que una conducta no está prohibida ni permitida positivamente' es una laguna normativa. Supóngase un sistema jurídico que contiene solo una norma: si alguien mata a otra persona debe ser sancionado. Frente a un sistema semejante, el que una persona cierre las ventanas de su casa en ocasión de una tormenta puede ser descrito como una situación en la que la conducta no está prohibida ni permitida positivamente, pero no se trataría de una laguna normativa. La acción de cerrar una ventana no ha sido calificada normativamente por ninguna norma del sistema, ninguna propiedad es normativamente relevante a su respecto y, consiguientemente, no puede hablarse de laguna normativa en tal situación.

La consistencia y la completitud no se encuentran exactamente en el mismo plano si se las juzga desde la perspectiva de la racionalidad en el dictado de normas. Como lo sostiene Juliano Maranhão:

... si se asume a la posibilidad de satisfacer las normas como criterio de evaluación de la acción de dictar normas, se considerará a un sistema inconsistente como el resultado de una voluntad irracional y ello constituirá una razón para revisarlo a fin de restablecer la racionalidad. Sin embargo, aunque los juristas consideran a una laguna como un defecto que debería ser 'llenado', si la posibilidad de satisfacer las normas es el único criterio de evaluación, la presencia (o ausencia) de lagunas constituirá una propiedad irrelevante de un sistema en lo que respecta a la racionalidad del legislador.²⁰³

De todos modos, podría pensarse en complementar el criterio de la posibilidad de satisfacer las normas como patrón de racionalidad para el análisis de los sistemas normativos con el de completitud, si es que se considera que las lagunas constituyen defectos de los sistemas normativos. A primera vista, este sería un ideal considerablemente más fuerte que el de consistencia, sobre todo si se tiene en cuenta que parecería implicar que la autoridad normativa ha de tomar una decisión respecto de la calificación normativa de toda acción en cualquier caso posible.

Sin embargo, no es necesario asumir una exigencia de completitud tan fuerte como esa que, como lo expresa Frederick Schauer, aspiraría a determinar todas las controversias.²⁰⁴ Al respecto, Cristina Redondo ha advertido la importancia de diferenciar el ideal de un *sistema cerrado*, esto es, completo respecto de cualquier universo de casos y cualquier universo de acciones, del ideal de un *sistema completo*, es decir, completo con respecto a un cierto universo de casos y un cierto universo de acciones.²⁰⁵ Esta distinción podría ser refinada distinguiendo al menos las siguientes alternativas:

- (1) completitud respecto de un cierto universo de casos y un cierto universo de acciones;

(2) completitud respecto del universo de casos relevantes para cada universo de acciones normativamente considerado;

(3) completitud respecto de todo universo de casos para todo universo de acciones.

Lo que Redondo denomina 'ideal de un sistema cerrado' se corresponde con (3), mientras que el 'ideal de un sistema completo' se corresponde con (1). Pero (1) no parece revestir mucho interés, por lo que no se ve con claridad por qué calificarlo como un 'ideal'.²⁰⁶ En cambio, (2) sí podría entenderse como un ideal racional en el siguiente sentido: si la autoridad normativa ha decidido calificar normativamente una acción *A* y para ello ha atribuido relevancia normativa a *n* propiedades, dado que ellas definen 2^n casos posibles, resultaría racionalmente exigible que califique normativamente esa acción *A* para los 2^n casos posibles determinados por tales propiedades. El ideal del sistema completo, entendido en este sentido, parece particularmente deseable respecto de los sistemas jurídicos. Es tomando en cuenta este ideal que Alchourrón y Bulygin definen su noción de laguna normativa.

¿Cuál sería la línea demarcatoria entre los casos que el derecho no solo no regula sino que no tiene pretensión de regular y las 'lagunas normativas' en el sentido indicado? Con relación a las lagunas normativas se puede sostener que se trata de casos que 'el derecho pretende regular', sin que ello importe efectuar ninguna valoración moral. Frente a una laguna normativa, la conducta de que se trata ha recibido cierta calificación normativa al menos respecto de ciertos casos, definidos a partir de propiedades que resultan descriptivamente relevantes, esto es, propiedades cuya presencia o ausencia determina soluciones diferenciadas en el sistema. No obstante, en un caso que resulta igualmente definido a partir de tales propiedades, se ha omitido calificar normativamente la misma acción. De manera que podría sostenerse que se trata de un caso que el derecho 'pretende regular', puesto que i) la acción cuya calificación normativa preocupa ha sido considerada por la autoridad normativa al menos respecto de ciertos casos, y ii) el caso que preocupa es uno que resulta de la consideración de propiedades que son descriptivamente relevantes respecto de esa acción, no de propiedades cuya eventual relevancia es evaluada desde una perspectiva valorativa externa al sistema. Ahora bien, si es en este sentido en el que puede sostenerse que el derecho 'pretende regular' el caso de laguna normativa, los casos que el derecho 'no pretende regular' serían a) casos en los que la acción considerada no ha sido calificada normativamente frente a ningún caso, o b) casos que no resultan definidos por propiedades descriptivamente relevantes de conformidad con el sistema, sino por propiedades a las que el intérprete asigna relevancia normativa.

Los casos del tipo b), en la medida en que el intérprete estime que la solución normativa que surge del sistema resulta inadecuada debido a la falta de consideración de una propiedad que, a su juicio, merece ser reputada relevante, son los que hemos denominado *lagunas axiológicas*. De conformidad con las definiciones ofrecidas, las categorías de laguna axiológica y laguna normativa son mutuamente excluyentes, puesto que para que pueda hablarse de una laguna axiológica el caso debe tener solución en el sistema, esto es, no puede constituir una laguna normativa.²⁰⁷

¿Qué tipo de problema es el que se da en situaciones como las de tipo a)? Se trata de situaciones semejantes a las lagunas normativas porque en ellas el derecho no califica normativamente una acción en cierto caso genérico. Difiere de las lagunas normativas, no obstante, porque el caso en cuestión no es uno que resulte definido por propiedades que sean relevantes de conformidad con

el sistema. Y ello por cuanto, para que pueda señalarse que una propiedad es descriptivamente relevante con relación a una cierta acción, es menester que las normas del sistema asignen soluciones normativas diferenciadas a dicha acción en función de su presencia o ausencia. Esta circunstancia no se verifica en casos como los considerados, porque la acción bajo análisis no ha merecido calificación normativa alguna respecto de ningún caso. Es por esta circunstancia que estas situaciones también difieren de las lagunas axiológicas, ya que en estas últimas la acción ha merecido una calificación normativa y, adicionalmente, el caso problemático tiene una solución en el sistema.

En la clase genérica de situaciones como estas quedan comprendidos tanto casos en los que nadie 'seriamente' diría que existe una laguna, porque se trata de acciones que ningún sistema jurídico se tomaría el trabajo de regular, como situaciones más oscuras que bien puede ocurrir que generen conflictos que lleguen a los tribunales y exijan de ellos alguna solución. En realidad, nada obsta a que casos de conductas que el derecho no regula ni parece que resulte sensato que se encargue de regular también deban ser resueltos por los jueces. Mucha gente plantea ante los tribunales cuestiones por completo ridículas o extravagantes, y los jueces disponen de un nutrido arsenal de recursos procesales para eludir la emisión de un pronunciamiento. En otras palabras, muchas veces los reclamos formulados sobre tales bases corren de hecho la suerte que Atria estima que deben siempre correr: son rechazados sobre la base exclusiva de un juicio de admisibilidad.

La línea de demarcación entre situaciones como estas que se reputen poco serias y las que se reputen mínimamente serias es, evidentemente, imprecisa. Sin embargo, ello no genera problema alguno para distinguir con claridad entre las lagunas normativas y los casos de situaciones 'poco serias' que el derecho no solo no regula sino que 'no pretende regular', y mucho menos dificulta el criterio de demarcación entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. Esos casos 'poco serios', junto con otros un poco más serios de características no obstante muy semejantes y con las lagunas normativas, conforman el conjunto de las situaciones no reguladas por el derecho. Las dos primeras categorías —entre las cuales no existe ninguna demarcación precisa— comprenden acciones que no han recibido ninguna calificación normativa por parte de las normas del sistema frente a ningún caso. Las lagunas normativas, por el contrario, son supuestos de acciones que han merecido alguna calificación normativa en el sistema, pero en los que la autoridad normativa ha omitido calificar deónticamente dicha acción frente a uno de los casos que resultan definidos en función de las propiedades que ella misma ha reputado relevantes.

El caso de la pareja escocesa parece un supuesto problemático de situación no regulada por el derecho que no constituye una laguna normativa, esto es, uno de esos supuestos que se ubicarían en la segunda de las categorías antes indicadas. Se trata de una acción que sencillamente no ha sido calificada normativamente por las normas del sistema, pero que no parece un caso tan 'poco serio' de inexistencia de regulación jurídica como el de la elección del tipo de letra para este trabajo. Ahora bien, aunque no se trate de un caso extravagante, media entre él y un supuesto de laguna normativa una diferencia crucial: aquí no existe ninguna norma que califique normativamente la acción bajo consideración frente a ningún caso. Si la acción se encontrase regulada y el problema surgiese debido a que esa solución se considera inadecuada porque la autoridad normativa no ha asignado relevancia a una propiedad que se estima normativamente relevante, se trataría de una laguna axiológica. Y si las propiedades que definen el caso poseen relevancia normativa pero respecto de otras acciones, de todos modos no se verificaría la primera condición (i) que se especificó al aclarar en qué sentido una laguna normativa es un caso que el

derecho 'pretende regular'. En otras palabras, si se interpreta que este caso es un caso no regulado pero que el derecho 'pretende regular', esta última expresión no tiene el mismo significado que en los supuestos de lagunas normativas: con ella se está encubriendo en realidad una valoración acerca de qué casos el derecho 'debería regular', lo cual no ocurre en el caso de las lagunas normativas, en las que a lo sumo podría decirse que se presupone cierta exigencia de racionalidad.

La respuesta de Atria para casos como este resulta evidentemente insatisfactoria: más allá de que es posible que un juez busque algún resorte procesal para intentar eludir un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, salvo que esté habilitado a hacer tal cosa por las reglas secundarias del sistema, su deber consiste en dictar un pronunciamiento calificando deónticamente el caso particular en algún sentido. Y para decidir en qué sentido tendrá discrecionalidad.

9. Consistencia y contradicciones normativas

9.1. La noción de contradicción normativa

Precisar la noción de contradicción normativa presupone internarse en un problema que ha generado muchas controversias entre quienes se ocupan del análisis del discurso prescriptivo, problema que hemos explorado someramente en el módulo I: la posibilidad de aplicar la lógica al dominio normativo. Si se acepta que las normas carecen de valores de verdad, es evidente que el significado de la frase 'contradicción entre normas' –si es que hay algo a lo que le quepa tal calificación– no puede identificarse con el sentido de una contradicción entre proposiciones. La idea de contradicción se define tradicionalmente a partir de la noción de verdad, y hemos asumido que las normas no son ni verdaderas ni falsas. Surge entonces la cuestión acerca del modo en que puede alcanzarse una caracterización satisfactoria de la noción 'contradicción entre normas', es decir, sobre cómo trasplantar la noción de contradicción entre enunciados al campo normativo.

El paradigma de lo que los lógicos interpretan por una contradicción normativa está representado por el par deóntico Op y $O\sim p$, esto es, cuando es obligatoria tanto una conducta como su abstención –o, lo que es lo mismo, cuando la misma conducta se impone como obligatoria y a la vez se prohíbe. Si bien parece difícil que un intérprete dude acerca de que esas normas son en algún sentido contradictorias, no resulta sencillo explicar por qué ambas lo son.

Por lo pronto, no podría decirse que son contradictorias porque no pueden ser ambas verdaderas puesto que, como se dijo, no corresponde predicar verdad o falsedad de las normas. Tampoco es posible hacer derivar la incompatibilidad del hecho de que no puedan coexistir ambas en un conjunto:²⁰⁸ en realidad, nada impide que un legislador ordene un acto y su abstención, de manera que sí pueden coexistir (fácticamente). Cuando se habla de incompatibilidad como imposibilidad de coexistencia de dos normas en un conjunto se está haciendo referencia a que ambas no pueden coexistir *consistentemente*. Pero de este modo se estaría presuponiendo lo que se quiere definir.

Una alternativa teórica ideada para superar tales objeciones ha postulado la necesidad de situar el análisis desde el plano de la autoridad normativa y, con criterio pragmático, señalar que existirá una contradicción normativa toda vez que se presente una discordancia entre la intención de ordenar y su expresión verbal. Al ordenar una cierta conducta, es normal que la intención de la autoridad normativa sea que el acto en cuestión se realice. Así, habría contradicción entre dos

normas para un 'legislador normal' cuando sus expresiones lingüísticas (por ejemplo, Op y $O\sim p$) frustran tal intención genérica.²⁰⁹

Esta respuesta encierra, sin embargo, inconvenientes. Así como nada obsta a que de hecho un legislador ordene un acto y su abstención, tampoco es imposible que un legislador quiera que se realice una acción y también quiera que no se realice: cualquier autoridad normativa real puede tener intereses o voliciones conflictivas. Hasta podría pensarse en un legislador que tuviese el malicioso interés de normar una conducta de manera incoherente, para tener luego la posibilidad de aplicar o no sanciones de acuerdo con lo que le resulte circunstancialmente más conveniente. El intento de escapar a esas objeciones mediante la apelación a la idea de un 'legislador normal' o 'racional' no es más que una solución *ad hoc*, que elimina los problemas a través de una estipulación verbal.²¹⁰

Otra alternativa para explicar la noción de contradicción entre normas propone situarse en la perspectiva del sujeto destinatario de ellas, identificando la noción de contradicción normativa con la imposibilidad lógica de cumplimiento. Sin embargo, quien afirma que dos normas son contradictorias cuando un sujeto no puede satisfacer ambas al mismo tiempo por razones lógicas no advierte que en tal caso está predicando que el sujeto no puede al mismo tiempo hacer verdadera la proposición p y la proposición $\sim p$, esto es, los *contenidos* de las normas contradictorias. Con ello se estaría brindando un criterio para identificar contradicciones entre contenidos normativos —no pueden ser verdaderas p y $\sim p$ — pero no se explica en definitiva por qué las *normas* son incompatibles. La contradicción entre contenidos normativos es condición necesaria pero insuficiente para que se configure una contradicción entre normas. Ello se aprecia claramente al reparar en que dos normas permisivas de un acto y su abstención, Pp y $P\sim p$, no implican contradicción alguna.²¹¹

A partir de esta última observación, fundada en el carácter deóntico de las normas, se hace necesario asumir ese componente como un ingrediente cuya relevancia no puede ser obviada al momento de caracterizar la noción de contradicción normativa, al menos si se reputa al acto de permitir como un acto lingüístico diverso del de obligar. En tal caso, no solo habrá contradicción cuando una autoridad haya ordenado y prohibido un mismo acto, sino también cuando lo haya permitido y prohibido.

A efectos de lograr una adecuada reconstrucción de la noción de contradicción entre normas, entonces, deberían establecerse criterios diferentes para identificar contradicciones en conjuntos de normas de obligación, en conjuntos de normas permisivas y en conjuntos mixtos de normas de obligación y permisivas. El problema es que no puede hablarse de la imposibilidad lógica de cumplimiento por parte de un cierto agente respecto de las normas permisivas, puesto que no tiene sentido hablar del 'cumplimiento' de un permiso. Los permisos no se cumplen o incumplen: se usan o no se usan. Podría entonces decirse que un sistema normativo compuesto tanto por normas de obligación como por normas permisivas es consistente cuando es lógicamente posible para un cierto agente cumplir con todas las obligaciones y, al mismo tiempo, usar cada uno de los permisos. Un sistema normativo que no satisfaga esa condición, esto es, cuando de él sea posible derivar al menos una contradicción normativa, será inconsistente. Así, si un sistema normativo incluye a las normas $O\sim p$ y Pp será inconsistente, puesto que resultaría lógicamente imposible para un cierto agente usar el permiso sin incumplir la obligación.²¹²

La caracterización de la noción de contradicción entre normas de un sistema jurídico es relativa a varios factores. Entre ellos, es importante resaltar que dos normas formuladas por la misma autoridad pueden resultar contradictorias respecto de un sujeto y no respecto de otro, tanto como dos normas dictadas por diferentes autoridades normativas pueden ser reputadas incompatibles entre sí respecto de un cierto sujeto. En el primer caso, si una misma autoridad normativa *x* establece las normas 'Es obligatorio para *y* y para *z* realizar el acto *p*' y 'Es obligatorio para *y* abstenerse de realizar el acto *p*', es evidente que este conjunto de normas es inconsistente respecto de *y*, pero es perfectamente consistente respecto de *z*. En otras palabras, la autoridad normativa habrá normado consistentemente la conducta de *z* pero inconsistentemente la de *y*.

En el segundo supuesto, si una autoridad normativa *x* dicta la norma 'Es obligatorio para *y* realizar el acto *p*' y otra autoridad normativa, *z*, establece la norma 'Es obligatorio para *y* abstenerse de realizar el acto *p*', pese a que tanto el conjunto de las normas dictadas por *x* como el conjunto de las normas dictadas por *z*, considerados independientemente uno del otro, pueden ser perfectamente consistentes, el conjunto que resulta de la unión de los conjuntos de normas dictadas por *x* y por *z* no lo es respecto del sujeto *y*.

Además de las consideraciones anteriores, deben tenerse en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en las cuales las normas exigen o permiten realizar o abstenerse de realizar ciertos actos. Solo habrá contradicción entre dos normas cuando exista coincidencia total o parcial en la ocasión, como se daría en el caso de que ambas exigieran la realización y la abstención de una misma conducta al mismo tiempo y en el mismo lugar.

De acuerdo con lo expresado, podría reconstruirse la noción de contradicción normativa en términos de la imposibilidad lógica por parte de un sujeto de dar satisfacción a todos los contenidos normativos de las normas de obligación y a cada uno de los contenidos normativos de las normas permisivas de un sistema de normas, dictadas por una cierta autoridad y con relación a una cierta ocasión.

9.2. Conflictos normativos y de instanciación

Como ya se ha comentado, Kelsen sostiene que no puede haber contradicciones entre las normas de un mismo sistema jurídico. No porque no pueda darse el caso de que distintas autoridades normativas –o una misma autoridad en tiempos diferentes– dicte normas incompatibles, sino porque tales conflictos aparentes podrían siempre ser solucionados por el intérprete apelando a principios tales como *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Una primera observación crítica respecto de esta idea de Kelsen es que estos tres criterios no parecen resolver todos los casos posibles de contradicciones. Puede ocurrir que dos normas de distinta jerarquía, dictadas en el mismo tiempo y con la misma extensión deriven en soluciones incompatibles. Kelsen afirma que para esas situaciones debe interpretarse o bien que el legislador ha conferido una autorización al órgano decisor para que escoja cuál de las normas aplicar, o bien que no se ha producido ningún acto cuyo sentido subjetivo sea la creación de una norma. Esto último por cuanto, en la teoría kelseniana, crear una norma significa tener la voluntad de dirigir la conducta del sujeto en algún sentido. Si la autoridad normativa prohíbe la realización de una conducta y al mismo tiempo obliga a cumplirla, no pone de manifiesto la voluntad de dirigir la

conducta de los agentes en ningún sentido, de modo que ese acto no tendría siquiera el sentido subjetivo de ser el dictado de una norma.

No obstante ello, el hecho de que se le quite el carácter de norma jurídica a las normas contradictorias no soluciona el problema. En realidad, por esta vía no se está empleando un criterio para resolver el conflicto: simplemente se está restringiendo el concepto de 'norma'. Así, el problema de las contradicciones normativas no solo subsiste, sino que queda oculto detrás de una definición *ad hoc*.

Podría ocurrir también que ante una contradicción entre normas devenga aplicable más de uno de los criterios señalados, y que la aplicación de cada uno conduzca a resultados distintos. Por ejemplo, si una ley anterior pero más específica colisiona con otra que resulta posterior pero más genérica, no puede discernirse, ante la falta de un criterio superior, si debe aplicarse el de *lex posterior* o el de *lex specialis*.²¹³

De todas maneras, hay un problema más general en la línea de argumentación que pretende utilizar Kelsen para justificar su tesis de la necesaria unidad lógica de todo sistema jurídico. En los sistemas jurídicos no hay uno sino una pluralidad de individuos y órganos legitimados para el dictado de normas, aun cuando pueda considerarse metafóricamente que todos ellos actúan en representación de una única autoridad normativa (el Estado). El caso de contradicción más frecuente es aquel en el cual una autoridad emite una prescripción incompatible con respecto a otra dictada por una autoridad distinta. Los juristas utilizan, para la resolución de contradicciones entre normas emitidas por autoridades diferentes, criterios como el que apela a la jerarquía de la autoridad que la dictó (*lex superior*), y si las autoridades son del mismo rango, criterios como el que apela a la mayor especificidad (*lex specialis*) o la mayor proximidad en el tiempo del acto de promulgación (*lex posterior*). Todo sistema jurídico establece explícita o implícitamente ciertos criterios de preferencias entre sus normas. Pero contrariamente a lo que parece considerar Kelsen, lejos de conferir apoyo a la tesis de la necesaria consistencia de los sistemas jurídicos, la existencia de estos criterios para la resolución de contradicciones entre normas jurídicas muestra no solo que tales contradicciones existen, sino también que ello es vivido por los juristas como algo intolerable.

Desde luego, no es muy frecuente en la práctica que un legislador dicte una norma que regula un caso enlazándolo con una solución y otra que correlacione exactamente el mismo caso con una solución inconciliable con la primera.²¹⁴ Este tipo de inconsistencia es llamada por Alf Ross de tipo *total-total*, y cuando ella se verifica ninguna de las dos normas en juego puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra.²¹⁵

Pero además de las inconsistencias totales-totales, Ross distingue otros dos tipos de inconsistencia. En primer lugar, la que califica como *total-parcial*, que se produciría cuando una de las normas en conflicto no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, en tanto que la segunda posee un campo de aplicación adicional en el que no está en conflicto con la primera.²¹⁶ En segundo lugar, la que llama de tipo *parcial-parcial*, que se presentaría cuando cada una de las normas en conflicto tiene un campo de aplicación en el que entra en colisión con la otra, pero también tiene un campo adicional de aplicación en el que no se producen conflictos, de modo que el área de incompatibilidad de cada una se superpone solo parcialmente.²¹⁷

Las inconsistencias más comunes en los sistemas jurídicos son las de tipo parcial-parcial. En tales casos, normas aparentemente consistentes entre sí provocan, no obstante, 'conflictos normativos'

significativos.²¹⁸ Supóngase, como ejemplo, que en un sistema jurídico coexisten las dos siguientes formulaciones normativas:

FN₁: 'Es obligatorio que los automovilistas se detengan frente a los semáforos en rojo'.

FN₂: 'Está prohibido que los automovilistas se detengan junto a zonas militares'.

Las normas expresadas por estas formulaciones se podrían formalizar de la siguiente manera:

N₁: $p \rightarrow Oq$

N₂: $r \rightarrow O\sim q$

entendiendo por p el hecho de que los automovilistas se encuentren frente a semáforos en rojo, r como la circunstancia de que los automovilistas se encuentren junto a zonas militares y Oq y $O\sim q$ como la obligación y la prohibición de detenerse, respectivamente.

Así interpretadas, estas normas no son en sentido estricto contradictorias, y cada una tiene un área de aplicación que no colisiona con la de la otra, pero eso no quita que pueda generarse, para quien deba cumplir con lo prescripto por ellas, una situación conflictiva indiscernible de la contradicción canónica entre Op y $O\sim p$. Bastaría para ello con que a una autoridad normativa se le ocurriese la poco brillante pero posible idea de ubicar un semáforo junto a una zona militar –como ocurría hasta hace unos años atrás frente a la base naval de Mar del Plata.

Lo que muestra este ejemplo es que dos normas no contradictorias en apariencia pueden resultar incompatibles ante el acaecimiento de determinadas circunstancias de hecho. Siguiendo con el mismo caso, si se dieran conjuntamente las condiciones p y r –semáforo rojo y zona militar– resultaría obligatorio y a la vez prohibido detenerse (Oq y $O\sim q$). En consecuencia, podría decirse que un conjunto de normas puede ser consistente *vía determinados hechos*, esto es, ante el acaecimiento de determinadas circunstancias fácticas, e inconsistente *vía otros hechos*.²¹⁹

Una acción puede ser exigida como obligatoria si se presenta cierta situación de hecho, pero dejar de serlo en otra. Así, podría interpretarse a las dos prescripciones del ejemplo de modo tal que la obligación genérica de detenerse frente a los semáforos en rojo cediera en el caso particular de colisión con la obligación de proseguir la marcha junto a una zona militar. En tal intelección, el sistema integrado por tales normas debería ser reconstruido del siguiente modo:

N₁': $(p \wedge \sim r) \rightarrow Oq$

N₂: $r \rightarrow O\sim q$

De conformidad con N₁', si un automovilista se encuentra frente a un semáforo en rojo debe detenerse, salvo que se encuentre junto a una zona militar. De acuerdo con N₂, si el conductor se encuentra junto a una zona militar, entonces debe proseguir su marcha. Reformulando así las normas del sistema se elimina la indeseada inconsistencia, pero ello solo es posible si media la información adicional de que una de las normas prevalece sobre la otra para los casos de conflicto.

De las muchas contradicciones y conflictos normativos que pueden hallarse en los sistemas jurídicos, un buen ejemplo está dado por la regulación penal de las lesiones en el Código Penal argentino.²²⁰ Tales normas sancionan tres diversos supuestos de lesiones, esto es, el delito que

consiste en la producción de un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona. Si se dan ciertas condiciones especificadas por el artículo 91 (cuando la lesión provoca una enfermedad mental o corporal incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, órgano, miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir), la lesión se considera *gravísima* y se impone sobre el juez el deber de fijar una sanción de entre tres y diez años de prisión. Si se dan ciertas condiciones especificadas por el artículo 90 (si la lesión provoca un debilitamiento permanente en la salud, en un sentido, órgano, miembro, una dificultad permanente de la palabra, inutiliza a la víctima para el trabajo por más de un mes, pone en peligro su vida o le causa una deformación permanente en el rostro), la lesión se considera *grave* y se impone sobre el juez el deber de fijar una sanción de entre uno a seis años de prisión. Si la lesión provoca un daño que no está previsto en ninguna otra disposición del código, ella se considera *leve* y la pena a imponer es entre un mes y un año de prisión.

En los artículos 92 y 93 se contemplan, respectivamente, los casos de concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes para cada una de las tres figuras anteriores. Por ejemplo, si la lesión se le provoca a un ascendiente, descendiente o cónyuge, si se actúa con ensañamiento, alevosía, utilizando veneno, por precio o promesa de una remuneración, por placer, codicia, odio racial o religioso, en concurso con otras personas, etc., la escala de las penas para las lesiones leves pasa a ser de seis meses a dos años; para las graves, de tres a diez años, y para las gravísimas, de tres a quince años. En cambio, si la lesión es causada con el atenuante de que su autor lo hizo encontrándose en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable, la escala de penas para las lesiones leves pasa a ser de quince días a seis meses; para las graves de seis meses a tres años y para las gravísimas, de uno a cuatro años.

En apariencia estas normas regulan casos distintos y, por consiguiente, resultan perfectamente compatibles. No obstante, considérese por ejemplo un caso de lesión grave. En su comisión pueden no haber concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes, en cuyo caso deberá fijarse una pena de entre uno y seis años de prisión; pueden haber concurrido circunstancias agravantes y ninguna circunstancia atenuante, en cuyo caso deberá fijarse una pena de entre tres y diez años de prisión; puede haber concurrido una circunstancia atenuante y ninguna agravante, en cuyo caso deberá fijarse una pena de entre seis meses y tres años de prisión. Pero también puede ocurrir que concurren circunstancias atenuantes y agravantes (por ejemplo, si una persona lesiona a su cónyuge en un estado de emoción violenta excusable), en cuyo caso, según el artículo 92 la pena deberá fijarse entre tres y diez años de prisión, mientras que según el artículo 93 la pena debería fijarse entre seis meses y tres años de prisión. De manera que una norma limita lo que otra permite hacer: el artículo 92 permite fijar penas superiores a tres años de prisión (siempre que no excedan los diez años) para este caso, cuando ello está vedado por el artículo 93, mientras que a su turno el artículo 93 permite fijar penas inferiores a los tres años de prisión (siempre que no sean menores a seis meses de prisión), cosa que está prohibida por el artículo 92. La misma situación de conflicto se reproduce para los casos de lesiones leves y de lesiones gravísimas.

Las contradicciones normativas deben ser cuidadosamente diferenciadas de lo que podríamos denominar *contradicciones axiológicas*. Según Nino, habrá una contradicción axiológica cuando la solución que el sistema jurídico atribuye a un caso indica, según ciertas pautas valorativas, que otro caso debería tener una solución diferente de la prevista para él por el sistema.²²¹ Cuando un intérprete sostiene que se encuentra frente a una contradicción axiológica afirma que la solución establecida para cierto caso debería ser distinta de la prevista porque esta última colisiona en

algún sentido con la solución establecida para otro caso, teniendo en cuenta ciertos presupuestos valorativos.

Por ejemplo, si una norma establece una pena de diez años de prisión para el delito de hurto de automotor, y otra norma del mismo sistema una de ocho años para el delito de homicidio, no sería adecuado referirse a tal situación diciendo simplemente que se trata de una contradicción, pues se estaría utilizando el término en un sentido diferente al explicado más arriba. En casos como el de este ejemplo, las soluciones no son incompatibles entre sí: lo que sucede es que ambas entran en conflicto con un sistema de valores determinado. Si se considera al homicidio como un delito más grave que el hurto de automotor, debería ser penado más severamente. Cuando se señala este tipo de defecto se presupone que un conjunto de valores que subyacen al sistema indican una solución distinta a la que efectivamente se plasmó.

Lars Lindahl analiza esta dificultad bajo la calificación de *incoherencia en la implementación normativa de ciertos valores*. Esta especie de inconsistencia se presentaría, según Lindahl, cuando la evaluación de acciones reguladas en términos de ciertas exigencias valorativas nos conduce legítimamente a esperar otro conjunto de normas en lugar de aquellas que han sido realmente promulgadas.²²²

En este contexto Lindahl distingue entre *coherencia axiológica fuerte* y *coherencia axiológica débil*. La coherencia axiológica débil exige que, si en un sistema axiológico *SA*, *p* es más intensamente requerido que *q*, entonces no puede darse el caso que en el sistema jurídico *SJ*, *q* sea obligatorio y $\sim p$ esté permitido. Esto equivale a decir que en el sistema jurídico *SJ* habrá una contradicción axiológica si $P\sim p$ y Oq son derivables del sistema, siempre que, desde la perspectiva del sistema axiológico *SA*, *p* sea preferido a *q*. Así, si en un sistema jurídico está prohibido que los mayores de edad trabajen más de ocho horas diarias, pero está permitido que los menores de edad trabajen un lapso mayor y se considera, desde el plano axiológico, que el trabajo de los menores debería ser más intensamente tutelado que el de los mayores de edad, la regulación del sistema violaría la exigencia de coherencia axiológica débil.

Por otra parte, la coherencia axiológica fuerte requiere según Lindahl que, si en un sistema axiológico *SA*, *p* es al menos tan intensamente requerido como *q*, entonces no puede ser el caso que *q* sea obligatorio y $\sim p$ esté permitido. En otras palabras, en el sistema jurídico *SJ* habrá una contradicción axiológica si $P\sim p$ y Oq son derivables del sistema, siempre que, desde la perspectiva del sistema axiológico *SA*, *p* sea al menos tan bueno como *q*.²²³ Así, si el pago de un resarcimiento por daños causados culposamente es, desde cierto sistema axiológico, al menos tan requerido como el pago de resarcimiento por daños causados accidentalmente, y en un sistema jurídico se establece la obligatoriedad de pagar resarcimiento en caso de accidente pero no se hace lugar al reclamo de resarcimiento en caso de culpa, la regulación del sistema violaría la exigencia de coherencia axiológica fuerte.

Para concluir, las contradicciones entre normas, los conflictos normativos y las contradicciones axiológicas deberían distinguirse de lo que podríamos denominar *conflictos de instanciación*. Considérese el siguiente ejemplo: una norma establece que quien contrae una deuda debe pagarla a su vencimiento.²²⁴ Puede ser que esta norma no contradiga a ninguna otra del sistema al que pertenece y que, aun así, genere un conflicto en su aplicación respecto de cierto individuo *a* si, por ejemplo, *a* ha contraído una deuda de diez pesos con *b* y otra de similar monto con *c*, ambas vencen el mismo día, y ese día *a* no tiene más que diez pesos. Es claro que la norma produce para *a*

un conflicto, pues aplicada a la situación descrita, la norma genera dos obligaciones que *b* no puede cumplir conjuntamente.²²⁵

En este caso existe una limitación fáctica de *a* para cumplir ambas consecuencias de la norma *N*. Pero que *a* no pueda de hecho pagarles a ambos acreedores no significa que no esté obligado a ello. En otras palabras, la norma general no posee defecto alguno, aun cuando pueda darse el caso de que un cierto sujeto en determinada situación no pueda satisfacer todas las consecuencias que se siguen de ella.

Este tipo de situaciones pueden denominarse *conflictos de instanciación*, pues se trata de casos en los cuales normas individuales derivadas lógicamente de una misma norma general –aunque bien podría darse el caso que deriven de distintas normas generales– o instancias de aplicación de la misma norma general, entran en conflicto por resultar fácticamente imposible satisfacerlas conjuntamente.

La diferencia fundamental entre este tipo de conflictos y las contradicciones normativas en sentido estricto, incluso cuando ellas se generen a partir de ciertos hechos, es que en las contradicciones normativas la imposibilidad de cumplimiento es *lógica* (es lógicamente imposible, por ejemplo, que un mismo sujeto al mismo tiempo cumpla las normas Op y $O\sim p$), mientras que en los conflictos de instanciación esa imposibilidad es fáctica (en el ejemplo, *a* no puede pagarle a ambos acreedores, no porque esto resulte lógicamente imposible, sino simplemente porque se quedó sin dinero suficiente para hacerlo). Dos normas, o incluso una única norma, pueden generar una situación de imposibilidad de cumplimiento en un caso individual, pero no por una contradicción lógica, sino porque es materialmente imposible satisfacer sus contenidos.

Y aunque no pueda decirse que la norma general de la que se deriva un conflicto de instanciación posea defecto alguno, este tipo de situaciones a veces puede merecer la atención del legislador, si es que desea evitar que algunas de las consecuencias de una norma general no puedan de hecho cumplirse. Esto puede apreciarse con claridad con un ejemplo que ofrecen Hansson y Makinson:²²⁶ si una norma de un hospital público establece que los médicos de la sección de urgencias deben atender de inmediato los casos de enfermos que padezcan ataques cardíacos, y solo hay un médico disponible en cierto horario en la sección urgencias, se generará un conflicto toda vez que se informe al mismo tiempo sobre dos casos de enfermos con ataques cardíacos. El médico en cuestión no sabrá a quién dar prioridad y, cualquiera sea el paciente a quien atienda primero, incumplirá una de las consecuencias de la norma. Es obvio que tampoco en este caso la norma general debe ser vista como defectuosa: para solucionar el problema bastaría con dotar de mayor personal al hospital. Pero si ello es fácticamente irrealizable y se considera a esta limitación como *axiológicamente relevante*, entonces puede que sea conveniente modificar el sistema.

Es importante distinguir este caso de aquellos en los cuales se produce un defecto lógico en el sistema. Aquí el conflicto es generado por la aplicación de la norma al caso individual, y ello puede o no resultar relevante para calificar a un sistema como defectuoso de acuerdo con un cierto conjunto de valores. En el ejemplo del hospital, podría dictarse a partir de ello una norma que estableciera cierta preeminencia en la atención de los casos, pero también como se dijo podría simplemente nombrarse más personal. En el primer caso analizado, en cambio, si *a* le debe diez pesos a *b* y diez pesos a *c*, el hecho de que *a* esté fácticamente imposibilitado para pagarle a ambos porque solo cuenta con diez pesos no resulta axiológicamente relevante y, por consiguiente, no basta para propiciar una modificación del sistema.

En síntesis, si luego del proceso de interpretación se individualiza una contradicción normativa, ello implica una falla del sistema cuya supresión obliga a introducir una modificación normativa. La derivación de un conflicto de instanciación, en cambio, importa un caso de imposibilidad de cumplimiento que solo contingentemente y dependiendo de un juicio de valor puede requerir una modificación normativa.

9.3. Conflictos entre principios constitucionales

En el año 1984, la Corte Suprema argentina tuvo que expedirse en un caso originado en una demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo de un importante dirigente político del partido radical, el doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de setiembre de 1981, contra 'Editorial Atlántida S.A.', propietaria de la revista 'Gente y la actualidad'. El fundamento del reclamo se centraba en que la revista en cuestión había publicado en su tapa una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado poco antes de su muerte en la sala de terapia intensiva de una clínica de la ciudad de La Plata, provocando con ello el sufrimiento y mortificación de la familia de Balbín. La demandada reconoció los hechos, admitió que la fotografía no había sido del agrado de mucha gente, pero alegó en su defensa no haber excedido el marco del legítimo y regular ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho a la información, sosteniendo que se habría intentado documentar una realidad, brindar información gráfica de un hecho de gran interés general, y que la vida del doctor Balbín, como figura pública, tendría carácter histórico y pertenecería a la comunidad nacional.²²⁷ La Corte interpretó, sin embargo, que:

... en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizando, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones. Que en el caso 'sub examine' la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista 'Gente y la actualidad' excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés público, provocó sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista 'Gente y la actualidad' no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad (considerandos 9 y 10).

No es nuestra intención efectuar aquí un análisis de la cuestión de fondo resuelta en el fallo citado, sino presentarlo como un ejemplo de las dificultades que se suscitan cuando un órgano jurisdiccional, en el marco de una democracia constitucional que tutela ciertos derechos fundamentales en la máxima jerarquía normativa, ha de resolver un caso en el que se presentan

varios principios o derechos igualmente resguardados en aparente conflicto. En el pronunciamiento citado, la Corte adoptó su decisión debiendo precisar los límites y efectuar un balance entre el derecho a la información, por una parte, y el derecho a la intimidad, por la otra.

Al referirse al modo de resolver situaciones que involucran derechos en aparente conflicto, la Corte Suprema argentina ha señalado que:

... los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que estas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y 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.²²⁸

La Corte parece así rechazar la posibilidad de que dos normas constitucionales puedan entrar en conflicto. Ahora bien, esta idea es susceptible de tres diferentes interpretaciones, dos débiles y una fuerte. La primera tesis débil se limita a señalar que las normas constitucionales que tutelan derechos básicos no son estrictamente contradictorias entre sí consideradas en abstracto. Esto es sin duda correcto, pues afirmar, por ejemplo, que 'Toda persona tiene derecho a la vida y a la preservación de su integridad física', y afirmar que 'Toda persona tiene derecho a profesar libremente sus ideas religiosas', no pueden considerarse dos enunciados contradictorios.²²⁹ Pero ello no obsta a que en un caso particular ambos derechos puedan generar un conflicto si, por ejemplo, una persona sobre la base del ejercicio de su libertad religiosa se niega a recibir una transfusión sanguínea, poniendo así en peligro su vida.²³⁰

Antes de seguir, es importante formular aquí una precisión respecto de las características de los conflictos entre principios constitucionales. Si bien no imposibles, los supuestos de normas constitucionales tuitivas de derechos que resulten genuinamente contradictorias entre sí parecen bastante infrecuentes, de modo que los casos paradigmáticos de conflictos entre derechos constitucionales serían casos de contradicciones parciales-parciales en la terminología de Ross, o de conflictos normativos derivados *vía* ciertos hechos.

En un sentido muy próximo, Riccardo Guastini ha sostenido que los conflictos entre principios constitucionales o derechos fundamentales tendrían tres características: se verificarían entre normas de la misma jerarquía, constituirían normalmente casos de contradicciones de tipo parcial-parcial,²³¹ y por lo general asumirían el carácter de contradicciones *en concreto*.²³² La diferencia entre contradicciones *en abstracto* y *en concreto* es explicada por Guastini del siguiente modo: se configuraría una contradicción en abstracto cuando dos normas conectan soluciones incompatibles a los supuestos de hecho descritos por ambas y estos se superponen conceptualmente en todo o en parte. En tales casos se podría constatar la contradicción independientemente de que se verifique en el mundo el hecho descrito por las normas. Este tipo de contradicciones podría detectarse en el plano de la interpretación textual '*sin que sea necesario representarse el supuesto de hecho concreto*'.²³³ Guastini cita como ejemplo de una antinomia en abstracto el caso de una norma que prohíbe el aborto y otra que autoriza el aborto terapéutico: el segundo caso estaría incluido conceptualmente en el primero.²³⁴

En cambio, en las contradicciones en concreto solo se podría advertir que concurren dos normas con soluciones incompatibles frente al caso particular, al momento de la aplicación. En estos casos, según Guastini, el conflicto dependería de que algunos casos concretos, no relacionados

conceptualmente, cayeran simultáneamente dentro del campo de aplicación de dos normas que establecen soluciones incompatibles entre sí.²³⁵ El ejemplo que ofrece Guastini de este tipo de contradicciones es el caso de una norma que establece que los ciudadanos deben pagar los impuestos y otra que establece que los desempleados no deben pagar impuestos. A su entender, la antinomia solo podría ser identificada aquí al tiempo de la aplicación de estas normas, cuando se verifique por ejemplo el caso concreto de la obligación tributaria de Juan, un ciudadano desempleado, pero no se presentaría ninguna contradicción si, de hecho, la clase de los desocupados fuera vacía.²³⁶ Por ello, según Guastini, las contradicciones en abstracto serían 'necesarias' en tanto dependerían de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras que las contradicciones en concreto serían 'contingentes', puesto que dependerían de la estructura del mundo. A juicio de Guastini, los conflictos en concreto no podrían solucionarse apelando a principios como el de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*.²³⁷

La única salvedad que parece pertinente formular respecto de estas consideraciones de Guastini es que la distinción entre conflictos en abstracto y en concreto no es más que una simplificación de la clasificación de Ross de diferentes tipos de contradicciones. Si las contradicciones en abstracto son las que se verifican entre normas que regulan supuestos de hecho que se superponen conceptualmente en todo o en parte, ellas abarcan los casos de contradicciones totales-totales y totales-parciales, y si las contradicciones en concreto son las que se verifican entre normas que regulan supuestos de hecho no relacionados conceptualmente, esto es, lógicamente independientes, ellas coincidirían con los casos de contradicciones parciales-parciales.

Las restantes propiedades distintivas que Guastini señala de las contradicciones en abstracto y en concreto son más difíciles de aceptar. En particular, no parece correcto sostener que las contradicciones en abstracto podrían identificarse en el nivel de la interpretación mediante su representación en abstracto, sin necesidad de que se verifique el hecho antecedente, mientras que los conflictos en concreto solo podrían detectarse en el nivel de la aplicación, cuando ocurra un cierto caso en el mundo. En cuanto a la posibilidad de representación y el nivel en el que se presenta el conflicto, en los casos que Guastini calificaría como conflictos en concreto no se advierte la razón por la cual el intérprete no podría representarse la posibilidad de colisión entre normas en el nivel de la interpretación, aun cuando sus supuestos fácticos no estén vinculados conceptualmente. Frente al ejemplo que ofrece Guastini de conflicto en concreto, nada impide concebir la dificultad que podría derivarse para los casos de ciudadanos desocupados con total independencia de que ello se verifique o no en el mundo. La única particularidad en tal sentido de los conflictos parciales-parciales/en concreto es que en ellos, como los antecedentes de las normas relevantes son lógicamente independientes, quizás se requiera de parte del intérprete una dosis mayor de imaginación para concebir supuestos de hecho que queden comprendidos en la clase de casos previstos en las dos normas en conflicto. Y en cuanto a la necesidad de que se verifiquen ciertos hechos en el mundo para que surjan conflictos en concreto, *pace* Guastini, ello también es necesario en los casos de conflictos en abstracto para que, más allá de la posibilidad de su representación abstracta, el conflicto surja. Considerando los ejemplos de Guastini, desde luego que la clase de los desocupados podría ser vacía, pero también podría serlo la clase de los abortos terapéuticos. No hay aquí ninguna diferencia entre las dos categorías de conflictos: en tanto las normas en juego sean concebidas como condicionales, tal como lo hace Guastini tanto cuando habla de conflictos en concreto como de conflictos en abstracto, las normas en sí no serán contradictorias sino que, en todo caso, permitirán correlacionar soluciones incompatibles para ciertos casos. Pero esos casos no son casos genéricos en el supuesto de conflictos en abstracto y casos individuales en el supuesto de conflictos en concreto, como parecería seguirse de lo que

sostiene Guastini: en ambos supuestos las normas prevén soluciones incompatibles para ciertos casos genéricos.²³⁸

La segunda tesis débil de la inexistencia de conflictos entre derechos constitucionales, por su parte, sostiene que siempre ha de intentar encontrarse aquella interpretación entre los textos constitucionales que eluda posibles conflictos. Se trata de una tesis normativa que expresa una juiciosa directiva hermenéutica: en situaciones que admitan más de una posible interpretación de las cláusulas constitucionales, *deben* descartarse aquellas que conduzcan a contradicción con otras cláusulas de la misma jerarquía. El aceptar esta directiva de interpretación no importa comprometerse con la tesis mucho más controvertible de que siempre *es posible* por esa vía superar todo hipotético conflicto o, lo que es equivalente, que dadas dos formulaciones normativas cualesquiera, siempre *puede* encontrarse una interpretación que las haga compatibles, sea lo que sea lo que su letra exprese.

Las dos tesis débiles son sensatas, pero ninguna de ellas obsta a que frente a un mismo caso dos derechos de igual rango constitucional puedan suscitar conflictos en su faz de aplicación. La tesis fuerte de la inexistencia de conflictos entre derechos constitucionales, en cambio, sostiene no solamente que las normas constitucionales han de considerarse compatibles en abstracto, sino que frente a cualquier caso, aun cuando parezcan encontrarse comprometidos derechos en aparente conflicto, es posible hallar una solución unívoca predeterminada por la constitución. Esta tesis ha sido defendida sobre la base de dos argumentos aparentemente distintos. Uno de ellos sostiene que existen jerarquías entre los derechos constitucionales que permiten superar cualquier posible conflicto.²³⁹ Esta idea no puede limitarse a señalar que hay ciertos derechos constitucionales que son de mayor rango que otros, que resultan más básicos o que configuran 'precondiciones' para el posible ejercicio de otros derechos, como podrían serlo el derecho a la vida o a la integridad física. Lo que debe justificarse para defender esta tesis fuerte es que existe una jerarquía preestablecida entre la totalidad de los derechos salvaguardados por la constitución.²⁴⁰

El segundo argumento sostiene la idea ya comentada de que todo aparente conflicto puede ser superado por vía de interpretación, de manera que cada derecho constitucional sería armonizable con todos los restantes en lo que respecta a sus implicancias con relación a cualquier caso. Pese a la diferente presentación, no parece que exista aquí un argumento distinto del anterior, porque 'interpretar' no puede sino significar intentar dilucidar lo que la constitución ya de algún modo dice, y la 'armonía' entre los derechos constitucionales en cuanto a sus repercusiones en casos particulares no puede obtenerse si no se presupone que existen criterios preestablecidos para solucionar toda aparente discordancia. De modo que este segundo argumento, o bien no permite justificar más que alguna de las versiones débiles antes examinadas, o bien se limita a reiterar con otras palabras el primer argumento.

La dificultad primordial que plantean los conflictos entre derechos constitucionales puede presentarse en la forma de un dilema, cuyas dos alternativas consisten en aceptar o rechazar la existencia de una jerarquía completa y *a priori* entre los derechos básicos tutelados por la constitución. En caso de que se acepte la existencia de una jerarquía semejante, no habrá genuinos conflictos que puedan suscitarse por aplicación de las cláusulas constitucionales que tutelan derechos fundamentales. Todo conflicto será meramente aparente y producto de una limitación epistémica: una vez que se examinen con cuidado las jerarquías preexistentes, el conflicto se desvanecerá como tal y será posible determinar una solución unívoca al caso. No obstante, esta alternativa conduce a una serie de dificultades que no parece fácil superar. En primer lugar, no es

posible encontrar fundamento explícito en la letra de las constituciones, ni tampoco resulta simple justificar intuitivamente, la existencia de una jerarquía como la que aquí se requiere, sobre todo siendo que diferentes intérpretes de la constitución ofrecerán versiones distintas de cuál sea la jerarquía en cuestión. Por otra parte, constituye un fenómeno corriente el que la consideración de las particularidades de nuevos casos individuales ponga de manifiesto la necesidad de establecer precisiones y refinamientos en los criterios existentes para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, de modo que, aunque se acepten ciertos criterios jerárquicos entre tales derechos, esos criterios no parecen ser completos ni formulables *a priori*.

La alternativa consiste en rechazar la existencia de una jerarquía predeterminada con las características indicadas, en cuyo caso los conflictos (genuinos) que se produzcan por aplicación de las cláusulas constitucionales que protegen derechos fundamentales deberán ser resueltos a la luz de las particularidades de cada caso individual. Esta salida es en apariencia más realista, e incluso parece reflejar con mayor fidelidad la concepción que los intérpretes y operadores constitucionales poseen de su propia labor, puesto que las posiciones que cuentan con mayor consenso en dicho terreno indican que en situaciones de conflicto como las comentadas, la clave para la solución del caso consiste en atender a su singularidad. Sin embargo, esta postura obliga al reconocimiento de un enorme ámbito de discrecionalidad en la labor que cumplen los jueces cuando resuelven conflictos de esta naturaleza. Y ello porque, si lo que ha de tomarse como relevante para poder superar un conflicto entre derechos es lo peculiar de cada caso, el criterio que se emplee para justificar una decisión semejante ni siquiera podrá universalizarse para cualquier otro caso que posea características similares.²⁴¹

En síntesis, o se rechaza la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces debería poder justificarse la existencia de una ordenación completa y *a priori* de tales derechos, lo cual parece un ideal inalcanzable; o se acepta la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces ha de admitirse que los jueces poseen amplia discrecionalidad para resolver tales conflictos. Esto último resulta altamente problemático porque, como luego veremos, en el plano normativo de la justificación de nuestras instituciones políticas, desde una ideología democrática de corte liberal se ha cuestionado el mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos con el argumento de que dejar en manos del poder judicial la determinación del alcance y los límites de nuestros derechos fundamentales implicaría sujetarse en última instancia a la decisión de órganos que no son representativos ni políticamente responsables.²⁴² Como puede apreciarse, la dilucidación del problema no solo ofrece una seria dificultad de corte teórico sino una importante proyección en el terreno normativo.

Cabe destacar, además, que el problema analizado resulta independiente de cuál sea la concepción que se asuma respecto de la caracterización del derecho. Un positivista excluyente, que no reconoce siquiera la existencia de una relación contingente entre derecho y moral, tiene que ofrecer alguna respuesta al dilema planteado. Pero igualmente ha de hacerlo el positivista incluyente, que acepta que en las democracias constitucionales la validez jurídica de una norma puede depender de consideraciones morales y, por consiguiente, asume que pueden existir relaciones al menos contingentes entre derecho y moral,²⁴³ como así también el iusnaturalista, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Y ello debido a que en esta cuestión, la remisión a la moral no contribuye en nada a la solución del problema, ya que también en el dominio de la moral ha de responderse a la pregunta sobre si son posibles los conflictos entre derechos morales básicos, y si frente a ellos la decisión que ha de adoptarse puede justificarse

sobre la base de jerarquías predeterminadas o dependiendo del contexto particular de cada caso, lo cual reproduce el problema en este nivel normativo en idénticos términos.

9.4. La operación de ponderación

En la teoría del derecho el problema que estamos examinando ha sido objeto de un análisis profundo y con herramientas más sofisticadas que las que se emplean ordinariamente en la dogmática constitucional. Sin embargo, tampoco parece haberse encontrado allí una respuesta satisfactoria.

Como es bien conocido, Ronald Dworkin ha sostenido que frente a los casos difíciles los jueces no tendrían discrecionalidad, puesto que el derecho estaría integrado no solo por *reglas* identificables en virtud de algún test relativo a su origen, sino además por *principios*, que resultarían para los jueces tan obligatorios como las reglas.²⁴⁴ Más adelante examinaremos con detalle este argumento, así como la distinción entre reglas y principios. Baste aquí con señalar que uno de los rasgos que para Dworkin permitirían distinguir a las reglas de los principios estaría dado, precisamente, por el diferente modo en que se resuelven los conflictos entre unas y otros. Según Dworkin, cuando dos reglas entran en conflicto una de ellas necesariamente perdería su validez. En cambio, los principios no tendrían esa 'dimensión de validez' que sería propia de las reglas. Cuando se produce un conflicto entre dos principios, lo que correspondería hacer es efectuar un balance entre ambos para determinar cuál de ellos posee mayor peso respecto del caso, pero eso no significaría que el principio que ha quedado postergado no pueda prevalecer en otro caso de conflicto. Por consiguiente, los principios podrían sobrevivir intactos a los conflictos con otros principios, una característica que no tendrían las reglas.²⁴⁵

Alexy ha sostenido que la pretendida 'dimensión de peso' de los principios no sería más que un modo metafórico de aludir a la posibilidad de resolver un conflicto entre dos normas estableciendo una preferencia condicional, no incondicional, entre ambas.²⁴⁶ En su criterio, tanto en el caso de los conflictos entre reglas como en el de colisiones entre principios, habría dos normas que aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, pero sería distinta la forma en que se soluciona el conflicto.

En el caso de las reglas, un conflicto entre ellas solo podría ser solucionado estableciendo una preferencia incondicional de una sobre la otra, lo que equivaldría a declarar inválida a una de las reglas. Cuando dos principios entran en colisión, en cambio, uno de ellos debería ceder frente al otro, pero sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado. Lo que sucedería es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precedería al otro, pero bajo otras la preferencia podría invertirse. Esto es lo que querría decirse cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. La solución de la colisión en el caso de los principios consistiría en establecer entre ellos una *relación de preferencia condicional* teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Alexy sostiene que el concepto de relación de preferencia condicional permite dar una respuesta simple al problema del 'peso' de los principios: el principio P_1 tendría en un caso concreto un peso mayor que el principio P_2 cuando existan razones suficientes para que P_1 sea preferido a P_2 bajo las condiciones C dadas en el caso concreto.

Con ciertas salvedades que luego expondremos, esta idea de Alexy parece básicamente correcta y permite apreciar con mayor claridad las características de la operación en la que se ven involucrados los jueces cuando han de solucionar conflictos entre principios constitucionales. La pregunta que cabría formularse es si sobre fundamentos teóricos como estos es posible ofrecer una salida satisfactoria al dilema presentado en el punto anterior.

Una de las más refinadas propuestas en tal sentido ha sido ofrecida por el propio Alexy, la cual ha contado con una acogida muy favorable en la doctrina constitucional europea y americana. Existe sin embargo una cierta ambigüedad de base en la reconstrucción que ofrece el profesor alemán de la operación de ponderación entre principios. Pues si bien Alexy se refiere al modo de justificar una decisión frente a un caso concreto de conflicto entre derechos fundamentales, y parece sostener que las circunstancias que permiten justificar la preferencia condicional de uno de los principios en juego son relativas al contexto particular del caso, tales circunstancias han de ser descritas de cierto modo, a través de ciertas propiedades que podrían reiterarse en otros casos. Pero entonces, si el criterio que se utiliza para justificar la resolución de un conflicto entre, por ejemplo, el derecho a la intimidad y el derecho a la información en cierto caso particular es que, si lo que se pretende es publicar una fotografía de una persona célebre o de actuación pública pero la imagen no tiene relación alguna con la actividad por la que es notoria, y además con ella se divulga un instante de máxima intimidad para dicha persona y su entorno familiar, ha de prevalecer el derecho a la intimidad por sobre el derecho a la información, cualquier otro caso que presente estas mismas características debería recibir igual solución, salvo que presente alguna otra propiedad –igualmente general– que resulte relevante para diferenciarlo. En otras palabras, no es del todo claro si cuando Alexy analiza las relaciones de preferencia condicional entre principios está pensando en preferencias que valen solo para el caso individual o que pueden generalizarse para el caso genérico en el que se subsume ese caso individual.

Pero, en segundo lugar, siendo que la asignación de relevancia a una cierta propiedad o circunstancia para justificar la preferencia condicional de un principio frente a otro en cierto caso suele no contar con fundamento expreso en ninguna norma preestablecida en el sistema jurídico, parece difícil que esta reconstrucción eluda el cargo de discrecionalidad. En tal sentido, Habermas ha objetado que la operación de ponderación o balance entre derechos constitucionales priva a estos de su fuerza normativa pues los coloca en un mismo pie de igualdad con valores, objetivos y políticas, quitándoles así a los derechos su carácter de muros de contención o de ‘cartas de triunfo’, para emplear la expresión de Dworkin. Por otra parte, Habermas puntualiza que no existen estándares racionales para la operación de ponderación, de modo que ella constituiría un ejercicio de arbitrariedad o, al menos, de irreflexividad, si es que se apoya en pautas y jerarquías consuetudinarias, por lo que quedaría fuera del dominio de la justificación racional.²⁴⁷

La objeción de Habermas de que los juicios de balance o ponderación entre derechos constitucionales resultan arbitrarios o irreflexivos puede responderse con relativa facilidad. Y ello porque arbitrariedad o irreflexividad no son sinónimos de discrecionalidad. Una decisión es arbitraria si no posee justificación, o tal justificación es solo aparente o inhábil. Es irreflexiva si no cuenta con razones en su apoyo. En cambio, podría decirse que es discrecional cuando, en lo que respecta a algún problema, el decisor no está vinculado por pauta general alguna impuesta por una autoridad.²⁴⁸ Las decisiones en torno a la ponderación de derechos constitucionales pueden estar fundadas en razones, a veces en muy buenas razones, de manera que calificarlas de irreflexivas o arbitrarias parece excesivo. Sin embargo, la pregunta que planteáramos en el punto precedente sigue en pie: ¿es posible sostener que, pese a no contar con una ordenación completa y *a priori* de

los principios constitucionales, la operación de ponderación no es puramente discrecional?

Alexy ha intentado justificar que no lo sería sosteniendo que los conflictos entre principios o derechos constitucionales deben resolverse sobre la base de lo que denomina el *principio de proporcionalidad*, que se traduciría en tres exigencias: el subprincipio de *idoneidad*, el de *necesidad* y el de *proporcionalidad en sentido estricto*.²⁴⁹ El subprincipio de idoneidad establecería que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho debe ser adecuado para preservar otro derecho. Este subprincipio excluye aquellos medios que no resulten aptos para la protección del principio que se intenta favorecer. Se trataría de una exigencia que traduciría a este dominio el principio de Pareto,²⁵⁰ pues si se elige un cierto medio para favorecer un principio P_1 , ese medio obstruye la realización de un principio P_2 y además no es idóneo para el fin perseguido, el medio en cuestión debería ser descartado. El subprincipio de necesidad, por su parte, establecería que el sacrificio impuesto a un principio debe ser necesario para preservar otro principio, de manera tal que, entre dos medios igualmente idóneos para favorecer a P_1 , debe ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto de P_2 .²⁵¹

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto establecería que debe afectarse el ejercicio de un principio en el menor grado posible que resulte compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio de otro principio o, lo que sería equivalente, que cuanto mayor sea el grado de afectación o no satisfacción de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Los juicios relativos a la proporcionalidad de la afectación de un principio tendrían pretensión de corrección y con ello se evitaría, a juicio de Alexy, la conclusión de que se encuentran fuera del dominio de la justificación racional.

Alexy ha considerado además que es posible presentar un análisis preciso de la estructura de la ponderación a través de una ampliación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en términos de una fórmula aritmética a la que denomina la *fórmula del peso*.²⁵² Ella determinaría en un caso concreto c cuál sería el peso de un principio P_1 frente a un principio P_2 ($P_{1,2c}$): el cociente resultante del producto que se obtiene de multiplicar el grado de intensidad en la afectación de P_1 (I_1) por el peso abstracto de P_1 (PA_1) por el grado de certeza sobre los presupuestos empíricos relativos a la intensidad de la afectación de P_1 (C_1), sobre el resultado que se obtiene de multiplicar el grado de intensidad de la satisfacción de P_2 (I_2) por el peso abstracto de P_2 (PA_2) por el grado de certeza sobre los presupuestos empíricos relativos a la intensidad de la satisfacción de P_2 (C_2).

$$P_{1,2c} = \frac{I_1 \times PA_1 \times C_1}{I_2 \times PA_2 \times C_2}$$

Los grados en los que un derecho podría resultar afectado o satisfecho podrían clasificarse en tres categorías: leve, media y grave.²⁵³ El peso abstracto de los principios sería, igualmente, mensurable en tres categorías: leve, media y grave, y el grado de certeza sobre los presupuestos empíricos de la intensidad en la afectación o satisfacción también: seguro, plausible y no evidentemente falso.

Los valores numéricos que Alexy asigna a los grados de intensidad en la afectación o satisfacción de un principio y su peso abstracto son los resultantes de la escala geométrica: 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, leve = 1, media = 2 y grave = 4. Los valores de los grados de certeza de los presupuestos empíricos son, en cambio, los de la escala geométrica: 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , esto es, seguro = 1, plausible = $1/2$ y no evidentemente falso = $1/4$.²⁵⁴ De conformidad con estos valores, si la fórmula arroja como resultado un número mayor que 1, el principio P_1 tendría precedencia (mayor peso) sobre el

principio P_2 en el caso c ; si en cambio el resultado es menor que 1, el principio P_2 tendría precedencia sobre P_1 , y si el resultado es 1 se produciría una situación de empate.

Pese a este notable esfuerzo de clarificación, argumentos como los que ofrece Alexy no logran sortear el cargo de que la operación de ponderación es discrecional y, sobre todas las cosas, su fórmula del peso no es más que una vana pretensión de teñir de pura racionalidad una operación que requiere de decisiones que van más allá de lo que puede derivarse de las normas jurídicas en varios niveles diferentes.

En primer lugar, los valores numéricos que Alexy asigna en sus escalas son arbitrarios: ¿por qué razón, por ejemplo, se asigna un valor de $1/4$ a al grado de certeza más bajo respecto de los presupuestos empíricos relativos a la intensidad de la afectación o satisfacción de un principio y no, por ejemplo $1/8$ o $1/16$? Es más, como lo señala Lindahl, los enunciados que emplean escalas numéricas solo son significativos si su verdad o falsedad no cambia luego de que las escalas son transformadas de modo admisible, una condición que las asignaciones de valores de Alexy no satisfacen.²⁵⁵ Alexy pretende escapar a cuestionamientos como estos diciendo que *'Los números introducidos no sustituyen a los juicios o proposiciones, solo los representan'*,²⁵⁶ pero un número escogido arbitrariamente y que torna asignativos los enunciados que los contienen no tiene aptitud para representar nada.

En segundo lugar, no tiene sentido incorporar como variable en la fórmula del peso la mayor o menor plausibilidad de los presupuestos fácticos de la intensidad en la afectación o satisfacción de los principios involucrados. Con esto se intenta representar el grado de probabilidad de las bases fácticas sobre las que se apoyan las afirmaciones relativas al grado de afectación o satisfacción de un principio. Sin embargo, esos juicios de probabilidad no pueden tener incidencia alguna en la ponderación de principios en conflicto, porque en el derecho o bien se tiene por probado o bien no se tiene por probado que cierta acción afecta o promueve un cierto principio. Las reglas de la prueba en diferentes ramas del derecho pueden ser más o menos exigentes en cuanto a los estándares exigidos para tener por probado o no probado un cierto hecho, pero si de acuerdo con las reglas de prueba aplicables los elementos de juicio con los que se cuenta en apoyo de los presupuestos fácticos para considerar que se ha afectado o se promueve un cierto principio se reputan suficientes, ello estará probado y, en caso contrario, no lo estará.²⁵⁷

En tercer lugar, el peso abstracto de los principios tampoco debería ocupar un lugar en la ponderación. De acuerdo con Alexy, el peso abstracto de un principio es aquel que se le asignaría con relación a otros, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto.²⁵⁸ Siendo ello así, el peso abstracto parecería identificarse con una preferencia incondicional entre principios, pero esto contradiría la idea básica sobre la cual se asienta toda la construcción de la operación de ponderación: se suponía que es precisamente porque no pueden establecerse preferencias incondicionales entre principios que se requería acudir a una operación de ponderación para establecer preferencias condicionales entre ellos respecto de casos concretos. Quizás la idea de Alexy sea que el peso abstracto sería algo así como una preferencia incondicional pero meramente *prima facie* o derrotable. No obstante, preferencias semejantes deberían ceder frente a cualquier evaluación concreta de un mayor peso de un principio frente a otro en ciertas circunstancias particulares, de modo que el peso abstracto así interpretado a lo sumo podría intervenir como relevante en la ponderación para los casos en que existe empate de acuerdo con las demás variables. Lamentablemente, ese no es el caso en la construcción de Alexy, pues puede

demostrarse que de acuerdo con la fórmula propuesta, el peso abstracto determina diferencias significativas no solo en los casos de empate.²⁵⁹

Si se descartan los factores considerados hasta aquí, solo quedaría como fundamento para la ponderación la mayor o menor intensidad en la afectación o satisfacción de los principios en juego. Aquí, por una parte, la clasificación de los grados de intensidad en la afectación o satisfacción de un principio en tres categorías y no, por ejemplo, en dos o en cinco, es una decisión lisa y llanamente arbitraria. Pero eso es, en todo caso, un problema menor. Más problemático resulta el hecho de que la ubicación de una cierta afectación de un derecho en alguna de tales categorías depende de una evaluación comparativa con alguna otra alternativa: es posible decir, por ejemplo, que la obligación de que las empresas tabacaleras coloquen una leyenda en los paquetes de cigarrillos que comercializan alertando sobre los peligros que acarrea fumar es una afectación leve al derecho a la libertad de empresa si se la compara con una prohibición absoluta de la venta de cigarrillos, pero en cambio podría representar una afectación media o grave si se la compara con el pago de una multa de \$ 100. De esto se sigue que una cierta medida no encuadrará de manera absoluta en una u otra de estas tres categorías, sino que su ubicación dependerá de con qué se la compare y, además, esas comparaciones ordinariamente serán contrafácticas, esto es, con la afectación que se habría producido de haberse implementado una medida alternativa que de hecho no se implementó, con todas las dificultades que ese tipo de evaluación involucra.²⁶⁰

Si las dificultades anteriores pudieran de algún modo salvarse, para demostrar que la operación de ponderación es racionalmente justificable y no puramente discrecional todavía restaría probar que es posible justificar de manera plausible las comparaciones entre la intensidad en la afectación de un principio y la intensidad en la satisfacción de otro. Como se encuentran aquí en juego dos principios diferentes, las escalas de intensidad leve, media y grave, no tienen por qué significar lo mismo cuando se las aplica a cada uno de ellos, de modo que no hay garantía alguna de que, por caso, una intensidad de satisfacción que se reputa media respecto de un principio P_1 frente a una intensidad de afectación que se reputa leve respecto de un principio P_2 permita llegar a alguna conclusión sobre a cuál de los dos principios habría que dar prioridad en un caso semejante.

Por todo ello, podría concluirse que la operación de ponderación entre principios constitucionales en conflicto consistiría, tal como lo sostiene Guastini, en establecer entre los principios en juego una *jerarquía axiológica móvil*. Una jerarquía axiológica sería una preferencia valorativa elaborada por el intérprete, que sacrifica uno de los principios y aplica el otro respecto del caso concreto. Una jerarquía móvil constituiría una ordenación de valores de carácter inestable, válida solo atendiendo al impacto sobre el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con otro caso, razón por la cual la solución de conflictos futuros resultaría imprevisible. Esta operación sería doblemente discrecional: porque instituiría *ex novo* una jerarquía de valores entre los derechos o principios implicados y porque modificaría el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.²⁶¹

10. Dinámica jurídica y sistemas constitucionales

10.1. Resultado de los procesos de promulgación y derogación de normas

Hemos anticipado ya la distinción entre las nociones estática y dinámica de sistema jurídico. Ahora es tiempo de profundizar en su análisis para poder ofrecer una reconstrucción adecuada de la perspectiva dinámica.

Una intuición básica acerca de los sistemas jurídicos, que es la que hemos venido desarrollando hasta aquí, es que ellos son interpretados básicamente como conjuntos de normas. Con todo, hay otra intuición igualmente corriente que no resulta fácilmente articulable con la idea anterior: que los sistemas jurídicos se encuentran sujetos a cambios en virtud de actos de promulgación, reforma o derogación de normas. No obstante, tales cambios afectan el contenido de los sistemas jurídicos pero no su identidad, dado que ellos perduran en el tiempo aun cuando su contenido varíe. La dificultad que surge, en consecuencia, está dada por la imposibilidad de dar cuenta del carácter dinámico de los sistemas jurídicos, de esa identidad que perdura a pesar de los cambios, en caso de que se los interprete básicamente como conjuntos de normas.²⁶²

Cada vez que se crea una nueva norma o se deroga o modifica una norma preexistente, se obtiene un nuevo conjunto, distinto del originario, ya que como se dijo, en virtud del principio de extensionalidad, la identidad del conjunto está dada precisamente por la identidad de los elementos que lo componen.²⁶³ Un sistema jurídico concebido como un conjunto de normas es un sistema momentáneo, esto es, referido a un determinado momento temporal. De manera que si se quiere preservar la intuición de que el derecho está sujeto a cambios en el tiempo, el concepto de sistema jurídico allí empleado debe ser distinto del que se utiliza cuando se lo considera como un conjunto de normas. Por consiguiente, habrá que reconocer la existencia de dos usos diferentes encubiertos bajo la expresión 'sistema jurídico'.²⁶⁴

Fue Raz quien explícitamente sugirió distinguir entre lo que denominó 'sistemas momentáneos' y 'sistemas no momentáneos' o, simplemente, 'sistemas jurídicos', entendiendo por 'sistema momentáneo' a cada conjunto de normas asociado a un parámetro temporal determinado y por 'sistema no momentáneo' a la unidad que conserva su identidad frente a los cambios.²⁶⁵ Posteriormente, Alchourrón y Bulygin ahondaron el análisis de esta distinción, reservando la expresión 'sistema jurídico' para la visión estática y 'orden jurídico' para la visión dinámica.²⁶⁶

Aunque las distinciones de Raz y Alchourrón y Bulygin apuntan en la misma dirección, existen notorias discrepancias entre ambas. Por lo pronto, Raz parece interpretar por 'sistema momentáneo' la totalidad de las normas que conforman el derecho de un país en un momento temporal determinado, mientras que el uso de la expresión 'sistema jurídico' por parte de Alchourrón y Bulygin comprende cualquier conjunto de normas jurídicas, no necesariamente la totalidad de los que conforman un derecho nacional.²⁶⁷

Pero la diferencia más notoria se presenta en el modo de interpretar la relación entre los sistemas estáticos y dinámicos y, consecuentemente, en la caracterización de este último concepto. Raz vacila entre dos enfoques que resultan incompatibles:

a) que el sistema no momentáneo es el conjunto de las normas que pertenecen a todos los sistemas momentáneos correspondientes al primero, en cuyo caso los sistemas estáticos serían subconjuntos del sistema dinámico, es decir, entre ellos mediaría una relación lógica de *inclusión*;²⁶⁸

b) que el sistema no momentáneo es un conjunto de sistemas momentáneos, siendo ellos a su vez conjuntos de normas, de modo que entre los sistemas estáticos y el orden dinámico mediaría una relación lógica de *pertenencia*.²⁶⁹

De acuerdo con la primera caracterización (el *modelo de la inclusión*), el sistema dinámico sería el conjunto de todas las normas que poseen cierta propiedad (por ejemplo, validez) y lo que diferenciaría a los distintos sistemas jurídicos estáticos como subconjuntos del sistema dinámico sería la posesión por parte de sus elementos (normas) de tal propiedad en momentos diversos.²⁷⁰ De acuerdo con la segunda caracterización (el *modelo de la pertenencia*), el sistema dinámico sería una secuencia de sistemas estáticos,²⁷¹ de manera que un sistema estático S pertenecería al orden dinámico O si poseyera cierta propiedad P, definitoria de la relación de pertenencia (por ejemplo, legalidad del cambio de normas).²⁷² La unidad de tal secuencia, y con ello la identidad del sistema dinámico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia. La aplicación de los mismos criterios de identificación de normas en tiempos diferentes podría llevar a resultados diversos, razón por la cual el contenido del sistema dinámico podría variar. Solo si se modificaran los criterios de identificación de normas, es decir, si se los reemplaza por otros, tal como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una revolución, perdería el sistema dinámico su identidad y sería sustituido por otro.²⁷³

Es importante señalar que de acuerdo con esta segunda interpretación, estrictamente hablando, no puede sostenerse que una norma pertenezca al sistema dinámico: las normas pertenecerían a los sistemas estáticos, los cuales a su vez serían miembros del sistema dinámico.²⁷⁴ Por supuesto que se podría hablar de la 'pertenencia de una norma al sistema dinámico', pero solo como una forma abreviada de hacer referencia a la pertenencia de una norma a, al menos, un sistema estático que sea miembro de ese sistema dinámico.

En opinión de Moreso y Navarro:

Puede ser tentador afirmar que las dos explicaciones de la relación entre sistema [estático] y orden jurídico [dinámico] son solamente dos maneras diferentes de decir la misma cosa. Sin embargo, nuestro objetivo es destacar que no es posible comprender la naturaleza del orden jurídico sin explicitar sus características lógicas, ya que la selección y resolución de determinados problemas pueden depender de la elección de una concepción específica del orden jurídico. En este aspecto es aconsejable aceptar un 'principio de tolerancia' y fomentar la investigación de ambas concepciones.²⁷⁵

Sin embargo, en contra de esta idea es posible demostrar no solo que no se trata aquí de dos maneras diferentes de decir lo mismo, sino que el modelo de la inclusión resulta inadecuado para dar cuenta de aquello para lo que se lo propone. Una primera crítica que podría dirigirse contra el modelo de la inclusión es que, si se concibe al sistema dinámico como el conjunto de todas las normas de los sistemas estáticos, tal conjunto sería *'irremediabilmente inconsistente, ya que contendría todas las normas derogadas y las que fueron dictadas en su lugar'*.²⁷⁶

Esta objeción no resulta crucial, puesto que también los sistemas estáticos existentes resultan corrientemente inconsistentes, no obstante lo cual eso no constituye una razón suficiente para justificar el abandono de tal caracterización.²⁷⁷ Existe, de todos modos, una razón diferente y que sí resulta decisiva para descartar este modelo, que muestra su radical inadecuación para dar cuenta

de la dinámica del derecho. Si el sistema dinámico es concebido como un conjunto que incluye a los sistemas estáticos como subconjuntos de las normas válidas en cierto tiempo, estos subconjuntos no cambian cuando se promulga, se deroga o reforma una norma. Cuando se utiliza esta perspectiva de análisis para juzgar retrospectivamente ciertos actos de promulgación, reforma o derogación de normas, lo que brinda la apariencia del cambio es la asociación de subconjuntos distintos a tiempos diferentes: el conjunto de las normas que eran válidas hasta el día de ayer no cambia por el hecho de que ayer se haya promulgado una nueva norma, pero permite subdividir al conjunto de todas las normas válidas entre el subconjunto de las que eran válidas hasta ayer y el subconjunto de las que son válidas a partir de ayer.

En el modelo de la pertenencia, al promulgarse, reformarse o derogarse una norma, lo que brinda la apariencia de cambio es la integración de un nuevo sistema estático a la secuencia dinámica. Pero como el sistema dinámico es justamente una *secuencia* de sistemas estáticos, preserva su identidad pese a los cambios. Si en un tiempo t_1 un sistema dinámico está integrado por una secuencia de sistemas estáticos y en t_2 se lleva a cabo un acto de promulgación, derogación o reforma de una norma, ese acto producirá como resultado la integración a la secuencia de un nuevo sistema, pero el sistema dinámico conservará su identidad puesto que ella depende exclusivamente de los criterios usados para identificar a los sistemas estáticos que lo integran.²⁷⁸

En cambio, en el modelo de la inclusión, el sistema dinámico es en realidad tan estático como los conjuntos de normas que incluye: si el conjunto de todas las normas válidas de conformidad con ciertos criterios de validez está conformado en un tiempo t por ciertas normas –las cuales pueden ser subdivididas por el teórico en los subconjuntos de las normas válidas en t , en t_{-1} , en t_{-2} , etc.– y una autoridad competente ejerce su potestad y promulga una nueva norma, en t_1 ese conjunto contendrá –posiblemente entre otras– a esta nueva norma y, por consiguiente, será distinto del conjunto anterior. De manera que, en una visión retrospectiva, este modelo solo refleja la dinámica del derecho como distintos subconjuntos delimitados en un conjunto que los abarca y, en visión proyectiva, se revela inservible para dar cuenta de la identidad pese a los cambios, pues el conjunto de todas las normas válidas hasta el día de hoy deberá ser sustituido por otro si hoy se promulga una nueva norma.²⁷⁹

Parece claro que, entre concebir al sistema dinámico como un conjunto de normas y concebirlo como un conjunto de conjuntos de normas, media una diferencia en el nivel de abstracción, siendo obviamente la segunda perspectiva más abstracta que la primera. También parece claro que, si a ciertos efectos una presentación menos abstracta es suficiente para evaluar un determinado problema, ella puede resultar preferible a otra más elaborada. Pero el precio que se debe estar dispuesto a pagar por esa mayor economía es la pérdida de poder explicativo. Si un sistema dinámico es concebido como un conjunto de normas y los sistemas estáticos como subconjuntos de las normas válidas en diferentes momentos, no es posible dar cuenta acabadamente de ciertas relaciones entre esos conjuntos. Si en cambio el sistema dinámico se interpreta como una secuencia, esto es, un conjunto ordenado de sistemas estáticos, dentro del sistema dinámico pueden analizarse las relaciones de sucesión temporal entre los sistemas estáticos, de las que no se puede dar cuenta en el modelo alternativo.

Como ya se adelantó, una vez que se advierte que el único modo satisfactorio de dar cuenta de la noción dinámica de sistema jurídico es en términos de una secuencia de conjuntos de normas que se suceden en el tiempo con cada acto válido de promulgación o derogación de normas (modelo de la pertenencia), debe aceptarse que el papel que desempeñan los criterios de legalidad y

deducibilidad no puede ser el mismo: la deducibilidad puede ser un criterio de pertenencia de normas a los sistemas estáticos, si se considera que las consecuencias de las normas promulgadas son también normas válidas. Pero la legalidad es un criterio de pertenencia, no de normas a sistemas estáticos, sino de sistemas estáticos a la secuencia dinámica.

El diferente papel que juegan estos dos criterios permite explicar las distintas condiciones de eliminación de las normas derivadas. Moreso y Navarro sostienen al respecto que:

Las normas dependientes en virtud del principio de legalidad ocupan un lugar privilegiado respecto de las restantes normas dependientes. Esta posición de privilegio está determinada por las condiciones de eliminación del sistema de las distintas normas dependientes. Una norma dependiente N formulada en el sistema S no desaparece de S al eliminarse la norma que otorgaba competencia a la autoridad normativa de N. Por el contrario, si una norma N pertenece al sistema por ser consecuencia lógica de otra norma N_1 , es necesaria y suficiente la remoción de N_1 para que la norma N sea eliminada del sistema.²⁸⁰

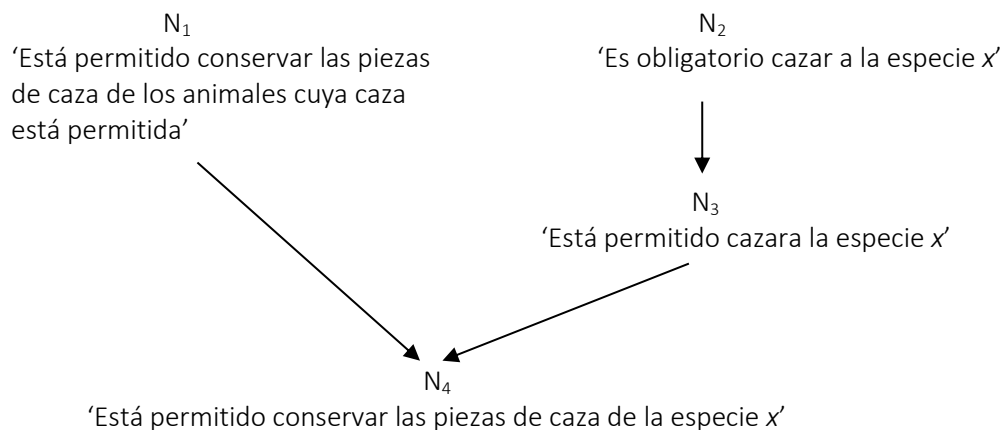
Lo que parece sostenerse aquí es que una norma N, válida en virtud del criterio de legalidad, hereda su validez de otra norma N_1 , pero nada exige que la norma N_1 de la que N heredó su validez siga siendo válida para que N conserve su validez luego de haber sido promulgada. Así, incluso las normas independientes de las que partió la cadena pueden haber sido derogadas y, por tanto, haber perdido su pertenencia al sistema momentáneo desde el que se está juzgando la validez de N.

Ahora bien, contrariamente a lo que sostienen Moreso y Navarro, en realidad no se trata de que las 'normas dependientes en virtud del criterio de legalidad' posean una posición de privilegio respecto de las derivadas en virtud del criterio de deducibilidad. Lo que ocurre es que la legalidad no es un criterio de pertenencia de normas derivadas a un sistema jurídico, sino un criterio para determinar cuándo admitir un nuevo sistema en la secuencia que conforma un mismo orden jurídico dinámico. Por ello, cuando en virtud del criterio de legalidad se admite un nuevo sistema en la secuencia como resultado, por ejemplo, de un acto de promulgación de una norma N, dicha norma pasa a formar parte del nuevo sistema en la secuencia. La circunstancia de que posteriormente se elimine la norma que confería competencia para la creación de N no tiene incidencia sobre su pertenencia al sistema porque no es la relación de legalidad entre N y la norma que confería competencia para su dictado lo que fundamenta su pertenencia al sistema, sino que es exclusivamente la legalidad del acto de su creación al tiempo de llevarlo a cabo lo que justifica integrarla a un nuevo sistema en la secuencia. En el caso de las normas lógicamente derivadas, si se considera que ellas son parte del derecho, su pertenencia al sistema depende sí de la existencia de una relación de deducibilidad entre ella y la o las normas de las que se deriva, de modo que si tales normas son eliminadas, ella automáticamente deja de formar parte del sistema.²⁸¹

La distinción entre sistemas estáticos y dinámicos permite analizar de manera rigurosa cuáles son las consecuencias de los actos de promulgación y derogación de normas jurídicas.²⁸² Cuando se promulga una norma, si ese acto es cumplido por una autoridad competente y por el procedimiento debido de acuerdo con lo que disponen otras normas del sistema, se produce el reemplazo de ese sistema por uno nuevo en la secuencia que conforma un mismo orden jurídico dinámico. Ahora bien, es interesante advertir que los actos de promulgación pueden llevar a consecuencias imprevistas. Supóngase que α es el conjunto de las normas jurídicas válidas en un

tiempo t_1 , y que en un tiempo t_2 se promulga válidamente el conjunto de normas β . Ello producirá como consecuencia la incorporación a la secuencia de un nuevo sistema que será una *expansión* de α , pero de ese nuevo sistema será posible derivar no solo las consecuencias lógicas que se seguían de α más aquellas que puedan ahora derivarse de β ($Cn(\alpha) + Cn(\beta)$). En rigor, las consecuencias derivables serán todas las que se siguen de α , todas las que se siguen del nuevo conjunto promulgado β , y todas las consecuencias que se siguen de la unión de α y β que no resulten derivables ni solo de α ni solo de β ($Cn(\alpha + \beta)$), conjunto que puede ser considerablemente más amplio que la suma de las consecuencias de α más las consecuencias de β ($Cn(\alpha) + Cn(\beta)$).²⁸³

Para apreciarlo mejor, considérese el siguiente ejemplo: de acuerdo con las normas que conforman un cierto sistema normativo, se permite conservar las piezas de caza de aquellos animales cuya caza está permitida (N_1). En cierto momento, la autoridad normativa decide declarar plaga nacional a cierta especie animal, lo que se interpreta que conlleva la obligación para toda persona de matar a los ejemplares de dicha especie (N_2). El nuevo sistema resultante de este acto de promulgación estará conformado por la norma originaria (N_1) y la nueva norma promulgada (N_2), y de él será posible derivar todas las consecuencias que se sigan de una y otra, entre ellas, que está permitida la caza de la especie animal en cuestión (N_3), permisión que se sigue del deber impuesto por la declaración de plaga nacional de dicha especie (N_2). Pero esta consecuencia, en conjunción con la norma originaria, permite a su vez derivar una consecuencia que no se sigue solo del sistema anterior ni tampoco de la nueva norma dictada: que está permitido conservar las piezas de caza de la especie declarada plaga nacional (N_4).



A pesar de esta ampliación exponencial de las consecuencias derivables, el resultado de la operación de promulgación de una norma resulta siempre identificable una vez que se han identificado las normas expresamente promulgadas así como el sistema anterior en la secuencia. Y como el resultado de toda promulgación es siempre un único nuevo sistema, puede decirse que esta operación es *unívoca*.²⁸⁴

Corresponde aclarar que una autoridad normativa podría promulgar válidamente una formulación normativa cuyo significado fuera equivalente al de una norma ya existente en el sistema o derivable de él. La consideración teórica de este supuesto varía según se asuma la concepción semántica o la concepción sintáctico-semántica de las normas. En el primer caso, el acto de promulgación no producirá un nuevo sistema en la secuencia ya que las normas (los significados) en juego no habrán variado. En el segundo, dado que en esta concepción una norma es una

formulación significativa, dos formulaciones con el mismo significado son, no obstante, dos normas diferentes. Por ello, desde este punto de vista, el acto de promulgación en cuestión producirá un nuevo sistema en la secuencia que contendrá dos normas redundantes. En ambas hipótesis, después de la promulgación, los mismos casos seguirán siendo correlacionados con las mismas soluciones. De acuerdo con Moreso y Navarro, este tipo de promulgación podría denominarse ‘promulgación formal’, por oposición al caso antes analizado que podría denominarse ‘promulgación material’.²⁸⁵

A diferencia de la promulgación, la derogación de una norma puede generar diversas situaciones que conviene discriminar. En primer lugar, en analogía con la situación comentada en el último párrafo, un acto de derogación puede tener por exclusiva finalidad la eliminación de una formulación normativa superflua, sin hacer variar las soluciones que el sistema ofrece. Desde el punto de vista de la concepción semántica de las normas, el acto en cuestión no producirá un nuevo sistema en la secuencia, puesto que las normas (los significados) no resultan alteradas, mientras que, de conformidad con la concepción sintáctico-semántica, se generará un nuevo sistema en el que quedará suprimida la norma redundante, pero que resultará lógicamente equivalente al anterior. Pueden denominarse ‘derogaciones formales’ a estos actos, por oposición a los restantes que se examinarán, a los que calificaremos como ‘derogaciones materiales’, ya que producen variaciones en las soluciones normativas. Muchas veces es difícil determinar si la autoridad normativa ha querido simplemente eliminar una formulación normativa redundante o si ha querido eliminar una norma del sistema. Moreso y Navarro sostienen que sin analizar los propósitos de la autoridad normativa no parece posible determinar en tales casos cómo queda conformado el nuevo sistema.²⁸⁶

En segundo lugar, supóngase que en un sistema normativo como el del ejemplo antes presentado se quisiera derogar la norma N_2 , esto es, aquella norma promulgada por la autoridad normativa que obligaba a cazar ciertos animales. Parece claro a partir de lo dicho en torno a la promulgación que si el acto de derogación es válido, producirá el reemplazo del sistema originario por otro sistema en la secuencia en el cual no se encontrará la norma explícitamente derogada, en este caso N_2 , y no resultarán derivables ninguna de sus consecuencias, tanto directas –esto es, aquellas que se seguían exclusivamente de N_2 , como es el caso de N_3 – como indirectas –esto es, aquellas que se seguían de N_2 en conjunción con las restantes normas del sistema, como es el caso de N_4 . De modo que, cuando se deroga una norma formulada, ya no será derivable del nuevo sistema ninguna de las normas para cuya derivación resulte necesaria la norma que ha sido expresamente derogada. La derogación de una norma formulada propaga así sus efectos hacia todas sus consecuencias, y su resultado, al igual que en la promulgación y en la derogación formal, es siempre unívoco, en el sentido de que siempre será un único sistema identificable.

En tercer lugar, supóngase que la autoridad normativa desea ‘derogar’ la norma N_3 , esto es, evitar que pueda derivarse del sistema esta norma, que no ha sido promulgada en forma explícita pero que resulta derivable de otra que sí se promulgó explícitamente, la cual permite cazar ciertos animales. En el caso analizado, la norma N_3 se deriva exclusivamente de la norma N_2 . Siguiendo el mismo razonamiento que en el caso anterior, del nuevo sistema no deberá poder derivarse dicha norma ni tampoco ninguna de sus consecuencias –por ejemplo, la norma N_4 . Pero para lograr ese efecto será menester eliminar también aquella norma de la que ella se deriva. Por consiguiente, la derogación de una norma que, como en este caso, se deriva lógicamente de una norma expresamente promulgada, proyecta sus efectos tanto hacia las normas implicadas como hacia las normas implicantes.

Finalmente, supóngase que la autoridad normativa desea ‘derogar’ la norma N_4 , esto es, aquella que establece que está permitido conservar las piezas de caza de la especie animal declarada plaga nacional. Aquí también se trata de evitar que pueda derivarse del sistema una norma, pero a diferencia del caso anterior, dicha norma no se sigue solo de N_1 ni solo de N_2 , sino de la conjunción de ambas. En el sistema que resulte de esta derogación no debería poder derivarse la norma expresamente derogada (N_4) ni sus consecuencias lógicas. Pero si en el nuevo sistema subsistieran las normas N_1 y N_2 , seguiría derivándose de ellas N_4 . Como la norma que aquí se quiere derogar es una consecuencia lógica, no de una, sino de dos o más normas formuladas, una de estas últimas deberá ser eliminada. No obstante, no hay ningún criterio lógico que indique cuál ha de desecharse. El resultado de esta operación será, por consiguiente, no un sistema sino un conjunto de sistemas alternativos: puede lograrse la eliminación de N_4 ya sea eliminando N_2 (y, en consecuencia, también N_3), eliminando N_1 , o bien eliminando ambas.

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, emplearemos la expresión *indeterminación lógica* del sistema resultante de un acto de derogación para hacer referencia a aquella situación en la cual, en lugar de un sistema, aparecen varios sistemas alternativos como candidatos a suceder al original en la secuencia de sistemas del orden dinámico. Tal situación demostraría, según los profesores argentinos, que las operaciones de promulgación y derogación de normas no son simétricas, pues nada análogo a este tipo de indeterminaciones lógicas podría producirse como consecuencia de un acto de promulgación.²⁸⁷

Frente a situaciones como la analizada es necesario escoger uno entre los sistemas alternativos posibles. Y si bien como se indicó no hay ningún criterio lógico que permita ofrecer una respuesta concluyente a esta pregunta, sí es posible evaluar desde un punto de vista lógico ciertas condiciones racionales de adecuación para la derogación. El primer paso en el proceso de eliminación asociado con un acto de derogación material consiste en la identificación de las normas explícitamente derogadas. El segundo paso consiste en la identificación de aquellos subconjuntos del conjunto originario que implican alguno de los elementos del conjunto derogado (D). El conjunto de los subconjuntos de α que comparten tal propiedad será llamado el *conjunto rechazado* (Re). Un conjunto C es rechazado por la derogación D –Re(D)– si y solo si alguno de los elementos de D es una consecuencia de C.²⁸⁸ A cada acto de derogación corresponde una familia de conjuntos rechazados y todos ellos deben ser eliminados si es que ninguna norma explícitamente derogada debe permanecer en el sistema. Pero ¿qué significa ‘eliminar un conjunto’? Como ya se advirtió, si uno de los elementos de un conjunto es eliminado, el conjunto como tal desaparece: lo que se obtendrá en su lugar será otro conjunto. Por otra parte, mientras están presentes todos sus elementos, subsistirá el mismo conjunto. Por consiguiente, la eliminación de por lo menos uno de sus elementos es una condición suficiente y necesaria para la eliminación de un conjunto.²⁸⁹

En otras palabras, como ninguno de los conjuntos rechazados puede quedar incluido en el sistema resultante de un acto de derogación, ello implica que al menos una de las normas de cada conjunto rechazado deberá ser eliminada del conjunto originario. Por cierto que el mismo objetivo podría alcanzarse a través de sustracciones más generosas, por ejemplo, a través de la eliminación de varias o incluso todas las normas de algún conjunto rechazado. Sin embargo, parece sensato pensar que con la derogación de un conjunto de normas D se pretende eliminar el mínimo de normas compatible con el requerimiento de que ninguna norma de D sea derivable del sistema. Esto permite formular las siguientes condiciones de adecuación para el proceso de derogación:

(1) ninguna norma explícitamente derogada debe permanecer en el sistema resultante, y

(2) no se deben eliminar más normas que las que sean necesarias para satisfacer la primera condición.²⁹⁰

No siempre es posible cumplir ambas condiciones eliminando solo una norma de cada conjunto rechazado. En ciertas circunstancias será necesario eliminar más de una o incluso todas. Por ejemplo, si se deben eliminar los tres siguientes conjuntos: $\{N_1, N_2\}$; $\{N_2, N_3\}$ y $\{N_1, N_3\}$, entonces al menos una norma de cada conjunto debe ser eliminada, lo cual implica eliminar todas las normas de uno de ellos.

A fin de satisfacer ambas condiciones de adecuación, se necesita entonces construir un conjunto S que seleccione al menos una norma de cada conjunto rechazado, es decir, S debe intersectar no vacuamente todos los conjuntos rechazados y, además, esta selección debe ser *minimal*, en el sentido de que no exista ninguna forma de alcanzar el mismo resultado seleccionando menos normas. Ello significa que no debe existir en S ningún subconjunto propio que intersecte no vacuamente todos los conjuntos rechazados. Pero es perfectamente posible que haya más de una forma de construir una selección minimal, de manera que en principio una derogación conduce solamente a una familia de selecciones minimales.²⁹¹

Se ha examinado qué es lo que debe ser eliminado del conjunto α como resultado de una derogación, pero ahora debería determinarse qué es lo que queda en el nuevo sistema después de que la derogación ha tenido lugar, esto es, cuál es el *remanente* de una derogación.²⁹² Los remanentes de una derogación serán los conjuntos más amplios que permitan la desaparición de todas las normas explícitamente derogadas, lo cual pone de manifiesto que el resultado de una derogación indeterminada es una pluralidad de remanentes alternativos.²⁹³

Si solo se toma en consideración el resultado de la promulgación de una norma o un conjunto de normas, no parece mediar diferencia significativa alguna entre la concepción del orden jurídico como un conjunto de normas o como un conjunto de sistemas estáticos. Esto en virtud de que la operación de promulgación tiene la cualidad de ser conmutativa cuando se lleva a cabo en serie: el resultado de promulgar un conjunto de normas α y luego un conjunto de normas β es el mismo que se alcanza si primero se hubiese promulgado β y luego α . En otras palabras, el orden no tiene incidencia en el contenido de los diferentes sistemas estáticos de la secuencia dinámica cuando solo se consideran modificaciones producidas por la promulgación de normas. Pero si se consideran las operaciones de derogación o reforma, las cosas son bien distintas.

La derogación en serie no es conmutativa, y otro tanto ocurre con la reforma si se interpreta dicha operación como la derogación de un conjunto de normas y su reemplazo por otras normas, esto es, como una operación mixta de derogación y promulgación simultáneas.²⁹⁴ Supóngase un sistema de normas S_1 . Sea α un subconjunto de S_1 que desea derogarse. El resultado de dicha derogación será un sistema S_2 . Sea ahora β un subconjunto de normas de S_2 que desea derogarse. El resultado de esta derogación dará origen a un sistema S_3 . Ahora bien, el contenido de S_3 no resulta determinado solo por los dos actos de derogación, sino también por el orden en que tales operaciones se han llevado a cabo. Un ejemplo permitirá aclarar lo dicho:

Diagrama 1:

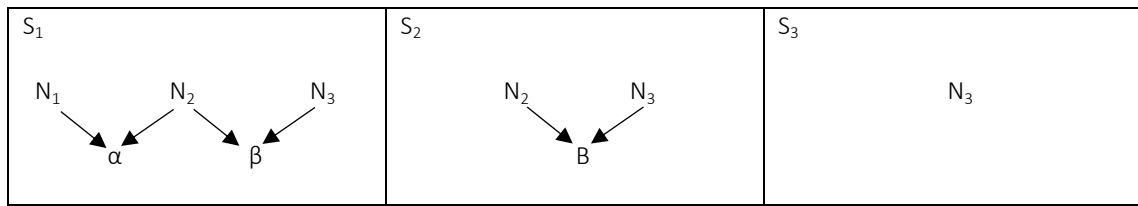
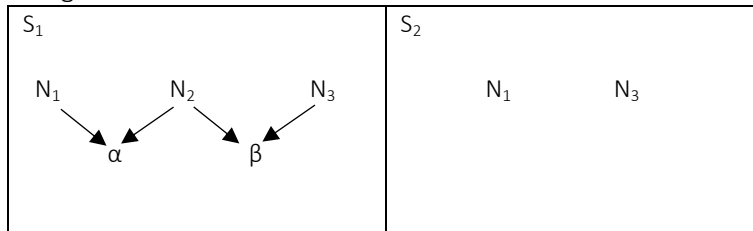


Diagrama 2:



Según el diagrama 1, si α se sigue lógicamente de N_1 y N_2 , suponiendo que la segunda norma es jerárquicamente superior a la primera, para lograr la eliminación en S_2 de α será menester eliminar al menos una de las dos normas implicantes. Dada la jerarquía supuesta, la norma que resultará descartada será N_1 . De modo que S_2 quedará integrado por N_2 y N_3 . Si ahora se quisiera derogar el conjunto β , como este se deriva de N_2 y N_3 , será menester eliminar al menos una de ellas, y suponiendo ahora que N_3 es jerárquicamente superior a N_2 , el sistema resultante S_3 quedaría integrado solo por N_3 .

Pero supóngase que el orden de las derogaciones hubiese sido distinto. Según el diagrama 2, si primero se hubiese derogado el conjunto β , se habría eliminado N_2 , norma necesaria para la derivación de tal conjunto y que por hipótesis resulta jerárquicamente inferior a N_3 . De manera que el nuevo sistema habría quedado conformado por N_1 y N_3 . Pero esta derogación habría resultado suficiente para eliminar también al conjunto α , dado que tal conjunto se deriva de N_1 y N_2 . Y como N_2 resultó eliminada, el conjunto α ya no puede derivarse, de manera que ninguna operación adicional sería necesaria para excluirlo. Este ejemplo demuestra que una secuencia de derogaciones no resulta conmutativa: el resultado depende no solo de qué normas se derogán sino también del orden de las derogaciones. Y ello a su vez prueba que solo concibiendo el sistema jurídico dinámico como una secuencia de conjuntos de normas es posible dar cuenta de manera satisfactoria del resultado de los procesos de promulgación y derogación de normas en el derecho.

Hasta aquí hemos venido utilizando la expresión 'derogación' tanto para hacer referencia a la eliminación de una norma de un sistema de la secuencia dinámica, como para hacer referencia a evitar que cierta consecuencia pueda derivarse de las normas de un sistema de la secuencia dinámica.²⁹⁵ Sin embargo, no discriminar estos dos sentidos de 'derogación' puede encubrir las importantes diferencias que median entre los *actos de derogación* o derogación expresa y la *derogación por incompatibilidad* o derogación tácita. Como vimos, para Alchourrón y Bulygin la derogación, cuando afecta a una norma que no ha sido expresamente promulgada sino que es solo una consecuencia de normas promulgadas, en ciertos casos puede producir una indeterminación respecto de cuál es el nuevo sistema de la secuencia.²⁹⁶ Pero en realidad ningún acto normativo de derogación –cuya formulación verbal típica es 'Deróguese el artículo x de la ley y'– puede producir ese resultado, dado que las autoridades normativas solo operan de manera directa sobre las normas expresamente promulgadas, nunca sobre una norma que es únicamente consecuencia

lógica de las normas expresamente promulgadas. Por consiguiente, tales actos de derogación expresa no producen indeterminaciones.

En su estudio sobre la derogación, Aguiló Regla sostiene este mismo punto de vista,²⁹⁷ indicando que el único ejemplo que ofrecen Alchourrón y Bulygin de *acto* de derogación que podría producir indeterminaciones es el de las cláusulas que suelen incorporarse con la sanción de una ley que expresan ‘Deróguense todas las disposiciones que se oponen a la presente’. Pero a juicio de Aguiló Regla, ese ejemplo no permite probar lo que con él se pretende porque se trata de cláusulas que carecen de toda relevancia normativa. En efecto, si se promulga una ley incompatible con normas anteriores que incluye una cláusula semejante, y a ese conflicto le resulta aplicable el principio de *lex posterior*, la nueva disposición derogará en lo pertinente a esas normas previas, pero debido al efecto del principio de *lex posterior*. Si en cambio se promulga una ley incompatible con normas anteriores que incluye una cláusula semejante, y a ese conflicto no le resulta aplicable el principio de *lex posterior* –por ejemplo, porque las normas preexistentes fueron promulgadas por un órgano de jerarquía superior– la inclusión de la cláusula ‘Deróguense todas las disposiciones que se oponen a la presente’ en la nueva ley no tendrá ningún efecto para resolver el conflicto a favor de esa nueva disposición. Por otra parte, la promulgación de una ley incompatible con normas anteriores que no incluyera una cláusula semejante tendría exactamente las mismas consecuencias: si al conflicto generado le resulta aplicable el principio de *lex posterior*, prevalecerá la nueva disposición; si en cambio no le resulta aplicable dicho principio, puede ocurrir que se privilegie a las normas preexistentes. Como puede apreciarse, en todo caso lo que produce la derogación de las normas incompatibles con la nueva ley es siempre la aplicación del principio de *lex posterior*.

La derogación tácita, en cambio, como opera cuando se promulga una norma que resulta incompatible con las consecuencias de normas preexistentes, sí puede provocar indeterminaciones. Pero ese es un proceso complejo, producto de un acto de promulgación llevado a cabo por la autoridad normativa, conjuntamente con una operación llevada a cabo por el teórico o intérprete para restablecer la consistencia del sistema una vez que se ha introducido un conflicto.

Podría, no obstante, objetarse lo aquí afirmado sobre la base de una situación como la siguiente: supóngase una norma N que se encuentra expresamente formulada en un sistema jurídico y que, a la vez, es consecuencia lógica de un conjunto de otras normas del sistema. Si la autoridad decide derogar N, ¿cuál es el resultado de dicho acto? Existen aquí dos alternativas: en primer lugar, puede ser que la autoridad normativa haya pretendido simplemente eliminar una redundancia, esto es, eliminar a N como norma expresamente formulada, ya que ella es de todos modos derivable como consecuencia lógica de las restantes normas del sistema. En tal caso, la derogación sería meramente formal y no afectaría el contenido conceptual del sistema. Pero, en segundo lugar, podría ser que la intención de la autoridad normativa no se haya limitado a lo anterior, sino que haya pretendido evitar que N subsista en el sistema no solo como norma formulada sino también que pueda derivarse de las restantes normas del sistema. En este último caso se produciría una indeterminación si N es derivable de más de una norma del sistema, y esa indeterminación sería producto de un acto de derogación expresa.

No obstante, debería tenerse presente que del acto cumplido por la autoridad normativa al emitir la cláusula derogatoria ‘Deróguese la norma N’ no se puede derivar sin más esta segunda alternativa. En la cláusula ‘Deróguese la norma N’, la expresión ‘la norma N’ no puede entenderse

sino como referida a una formulación normativa, a lo sumo a una formulación normativa interpretada, pero no de modo directo a una consecuencia de normas promulgadas. Por ello, a partir del acto cumplido por la autoridad solo puede tenerse por eliminada la norma formulada. Considerar además que N tampoco puede ya derivarse de las restantes normas del sistema requiere de una actividad del intérprete que asigne ese efecto al acto cumplido por la autoridad y, en consecuencia, que identifique cuáles de las diversas normas que la implican deben ser rechazadas para evitar la derivación. En otras palabras, este ejemplo no refuta sino que más bien confirma que las autoridades normativas solo operan en forma directa sobre la base del sistema, y que las derogaciones por incompatibilidad son producto de la actividad de los intérpretes.

10.2. Dinámica jurídica y jerarquías normativas

Hemos efectuado un análisis simplificado de los procesos de promulgación y derogación de normas sin considerar jerarquías entre ellas. Ahora es posible refinar ese análisis para determinar cómo impacta en la dinámica jurídica la circunstancia de que el derecho constituye un ordenamiento jerárquicamente estructurado. El punto central que debe resolverse está estrechamente vinculado con la manera de explicar cómo juegan conjuntamente los diferentes criterios para la resolución de conflictos entre normas.

Idealmente, una relación de preferencia entre normas debería ser transitiva (si N_1 es preferida a N_2 y N_2 es preferida a N_3 , entonces N_1 debería ser preferida a N_3) y asimétrica (si N_1 es preferida a N_2 , N_2 no debería ser preferida a N_1). Toda relación transitiva es acíclica —es decir, no circular—, y esto último garantiza que no puedan existir conflictos normativos bajo ninguna condición, salvo la imposible.²⁹⁸ No obstante, aunque todos los sistemas jurídicos disponen expresamente algunos criterios de preferencia entre sus normas, es muy raro que ellos satisfagan estas condiciones de racionalidad.

Además, cuando un juez intenta resolver un caso aplicando un sistema de normas generales, muchas veces ocurrirá que ninguna norma por sí sola resultará suficiente para poder fundar una decisión, sino que será necesario tomar en cuenta dos o más normas. Por tal razón, así como el juez necesita considerar cuestiones relativas a la prelación entre normas individuales, igualmente necesita comparar, toda vez que ello sea necesario y posible, un conjunto de normas frente a otro.²⁹⁹ Para considerar este problema, es preciso distinguir entre *preferencias* entre normas y las *jerarquías* que ellas generan.

A fin de caracterizar la idea de una jerarquía quizás resulte apropiado brindar un ejemplo: considérense los grados de los oficiales militares. Si se comparan dos oficiales militares cualesquiera, se cumplirá que o bien el primero posee al menos el mismo rango que el segundo y el segundo no posee a su vez al menos el mismo rango que el primero (si el primero es de rango superior), o bien que el segundo posee al menos el mismo rango que el primero y que el primero no posee al menos el mismo rango que el segundo (si el segundo es de rango superior), o bien que el primero posee al menos el mismo rango que el segundo y el segundo al menos el mismo rango que el primero (si ambos son del mismo rango). En consecuencia, todos los oficiales militares están vinculados por una relación de preferencia débil ('poseer al menos el mismo rango que'), transitiva y completa. Tal relación genera una *jerarquía* dentro del conjunto de los oficiales militares, esto es, una partición del conjunto en un conjunto de subconjuntos —una familia— no vacíos (los grados militares: subteniente, teniente, coronel, etc.) que son conjuntamente exhaustivos y mutuamente

excluyentes (todo oficial pertenece a un grado, y si pertenece a uno, no pertenece a ningún otro), los cuales están ordenados por una relación lineal de importancia. Una jerarquía es entonces una relación, no entre individuos, sino entre conjuntos de individuos (en el ejemplo, entre los grados de los oficiales militares, no entre los oficiales militares mismos) y en este caso se trata de una relación asimétrica, transitiva y además completa, en el sentido de que vincula a todos los elementos del conjunto.³⁰⁰

Es corriente sostener que los distintos criterios jerárquicos en el derecho, esto es, principalmente *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, pueden dar lugar a distintas ordenaciones. Esto sucede cuando es aplicable al supuesto de dos o más normas en conflicto más de uno de tales criterios y ellos arrojan resultados diferentes.³⁰¹ A fin de solucionar tales situaciones se requiere de metacriterios que ordenen los criterios de ordenación.³⁰² Examinemos detenidamente los diferentes supuestos de concurrencia en la aplicación de estos tres criterios. Tomándolos de a pares, hay dos posibilidades en cada caso.³⁰³

En la hipótesis de aplicabilidad conjunta de *lex superior* y *lex posterior* puede ocurrir que la norma superior sea anterior o posterior en el tiempo respecto de la inferior. En el segundo supuesto no habría conflicto, porque los dos criterios coincidirían, en tanto que en el primero es pacífica en la doctrina la preferencia de *lex superior* sobre *lex posterior*.

En cuanto a la concurrencia de *lex specialis* con *lex posterior*, si la norma más específica es posterior a la norma relativamente más general no habría conflicto alguno, porque ambos criterios coincidirían en postergar a la norma anterior-general, y ello supondría la introducción de una excepción en ella. Si en cambio la norma más específica es anterior a la norma general, no parece existir un metacriterio uniforme que confiera unicidad a los resultados incompatibles a los que conduciría la aplicabilidad de cada uno de estos dos criterios.³⁰⁴ Podría considerarse que en tal caso prevalece la norma general-posterior, produciendo la inaplicabilidad o derogación tácita de la especial-anterior; pero ello podría controvertirse en el nivel interpretativo argumentando, por ejemplo, que la voluntad del legislador de la norma general-posterior no fue la de derogar la norma especial-anterior sino la de dotar al espectro de casos más generales de una regulación completa a fin de evitar lagunas hipotéticamente preexistentes, sin por ello alterar la regulación de un concreto supuesto más específico, cuyas peculiaridades podrían aconsejar mantener su regulación especial.

En los casos de concurrencia de *lex specialis* con *lex superior*, si la norma relativamente más específica es también la norma superior, los dos criterios concuerdan. Pero el fundamento de la prevalencia suele situarse en ese caso en el carácter de norma superior más que en el de norma especial. Si la norma superior, en cambio, es relativamente más general que la inferior, y se interpreta que en tales casos ha de prevalecer la norma general-superior, produciendo la inaplicabilidad o invalidez de la norma especial-inferior, ello tendría por consecuencia que *lex specialis* nunca entraría en competencia con los resultados que arroja *lex superior*, de manera que el alcance de *lex specialis* se circunscribiría a los supuestos de conflicto entre normas del mismo nivel jerárquico, tal como acontece con *lex posterior*. De todos modos, como se dijo, esta idea tampoco es pacífica.

En síntesis, aunque se acepta sin cuestionamientos que *lex superior* prevalece sobre *lex posterior*, en el sentido de que el último solo resulta operativo en defecto de la aplicación del primero, las relaciones de *lex specialis* tanto con *lex superior* como con *lex posterior* son materia de

controversia. Ahora bien, existen importantes diferencias en el modo en el que operan, por una parte, los criterios de *lex superior* y *lex posterior* y, por la otra, el criterio de *lex specialis*. En primer lugar, *lex superior* y *lex posterior* son aptos para demarcar jerarquías en el sentido antes indicado, esto es, particiones de un conjunto en subconjuntos no vacíos que resulten conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes. Ello es así porque para que ocurra tal cosa se requiere que exista una relación entre las normas que resulte completa, esto es, que entre cualquier par de normas la relación en cuestión las vincule. Los criterios de preferencia que surgen de los principios de *lex superior* y *lex posterior*, debido a sus particulares características, son aptos para demarcar jerarquías en este sentido. Dadas dos normas cualesquiera, necesariamente o bien la primera ha sido promulgada por un órgano de rango superior a aquel que ha promulgado la segunda, o bien la segunda ha sido promulgada por un órgano de rango superior a aquel que ha promulgado la primera, o bien ambas han sido promulgadas por órganos del mismo rango. Igualmente, dadas dos normas cualesquiera, necesariamente o bien la primera ha sido promulgada antes que la segunda, o bien la segunda ha sido promulgada antes que la primera, o bien ambas han sido promulgadas al mismo tiempo.

No ocurre lo mismo con el criterio de *lex specialis*, pues entre dos normas cualesquiera puede ocurrir que ni la primera regule todos los casos que regula la segunda ni la segunda regule todos los casos que regula la primera. Si todos los casos de conflicto entre normas se redujeran a los tipos total-total y total-parcial en la clasificación de Ross, podría decirse que *lex specialis* genera una jerarquía, puesto que en tal caso se cumpliría que, dadas dos normas cualesquiera, o bien una es más general y la otra más específica (conflicto total-parcial) o bien ambas poseen el mismo grado de generalidad (conflicto total-total). No obstante, la posibilidad de conflictos de tipo parcial-parcial muestra que no todas las normas en conflicto pueden ordenarse mediante el criterio de *lex specialis*.

En segundo lugar, tanto *lex superior* como *lex posterior* toman en consideración para privilegiar alguna de las normas en conflicto aspectos formales relacionados con el acto de promulgación: la jerarquía de la fuente de la que emana ese acto, en el caso de *lex superior*, y el tiempo en que se llevó a cabo el acto de promulgación, en el caso de *lex posterior*. De modo que en ambos casos contamos con dos normas en conflicto, lo cual supone que ya le hemos asignado una cierta interpretación a determinados textos relevantes, y el mecanismo que se utiliza para establecer una ordenación entre ellas consiste en examinar ciertas características del acto de su promulgación. El contenido de significado de cada una de las normas no es tomado en consideración pues, como se dijo, el proceso interpretativo se supone ya cumplido.

Por el contrario, la aplicación de *lex specialis* requiere tomar en consideración el significado que se atribuye a ciertas formulaciones normativas en aparente conflicto: si la interpretación que *prima facie* se asigna a cada una de ellas es tal que una expresaría una norma más general en conflicto con otra más específica, ha de revisarse tal interpretación estimando que la más general no cubre en realidad los supuestos en los que la más específica resulta aplicable. De modo que, en este caso, no estamos ante dos normas ya identificadas sino ante textos difíciles de conciliar, y el mecanismo que se utiliza para solucionar el problema consiste en interpretar que la norma expresada por uno de los textos no regula, en realidad, todos los casos que parece regular: ha de entenderse que la más específica introduce una excepción en aquella, armonizándose así los dos textos en juego. Por consiguiente, más que un criterio para la solución de conflictos entre formulaciones normativas ya interpretadas, *lex specialis* constituye un *criterio de interpretación*, que permite asignar a dos

formulaciones normativas que en apariencia expresan normas contradictorias significados conciliables entre sí.³⁰⁵

Si se admite esta reconstrucción, *lex specialis* no operaría en el mismo plano en el que lo hacen los criterios de *lex superior* y *lex posterior*: funcionaría en la fase previa de identificación de las normas expresadas por ciertas formulaciones, no en la determinación de qué normas deben privilegiarse en casos de conflicto una vez que ellas han sido identificadas. Esto explicaría por qué no contamos con metacriterios para resolver los posibles resultados discordantes que podrían ofrecer conjuntamente *lex specialis* y *lex superior*, por una parte, y *lex specialis* y *lex posterior*, por la otra: porque *lex superior* y *lex posterior* solo resultarían aplicables cuando un problema de interpretación entre dos textos no ha podido ser resuelto mediante la utilización de *lex specialis* y subsisten así dos normas en conflicto. En otras palabras, *lex specialis* nunca concurriría conjuntamente con *lex superior* ni con *lex posterior* porque solo se acudiría a estos dos últimos cuando *lex specialis* no hubiera podido solucionar un problema de interpretación.

Por supuesto, la indicada prioridad conceptual de la que parece gozar *lex specialis* respecto de *lex superior* y *lex posterior* no se traduce en una prioridad temporal en su utilización. La interpretación es un proceso que nunca puede darse por concluido: siempre es posible que el intérprete revise el significado que ha asignado a ciertos textos. De ahí que nada impida que pueda verificarse un caso en el que, por ejemplo, se cuente con un texto emanado de una fuente de cierta jerarquía que parezca expresar una norma de carácter general y otro emanado de una fuente de inferior jerarquía que parezca expresar una norma más específica en conflicto con la anterior y, frente a él, resulte controvertible si el problema debe resolverse acudiendo a *lex superior* o a *lex specialis*. Pero si lo señalado hasta aquí es correcto, describir esta situación como un conflicto entre criterios para la resolución de conflictos entre normas sería inadecuado, pues si fuera de aplicación *lex specialis* debería considerarse que la norma inferior-específica introduce una excepción en la superior-general y, por consiguiente, que no existe conflicto entre ellas susceptible de ser resuelto por aplicación de *lex superior*. Los ejemplos habitualmente citados de aplicabilidad conjunta de *lex specialis* y *lex superior* o de *lex specialis* y *lex posterior* serían en realidad casos en los que se duda sobre la aplicabilidad de *lex specialis* como criterio de interpretación. Si esa duda fuera resuelta optando por la inaplicabilidad de *lex specialis*, entonces el conflicto subsistente claramente debería resolverse aplicando *lex superior* o *lex posterior*.

Podría pensarse que si se cuenta con un metacriterio que acuerda preferencia a *lex superior* sobre *lex posterior*, en el sentido que el último solo resulta de aplicación en defecto del primero, y si *lex specialis* tampoco entra en conflicto en sentido estricto con *lex superior* ni con *lex posterior* pues no opera como criterio de resolución de conflictos sino como un criterio de interpretación, entonces nunca se daría el caso de que los criterios de ordenación ofrezcan soluciones en conflicto. Esta conclusión resulta, sin embargo, injustificada: en primer lugar, nada obsta a que cualquiera de estos criterios entre en conflicto con otros más específicos y que no existan metacriterios para su solución. En segundo lugar, aun aceptando que en sentido estricto estos tres criterios no entran en conflicto, ello no implica comprometerse con la idea de que los sistemas jurídicos son necesariamente consistentes: podría acontecer que un conflicto normativo no pueda ser resuelto por aplicación de ninguno de ellos.

Asumiendo que *lex specialis* no funciona como un criterio de resolución de conflictos sino como una pauta de interpretación –al menos por razones de simplicidad en el análisis– veamos cómo deberían reconstruirse las relaciones entre *lex superior* y *lex posterior*. Desde el punto de vista

estático estos criterios de preferencia funcionan igual: frente a un conflicto normativo permiten seleccionar una de las normas en juego. Pero desde el punto de vista dinámico pueden operar *ex ante*, preservando la consistencia e impidiendo que el acto de promulgación de una norma produzca un nuevo sistema en la secuencia si ella es lógicamente incompatible con alguna de las preexistentes, o *ex post*, restableciendo la consistencia una vez que se ha admitido el ingreso de un sistema inconsistente en el orden jurídico. Y mientras que el criterio de *lex posterior* es un claro ejemplo de esta segunda alternativa, el criterio de *lex superior* puede ser interpretado como operando *ex ante* o *ex post*, y cada una de esas interpretaciones daría lugar a una diferente concepción del sistema dinámico, a las que se ha calificado como el modelo del *orden jurídico depurado* y el modelo del *orden jurídico no depurado*.³⁰⁶

En la primera reconstrucción, esto es, la del orden jurídico depurado, una de las condiciones de legalidad que debe satisfacer un acto de promulgación para permitir la asociación de un nuevo sistema estático a la secuencia dinámica es que la norma o conjunto de normas promulgadas no resulten incompatibles con normas emanadas de un órgano jerárquicamente superior. Así, un órgano productor de normas actuaría fuera de su competencia si dictara una norma lógicamente incompatible con otra dictada por un órgano jerárquicamente superior, al menos en la medida de la incompatibilidad. El modelo de orden jurídico resultante es tal que en ninguno de los sistemas que lo conforman existirían inconsistencias entre normas emanadas de órganos de diferente jerarquía.

En la reconstrucción alternativa, esto es, la del orden jurídico no depurado, todo acto de promulgación de una norma producirá el ingreso de un nuevo sistema en la secuencia siempre que se satisfagan las condiciones formales relativas al órgano competente y al procedimiento debido. No se asume que un órgano productor de derecho carezca de competencia para promulgar normas incompatibles con otras promulgadas por órganos jerárquicamente superiores, de manera que si esto ocurre, se integrará de todos modos un nuevo sistema en la secuencia, solo que ese sistema resultará inconsistente por contener al menos dos normas en conflicto. Aquí el criterio de *lex superior* funcionaría *ex post*, operando para restablecer la consistencia una vez que el conflicto se ha producido.

En el modelo del orden jurídico depurado, la inconsistencia con normas de jerarquía superior conllevaría siempre la invalidez *ab initio* de la norma inferior. En el modelo del orden jurídico no depurado, en cambio, la inconsistencia podría producir la invalidez de la norma inferior (declarada, o mejor, decidida en el momento de establecer la ordenación entre las normas inconsistentes) u otras consecuencias, como por ejemplo su inaplicabilidad respecto del caso considerado, que no implicarían necesariamente la eliminación de la inconsistencia del derecho vigente.

Vale la pena destacar que el análisis de la dinámica del derecho varía según se asuma uno u otro modelo. En efecto, si se adopta el modelo del orden jurídico no depurado, valen las conclusiones que examinamos antes respecto de los procesos de promulgación y derogación de normas: el resultado de la operación de promulgación de una norma resulta siempre identificable, una vez que lo han sido las normas explícitamente promulgadas y el sistema anterior en la secuencia, de modo que resulta siempre unívoca, mientras que la derogación por incompatibilidad de normas derivadas puede provocar indeterminaciones.³⁰⁷ En el modelo del orden jurídico depurado, en cambio, la reconstrucción de la dinámica del derecho reviste una serie de peculiaridades, entre las cuales se cuenta que un acto de promulgación también puede producir indeterminaciones.

La distinción entre estas dos reconstrucciones alternativas podría generalizarse del siguiente modo. Desde una consideración formal de la operación de incorporación consistente de un elemento en un conjunto, no existen dos sino tres alternativas de reconstrucción. De acuerdo con la primera, a la que podríamos denominar *revisión innovadora*, incorporar un elemento a un conjunto preservando la consistencia equivale a reemplazar el conjunto de origen por otro en el que se eliminan los elementos incompatibles con aquel que se pretende incorporar, y luego se procede a sustituir dicho conjunto por otro que incluye al nuevo elemento. La calificación de *innovadora* obedece a que esta reconstrucción privilegia siempre el nuevo elemento sobre los anteriores incompatibles con él. De acuerdo con la segunda, a la que podríamos calificar como *revisión neutra*, primero se incorpora el nuevo elemento, dando lugar a un sistema posiblemente inconsistente, y luego, si es preciso, se procede a eliminar la contradicción. El calificativo de *neutra* se justifica pues esta reconstrucción no prejuzga si el restablecimiento de la consistencia preservará los elementos preexistentes o privilegiará al nuevo elemento. De conformidad con la tercera alternativa, a la que podríamos llamar *revisión conservadora*, la pretensión de incorporar el nuevo elemento solo resulta exitosa si este no genera una inconsistencia, de lo contrario el nuevo elemento no ingresa en el conjunto. El carácter *conservador* se manifiesta en el hecho de que en esta reconstrucción siempre se privilegia a los elementos preexistentes sobre los candidatos a ingresar en caso de conflicto.³⁰⁸

Considerando estas tres alternativas, el criterio de *lex posterior* puede reconstruirse como una revisión innovadora o como una revisión neutra, en tanto que el criterio de *lex superior* puede reconstruirse como una revisión conservadora, neutra o innovadora.³⁰⁹ Podría pensarse que la estrategia de apelar a revisiones neutras permitiría dar cuenta del uso de ambos criterios. Sin embargo, esto es ilusorio: en realidad, la revisión neutra permite reconstruir ambas operaciones únicamente porque deja sin analizar qué pauta va a emplearse para resolver los conflictos.

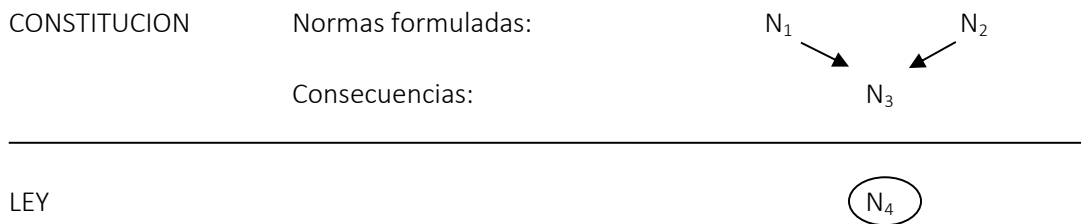
Desde la perspectiva del modelo del orden jurídico depurado, la cuestión relevante es cómo armonizar las revisiones innovadoras con las conservadoras. A primera vista, esta pregunta tiene una respuesta simple: suponiendo dos niveles jerárquicos entre las normas de un sistema jurídico, en el primer nivel todas las incorporaciones de normas deberían ser tratadas como revisiones innovadoras, mientras que en el segundo nivel todas las incorporaciones de normas deberían ser tratadas como revisiones innovadoras siempre que no generen conflicto con las normas del primer nivel, y si lo hacen deberían ser tratadas como revisiones conservadoras. Esto no es más que otra forma de decir que una norma ingresará en el sistema jurídico prevaleciendo (por aplicación del principio de *lex posterior*) sobre normas anteriores en conflicto en la medida en que no sea incompatible con normas de jerarquía superior (esto es, en la medida en que no sea de aplicación el principio de *lex superior*). En palabras de Jordi Ferrer Beltrán:

Si una norma N_j es válida en un sistema St , que pertenece a O_j , y N_j atribuye competencia a la autoridad x para promulgar la norma N_k , y x promulga en el momento t la norma N_k siguiendo el procedimiento establecido en St y respetando *lex superior*, entonces N_k es *ceteris paribus* válida en el sistema $St+1$ y $St+1$ pertenece a O_i .³¹⁰

No obstante, incluso en esta versión simplificada de la estructura jerárquica del derecho subsisten ciertas dificultades a la hora de conciliarla con la dinámica jurídica. Asumiremos por simplicidad el modelo del orden jurídico depurado. No obstante, todas las situaciones problemáticas que se

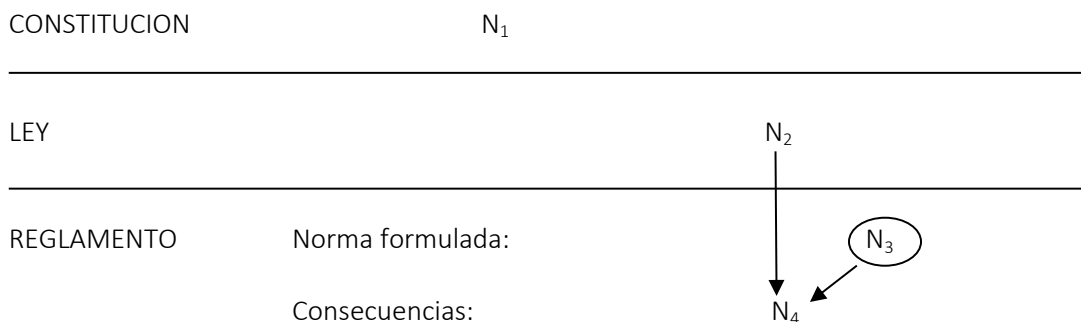
examinarán se verifican igualmente en el modelo del orden jurídico no depurado, variando únicamente el modo en el que se las reconstruye.³¹¹

a) Imagínese que la norma candidata a ingresar en un sistema jurídico es compatible con todas las normas formuladas de jerarquía superior, pero incompatible con una de sus consecuencias lógicas. Para simplificar, supónganse normas de dos fuentes de distinta jerarquía normativa: constitución y ley:



Si la norma candidata a ingresar N₄ es compatible tanto con N₁ como con N₂, pero incompatible con N₃, ella no debería ser admitida de conformidad con el modelo del orden jurídico depurado. En consecuencia, su promulgación no debería dar lugar a un nuevo sistema en la secuencia dinámica. Por consiguiente, el respeto de *lex superior* debería interpretarse a la luz de un ejemplo semejante como si exigiera que la nueva norma no resulte incompatible, no solo con las normas de jerarquía superior, sino con la totalidad de sus consecuencias lógicas.

b) La norma candidata a ingresar puede no ser ella misma directamente incompatible con normas de jerarquía superior, pero puede que sí lo sea alguna de sus consecuencias lógicas. Supónganse ahora tres jerarquías normativas: constitución, ley y reglamento:



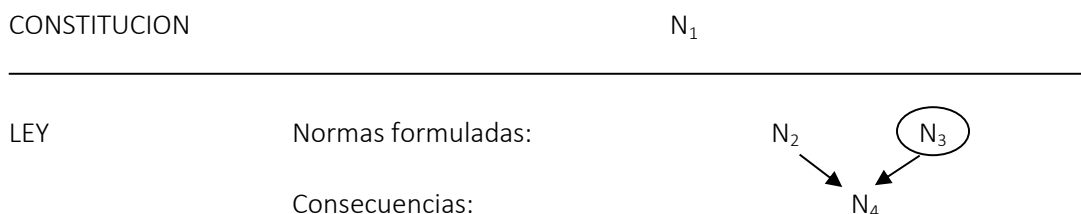
Aquí la norma candidata a ingresar es N₃, y tanto N₂ (una ley) como N₃ (un reglamento) son materialmente compatibles con N₁ (una norma constitucional). No obstante, N₄, que es una consecuencia lógica de N₂ y N₃, es incompatible con N₁. Al igual que en el caso anterior, de acuerdo con este modelo la promulgación de N₃ no debería dar lugar a un nuevo sistema en la secuencia. De manera que 'respetar *lex superior*' parecería significar entonces que no solo la nueva norma, sino tampoco ninguna de sus consecuencias lógicas debe resultar materialmente incompatible con las consecuencias lógicas de las normas de jerarquía superior.

Esta precisión permite advertir una consecuencia interesante del modelo del orden jurídico depurado: si las normas de máximo rango de un sistema jurídico constituyeran un conjunto consistente, bajo esta reconstrucción ello bastaría para garantizar la consistencia de todo el orden jurídico, y si las normas de máxima jerarquía fueran inconsistentes, el sistema sería inmodificable.

En primer lugar, si las normas del máximo nivel jerárquico dentro de un orden jurídico configuran un conjunto consistente, por imperio del principio de *lex superior* no podría ingresar en el sistema ninguna norma en contradicción con las del nivel superior. Ahora, dado que de una contradicción se sigue cualquier cosa, de una contradicción entre las normas de cualquier nivel jerárquico inferior se seguirían consecuencias en conflicto con las normas de la máxima jerarquía. Pero entonces nunca podrían ingresar en el sistema normas contradictorias en ningún nivel jerárquico, con lo cual la consistencia de la máxima jerarquía normativa garantizaría la consistencia de todo el sistema.³¹²

Si, en cambio, las normas del máximo nivel normativo conformasen un conjunto inconsistente, en tal supuesto, como de un sistema inconsistente se sigue cualquier norma, siendo inconsistente la máxima jerarquía normativa, en ella sería posible derivar toda norma posible, de modo que cualquier norma jerárquicamente inferior resultaría incompatible con alguna consecuencia de las normas de rango superior. Por esa razón, el sistema resultaría inmodificable, en el sentido de que no podría incorporarse ninguna norma jerárquicamente inferior y, si ya las hubiera, ellas deberían ser expulsadas del sistema.³¹³

c) Supóngase nuevamente que la norma candidata a ingresar al sistema resulta compatible con las normas de jerarquía superior, pero que una de sus consecuencias lógicas no lo es, y que esta última no se deriva solo de la norma candidata a ingresar, sino de ella conjuntamente con otra frente a la cual, por alguna razón, es preferida la nueva norma.



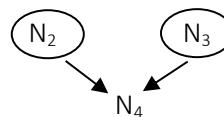
Aquí, N₃ es la norma que se desea promulgar, N₂ es una norma preexistente en el sistema, y ambas son compatibles con N₁. No obstante, de N₂ y N₃ se sigue lógicamente N₄, norma incompatible con N₁. Siendo que N₂ y N₃ serían normas del mismo rango, resultaría aplicable el principio de *lex posterior*, de modo que a fin de evitar que del sistema se derive N₄, debería optarse por considerar tácitamente derogada (total o parcialmente) N₂ y admitir el ingreso de N₃. Habida cuenta de ello, aun cuando un acto de promulgación respete el principio de *lex superior*, en el sentido de que todas las consecuencias lógicas de la norma a promulgarse resulten compatibles con las consecuencias lógicas de las normas de jerarquía superior, podría acontecer que el conflicto con normas de rango superior lo provoque una consecuencia que se siga, no únicamente de las normas a promulgarse, sino de ellas en conjunción con las preexistentes. En tal caso la nueva norma debería ser admitida, pero *lex superior* requeriría en este caso que se proceda a una ulterior revisión para preservar la consistencia.

d) Supóngase ahora que se promulgan conjuntamente dos normas de la misma jerarquía normativa, cada una de ellas compatibles con las consecuencias lógicas de las normas de jerarquía superior, pero tales que de ellas puede derivarse una consecuencia incompatible con normas jerárquicamente superiores.



LEY

Normas formuladas:



Norma derivada:

Aquí, la promulgación conjunta de N_2 y N_3 , ambas compatibles con N_1 , permiten derivar N_4 , una norma incompatible con N_1 . ¿Ha de interpretarse por ello que ni N_2 ni N_3 deben ser admitidas en un nuevo sistema del orden jurídico? Hemos visto que es corriente considerar como condiciones de adecuación del proceso de derogación: a) que ninguna norma expresamente derogada debe permanecer en el sistema resultante, y b) que los cambios que se introduzcan en el nuevo sistema deben ser los mínimos que resulten necesarios para satisfacer la condición a).³¹⁴ La segunda de estas condiciones introduce una doble exigencia de minimización de los cambios respecto del sistema anterior (o, si se prefiere, de maximización del resultado de la derogación): por una parte, debe preferirse la eliminación de las normas que se reputen menos importantes (minimización cualitativa), pero además debe eliminarse la menor cantidad de normas que resulte necesaria para la exclusión de aquellas que se quiere derogar (minimización cuantitativa). Considerar que ni N_2 ni N_3 han de admitirse como pertenecientes al sistema pues de ellas se deriva una consecuencia lógica incompatible con normas de jerarquía superior violaría la condición de minimización cuantitativa. Pero dado que, de acuerdo con el ejemplo planteado, no existen razones para privilegiar a N_2 sobre N_3 ni a N_3 sobre N_2 , se produciría aquí una indeterminación respecto de cuál ha de ser el nuevo sistema en la secuencia.³¹⁵

Podría parecer que una situación de este tipo constituye más una hipótesis de laboratorio que algo que pueda acontecer en la práctica del derecho. Pero no es así: obsérvese lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso 'Aquino', comentado al comienzo de este módulo. En él, como se recordará, la Corte sostuvo que el régimen consagrado por la ley 24.557, al disponer por una parte la exención de responsabilidad civil de los empleadores por accidente de trabajo y, por la otra, establecer un sistema indemnizatorio por vía de aseguradoras de riesgo que impedía una reparación integral, resultaba inconstitucional. No obstante, los términos en los que se expresó la Corte no fueron del todo claros, y sumieron en la mayor perplejidad a los intérpretes, quienes desde la difusión del fallo debatieron sobre sus alcances. Ello es perfectamente comprensible: al parecer la Corte consideró que el artículo 39 inciso 1 de la ley 24.557, que consagrara la exención de responsabilidad civil de los empleadores por accidentes de trabajo, incluso en casos de culpa o negligencia grave, por sí solo no sería inconstitucional. No lo sería si el régimen de reparación previsto en sus restantes disposiciones fuera más amplio y generoso. Por su parte, las limitaciones en cuanto a las prestaciones que fija la ley de riesgo del trabajo tampoco parecen ser consideradas por la Corte por sí solas como inconstitucionales. Si se admitiera que el trabajador que pretenda una reparación integral puede reclamarla a su empleador en función de las normas civiles, el sistema de prestaciones de la ley 24.557 no resultaría objetable.

Lo que en verdad parece desprenderse de la argumentación general del fallo es que la Corte estimó inconstitucional la exención de responsabilidad civil de los empleadores *en conjunción* con el sistema de prestaciones de la ley de riesgo del trabajo. En otras palabras, ni el artículo 39 inciso 1, ni el artículo 15 inciso 2 de la ley 24.557, al fijar un tope indemnizatorio, individualmente considerados, se hallarían en conflicto con la Constitución Nacional argentina: lo que resultaría inconstitucional es una consecuencia que se sigue de la conjunción entre ambos. La polémica posterior al fallo podría así entenderse como producto de la indeterminación que genera la

incompatibilidad con normas de jerarquía superior de una consecuencia de un conjunto de normas, cada una de ellas compatibles con las de jerarquía superior.

La Corte pareció en este caso inclinarse decididamente por una de las alternativas posibles frente a esta indeterminación: estimar que dado el régimen consagrado por la ley de riesgo del trabajo, lo que resultaba inconstitucional es que el trabajador no pudiera reclamar una reparación integral por la vía civil a su empleador. No obstante, ¿debe entenderse que la opción por el reclamo de reparación integral obliga a renunciar a los beneficios que pudieran derivarse de la ley 24.557? Por otra parte, si el Congreso argentino modificara el sistema de la ley de riesgo del trabajo de modo que las prestaciones allí consagradas cubrieran más ítems y además los montos previstos fueran sustancialmente más generosos, pero se mantuviera la exención de responsabilidad de los empleadores ¿resultaría ello compatible con la Constitución argentina? Estos interrogantes no hacen sino poner de manifiesto lo intrincado de las dificultades involucradas en una reconstrucción satisfactoria de la dinámica de los sistemas normativos jerárquicamente estructurados.

10.3. Derechos garantizados y justicia constitucional

Toda teoría justificatoria del ejercicio del poder por parte del Estado conlleva necesariamente un cierto punto de vista respecto de cómo controlar ese uso de la fuerza, a efectos de evitar su ejercicio fuera de los casos en los que el marco justificatorio lo habilita. No obstante, en la actualidad existe consenso en asumir ciertos postulados respecto de esa clase de controles, a los que habitualmente se alude con la expresión *Estado de Derecho*, que resultarían, por su amplitud y generalidad, relativamente independientes de la teoría justificatoria que se presuponga. A la hora de limitar el poder, los autores concuerdan en que el Estado debe asumir la forma de un *Estado de Derecho*.

La caracterización más débil de un Estado de Derecho es aquella que se circunscribe a exigir un principio meramente instrumental de control del derecho sobre el ejercicio del poder coactivo del Estado. Desde un punto de vista semejante, Joseph Raz sostiene que la ideología del Estado de Derecho se manifiesta en la exigencia de que las decisiones jurídicas particulares se guíen por normas generales relativamente estables.³¹⁶ Esta exigencia podría considerarse como comprensiva de dos de las características que serían propias de todo Estado de Derecho: el *imperio de la ley* y la *separación de poderes*.³¹⁷

En primer lugar, interpretando 'ley' como equivalente a norma de carácter general, la exigencia del *imperio de la ley* se identifica con una pauta meramente formal: que el Estado no solo haga cumplir las normas generales por medio de la coacción, sino también que se someta él mismo a normas generales. Esta sumisión del poder del Estado a la ley se pondría de manifiesto en las limitaciones fijadas a sus diferentes órganos en las constituciones. El demandar que toda decisión jurídica deba justificarse en normas de carácter general es una forma de privilegiar el 'gobierno de las leyes' por sobre el 'gobierno de los hombres', a efectos de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder.³¹⁸ Toda justificación genuina de una decisión estatal requiere apelar a normas generales, y cualquier excepción que pretenda introducirse en esas normas generales solo puede justificarse apelando igualmente a otras normas generales.

Pero asumiendo, en cambio, una interpretación de 'ley' como equivalente a la expresión de la voluntad general, la exigencia del *imperio de la ley* asume una versión más fuerte, pues no solo

requiere que el poder se someta a normas generales, sino también que en la producción de las leyes se reconozca un mínimo de participación popular. Desde esta perspectiva, si bien las normas dictadas por un monarca absoluto o por un dictador no dejarían de ser consideradas ‘derecho’, como ese derecho no provendría de una autoridad emanada de la voluntad popular, no podría hablarse en tales casos de un genuino Estado de Derecho.

Un corolario de esta interpretación de la exigencia de legalidad en las decisiones estatales está dado por el reconocimiento de jerarquías normativas. Todas las normas resultarían mediata o inmediatamente sometidas a la constitución, lo que significaría que todos los poderes públicos quedarían sujetos a ella, al poder constituyente radicado en la soberanía popular. En caso contrario, si todas las normas tuviesen el mismo valor y no hubiera relaciones de supra y subordinación entre ellas, se difuminaría la protección que otorga la constitución frente al poder arbitrario.

En segundo lugar, la *separación de los poderes* del Estado, distribuyendo en órganos diferenciados funciones distintas, coadyuva a un control interno del ejercicio del poder coactivo estatal, posibilitando que esos órganos se limiten unos a otros. La asignación de las funciones *legislativa* –de creación de normas generales–, *judicial* –de aplicación de esas normas para la justificación de decisiones respecto de controversias particulares–, y *administrativa o ejecutiva* –de gestión de los asuntos públicos y ejecución de las decisiones judiciales– en distintos órganos centralizados instaura un sistema de contralor recíproco, de ‘pesos y contrapesos’ en el ejercicio del poder, que constituye una garantía contra su concentración y los abusos que de ello se pueden derivar.

La separación de poderes puede considerarse, a su vez, comprensiva de tres postulados más específicos: la *legalidad de la administración*, la *independencia del poder judicial* y el *control de constitucionalidad*.

La *legalidad de la administración* consiste en la exigencia de que el poder ejecutivo, en el ejercicio de sus facultades administrativas, se sujete a la ley. Todos sus actos deben respaldarse en una ley previa que los autorice. El modo de garantizar que el poder ejecutivo se ajuste en su accionar a las normas es sometiendo todos sus actos al contralor de otro poder: el poder judicial.

El *control de constitucionalidad* de actos y normas del Estado, generalmente encomendado al poder judicial, permite que este último no solo asegure el proceder del ejecutivo de conformidad con el derecho, sino también que el poder legislativo no exceda las facultades que le son conferidas por la constitución. Ello así dado que, al conjugar el principio de legalidad con la separación de poderes, el legislativo adquiere cierta preeminencia sobre los restantes poderes. A fin de evitar que ella se traduzca en abusos es que se encomienda a otro poder el control de la constitucionalidad de las leyes.

A efectos de llevar adelante con eficacia este control de legalidad de la actuación del poder administrador y de la constitucionalidad de las normas emanadas del poder legislativo, el poder judicial no puede estar sometido a aquellos poderes que ha de controlar. Por consiguiente, la *independencia del poder judicial*, tanto de las presiones del legislativo como del ejecutivo, constituye una institución insustituible de un Estado de Derecho.

A estos dos rasgos genéricos que se han examinado –imperio de la ley y separación de poderes– que se siguen de la exigencia formal de que las decisiones del Estado se funden en normas

generales relativamente estables, es corriente sumar, en una caracterización más fuerte del Estado de Derecho, un elemento adicional: la *protección de los derechos humanos*, ordinariamente consagrados en la máxima jerarquía normativa, derechos que resultarían garantizados en una constitución rígida, sujeta a un procedimiento agravado para su reforma, que conformarían una suerte de *coto vedado* al legislador ordinario.³¹⁹

Si se asume una teoría de la justicia que contenga principios que adscriban determinados derechos morales a las personas, se justificaría que la sociedad cuente con un diseño institucional que los tutele,³²⁰ de tal manera que estén preservados de cualquier intento de avasallamiento.³²¹ Desde este punto de vista se considera que la estrategia que mejor se adapta a ese objetivo consiste en asegurar, garantizar o *atrincherar* un catálogo de derechos.³²² En el llamado *coto vedado* se resguardan derechos fundamentales que se transforman en indisponibles y su presencia se considera una condición necesaria de la democracia representativa.³²³

Según Garzón Valdés, se deben excluir de la negociación parlamentaria todos aquellos bienes que son considerados básicos para todo plan de vida. Entre esos bienes o necesidades básicas Garzón incluye las que califica como *necesidades básicas naturales*, que serían las mismas en todas las sociedades, como comer, tener vivienda y vestido, y también incorpora *necesidades básicas derivadas*, que cambiarán según el tiempo y las sociedades, como por ejemplo saber leer y escribir.³²⁴ La determinación de lo que se excluye de la toma de decisiones ordinaria no podría quedar librada al consenso fáctico de representantes y representados porque ese tipo de consenso solo reflejaría cuál es la moral positiva de una determinada comunidad en un momento determinado. El campo de lo que sí es negociable quedaría reservado para la persecución de los intereses secundarios de la gente, que serían aquellos que no están relacionados con los bienes básicos. Respecto de estos intereses secundarios, la negociación y el compromiso estarían guiados por razones prudenciales de costo-beneficio, pero siempre que la decisión a la que se arribe en ese contexto no vulnere los bienes básicos.³²⁵

Así, cualquier decisión que se tome en el ámbito de lo negociable o decidible no podría afectar el contenido y alcance de los derechos considerados básicos resguardados en el *coto vedado*. Respecto de tales derechos, o bien debería prohibirse toda posibilidad de reforma,³²⁶ o bien podría admitirse su ampliación, pero nunca su restricción o suspensión.³²⁷

Otro argumento que se ha utilizado para la defensa del atrincheramiento de las cláusulas constitucionales consiste en concebirlo como una salvaguarda que la propia comunidad política se autoimpone para protegerse de sus imperfecciones.³²⁸ Esta estrategia se ha denominado genéricamente '*precompromiso*', y constituye una derivación del análisis de la racionalidad en materia de ética individual. Aunque no somos seres puramente racionales, somos conscientes de que en ocasiones podemos ser presa de nuestra debilidad de voluntad, por lo cual buscamos estrategias para poder asegurar la obtención de nuestros objetivos. Así lo caracteriza Elster:

En el momento t_1 , un individuo desea hacer A en el momento t_2 , pero anticipa que cuando llegue t_2 , puede hacer o hará B, a menos que esté impedido de hacerlo. En situaciones como esta, el comportamiento racional en el momento t_1 puede conllevar medidas precautorias para evitar elegir B en el momento t_2 , o al menos hacer esa elección improbable.³²⁹

El ejemplo que presenta Elster es el de Ulises cuando pide a sus compañeros que lo aten al mástil del barco para poder resistir el embrujo del canto de las sirenas a fin de superar el momento de tentación.³³⁰ En una democracia constitucional, para preservar ciertos bienes que se consideran valiosos (como, por ejemplo, la protección de determinados derechos o la división de poderes), y como en ocasiones las decisiones colectivas también pueden ser afectadas por la debilidad de la voluntad (por ejemplo, excluyendo a una minoría del goce de sus derechos básicos), parece conveniente introducir ciertos mecanismos procedimentales que permitan superar el momento de tentación y tener mayores probabilidades de alcanzar los fines que la comunidad, en un momento de mayor reflexión y debate, ha establecido como prioritarios.³³¹ En otras palabras, el precompromiso constitucional serviría para salvar la miopía o la debilidad de la voluntad por parte de la colectividad.³³² Las razones para adoptar este precompromiso pueden ser diferentes: vencer las pasiones y los intereses, vencer la inconsistencia temporal, o asegurar la eficiencia y la estabilidad política. Y a fin de lograr esos objetivos, los mecanismos a utilizar también pueden ser diversos: imponer costes, eliminar opciones, crear demoras, requerir mayorías calificadas, establecer la separación de poderes, etc.³³³

Esas restricciones funcionarían porque también ellas estarían sujetas a restricciones similares, es decir, también habrían sido retiradas de la discusión parlamentaria ordinaria. De manera que el precompromiso constitucional asume que una comunidad política puede decidir, en un momento de supuesta mayor reflexión o lucidez, incapacitarse a sí misma para tomar ciertas decisiones en el futuro por estimarlas deficitarias.³³⁴

10.4. La objeción contramayoritaria

Recientemente se han dirigido cuestionamientos al mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos argumentando que, si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional de un conjunto de derechos implicaría una restricción a lo que la mayoría puede decidir. Así, se ha sostenido que la constitución no sería otra cosa que una imposición de una decisión de la generación fundacional que la dictó hacia las generaciones futuras. Lo decidido por la generación precedente limitaría la posibilidad de decidir de la actual, lo cual constituiría una restricción a su derecho a autogobernarse. Con tales argumentos, se ha cuestionado la razón por la cual debería considerarse vinculante y democrático a un conjunto de normas establecidas muchos años atrás por otra generación.³³⁵

Contra esto se ha objetado que, si tomáramos en serio el planteo de que una generación no podría limitar lo que otra generación pudiera decidir, eso conduciría a la necesidad de proceder a una revisión constante de las normas y, en última instancia, a la imposibilidad de gobernarse mediante reglas, con lo que no se podría atribuir ninguna decisión al pueblo, cuando se supone que esta objeción busca defender el derecho de este último a autogobernarse.³³⁶ Pero lo que la objeción controvierte no es que un cierto grupo de personas no podría tomar una decisión sin agravar a quienes no participaron en ella, sino en todo caso que un cierto grupo no podría tomar una decisión y, al propio tiempo, agravar el procedimiento para quienes, con posterioridad, pudieran querer revisarla. Así entendido, lo que cuestiona el argumento es la desigualdad que supone el agravamiento de los procedimientos para la toma de decisiones: lo que habría que responder no es si una norma del pasado puede limitar nuestro presente sino de qué manera lo hace.³³⁷

Ha sido sin dudas Jeremy Waldron quien ha ofrecido la versión más articulada y extrema de la objeción contramayoritaria a la tutela constitucional de derechos y a favor de un modelo irrestricto de aplicación de la regla de la mayoría.³³⁸ Según Waldron, las razones que se esgrimen en apoyo de constituciones con contenidos más o menos atrincherados presuponen que es posible llegar a acuerdos respecto de qué límites imponer al poder. Sin embargo, ese presupuesto no podría aceptarse en lo que llama las *circunstancias de la política*. Para Waldron, la política se desarrolla en ciertas condiciones especiales, que sintetiza en dos circunstancias: la existencia de desacuerdos y la necesidad percibida por todos de un curso de acción común.³³⁹ Estas dos circunstancias serían las que hacen posibles nuestras prácticas políticas y resultarían esenciales para comprender el significado y funcionamiento del Estado de Derecho.³⁴⁰

Como convivimos e interactuamos con personas que no comparten nuestra concepción de la justicia y de cómo debe ser la política, los desacuerdos serían inevitables frente a cuestiones tales como la determinación de cuáles son nuestros derechos y cómo deben ser interpretados y aplicados a los casos concretos.³⁴¹ Sin embargo, existirían razones para que los individuos cooperen, por lo que deberían encontrar la forma de que, aun en ausencia de acuerdo sobre cuáles sean las concepciones de justicia, se puedan establecer reglas que habiliten la cooperación social. Por ello, para Waldron una teoría de la justicia y de los derechos debería complementarse con una teoría de la autoridad: al existir desacuerdos sobre lo que requiere la justicia, debería contarse con un criterio que establezca quién debe tomar esas decisiones y con qué procedimientos. Al respecto, Waldron estima que el método privilegiado para la toma de decisiones sería la regla de la mayoría, porque expresaría el respeto por los demás de dos formas: tomando en cuenta las opiniones de cada uno sobre cómo corresponde resolver los desacuerdos, y otorgando el mismo peso a la opinión de cada individuo. Según Waldron, una teoría de la autoridad como la propuesta generalmente por los partidarios de la democracia constitucional no sería viable, pues según ella en caso de desacuerdo la decisión debería ser tomada por mayoría, pero siempre y cuando los derechos individuales no sean violados, lo cual considera inaceptable porque los propios derechos podrían ser objeto de desacuerdo.³⁴²

Waldron estima que el compromiso con una carta de derechos siempre sería antidemocrático porque violaría el ideal de autonomía expresado en el autogobierno. Así, señala que existiría una inconsistencia irremediable en las teorías que argumentan a favor del atrincheramiento de derechos entre la constitucionalización de derechos para preservar la autonomía del individuo y la desconfianza que ese diseño presupondría hacia él. Esta actitud de desconfianza hacia los conciudadanos no se correspondería con el respeto por la autonomía y la responsabilidad que surgiría del contenido sustantivo de los derechos atrincherados.³⁴³ La idea de Waldron es que, si se admite que los ciudadanos son competentes moralmente para ser titulares de derechos, también se debería creer en esa capacidad moral para habilitarlos a decidir sobre sus derechos sin ninguna limitación.

En síntesis, la imposición de sistemas agravados de toma de decisiones que excluyen determinadas cuestiones de la agenda ordinaria futura implicaría una desigualdad para aquellos que no participaron en la toma de decisiones originaria. Por otra parte, tampoco podrían imponerse límites respecto de lo que se puede decidir porque podrían existir profundos desacuerdos acerca de cuáles puedan ser esos límites. La regla de la mayoría sería el único método que garantizaría que cada uno por igual sea tenido en cuenta a la hora de tomar decisiones públicas, dado que el desacuerdo acerca de cuáles son nuestros derechos y su alcance resultaría inevitable. De manera que, para Waldron, el procedimiento democrático de votación con aplicación irrestricta de la regla

de la mayoría debería ser preferido a un modelo atrincherado, porque sería el único que resultaría sensible a las circunstancias de desacuerdo y, a la vez, capaz de materializar el principio de igual respeto y consideración por todos.

Además de la crítica al atrincheramiento de derechos en la constitución, también ha sido objeto de críticas relativamente independientes el asignar a los jueces la responsabilidad de controlar la compatibilidad de la legislación ordinaria con los derechos salvaguardados en la constitución. La idea general de esta objeción sería que dejar en manos del poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos implicaría sujetarse a la decisión de órganos que no son representativos ni políticamente responsables respecto del contenido de nuestros derechos.

Para Bickel, por ejemplo, el control judicial de constitucionalidad sería una fuerza contramayoritaria y, por ende, antidemocrática, pues frustraría la voluntad de la legislatura ejerciendo el control, no en representación de las mayorías, sino en su contra.³⁴⁴ Igualmente, se ha considerado que admitir que el poder judicial revoque decisiones adoptadas en la legislatura por mayoría violaría el principio democrático de igual consideración de los intereses de cada uno: un órgano no electo y sin responsabilidad política le estaría diciendo a los representantes democráticamente electos lo que deben hacer.³⁴⁵ Permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos del derecho de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan, como las vinculadas con el contenido y alcance de los derechos.³⁴⁶ Al admitir el control judicial de constitucionalidad se estaría asumiendo como cierta una ficción: que se puede determinar qué es lo que dijo la 'voz del pueblo' plasmada en la constitución.³⁴⁷ Sería imposible sostener el argumento de que los jueces solo intervienen cuando las decisiones de la legislatura son violatorias de los derechos, porque en sociedades que se caracterizan por el hecho del desacuerdo, este podría recaer incluso sobre la cuestión de si una determinada norma viola algún derecho, esto es, sobre los alcances de ese derecho y lo que él requiere.³⁴⁸

Sin pretensión de hacer justicia a la complejidad y refinamiento de las objeciones contramayoritarias al diseño institucional de las democracias constitucionales, es importante resaltar que la crítica al atrincheramiento de derechos en la constitución y la crítica al control judicial de constitucionalidad parecen apoyarse cada una en dos visiones incompatibles sobre la interpretación constitucional.³⁴⁹ En efecto, el argumento que objeta por contramayoritaria la tutela de derechos básicos a nivel constitucional parece presuponer que la constitución dice algo, esto es, que tiene cierto contenido significativo y no constituye simplemente un repertorio de buenos deseos. Por eso es que limitaría lo que la legislatura puede decidir por simple mayoría. En cambio, el argumento que alerta sobre el peligro de una presunta 'dictadura de la magistratura' parece presuponer que los jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no conciliable con la constitución y, en consecuencia, que la delegación en los jueces de tales decisiones no establece sobre ellos límite alguno, esto es, que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos altamente vagos y de contenido fuertemente valorativo, no determinan ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. Esto desde luego no constituye un argumento concluyente contra tales críticas, pero pone de manifiesto una notoria asimetría entre ellas en lo que atañe a sus presupuestos conceptuales. Es más, parecería que la fuerza de convicción de estos argumentos críticos depende crucialmente de encubrir tales presupuestos.

Veamos primero la objeción que apunta al carácter antidemocrático de la delegación en ciertos órganos de control de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas. Supóngase que se asume que no hay interpretaciones 'correctas' de la constitución, sino que todo depende de la discrecional decisión del intérprete. En tal caso, sería correcto que el mecanismo de protección constitucional de derechos básicos llevaría a una delegación de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas en el órgano de control: dado que se está asumiendo que no hay ningún caso claro de inconstitucionalidad, el órgano de control tomaría siempre una decisión discrecional. En otras palabras, bajo esta visión el argumento funciona, pero quedaría atado a la implausibilidad general de este enfoque de la interpretación.³⁵⁰

Si en cambio se asume que siempre existe una respuesta correcta frente a cualquier cuestión interpretativa, incluso respecto de las constitucionales, el órgano de control nunca tendría que resolver sin sujeción alguna a una pauta general preestablecida. Por supuesto, sí tendría discrecionalidad en un sentido diferente:³⁵¹ al menos algunas de sus decisiones serían finales, esto es, irrecurribles. Pero esto es algo muy distinto de lo anterior, y quita todo viso de plausibilidad a la objeción. En efecto: se adopta democráticamente la decisión de resguardar ciertos derechos en la constitución y se confiere a los jueces la instrucción de controlar que no se sobrepasen los límites que se han fijado. Así, cuando los jueces resuelven declarar la inconstitucionalidad de una norma, lo hacen porque eso es lo que se ha decidido al resguardar ciertos derechos básicos. Por cierto que, al llevar a cabo esta tarea, los jueces se pueden equivocar, y algunas de sus decisiones equivocadas podrán quedar firmes. Pero esto no puede usarse como argumento para objetar el mecanismo de tutela constitucional de derechos básicos por su carácter antidemocrático. Porque la objeción en esta intelección se limitaría a poner de manifiesto la falibilidad de los procedimientos de control, y solo funcionaría en todo caso para sistemas con constituciones pétreas, esto es, no susceptibles de reforma, por cuanto si existen procedimientos de reforma constitucional, siempre sería posible superar por esa vía los errores judiciales.

Si se rechazan las dos alternativas extremas sobre la interpretación constitucional antes reseñadas y se considera que hay casos claros y casos problemáticos de inconstitucionalidad, en los claros la objeción de la dictadura de la magistratura no resultaría plausible por las razones que se acaba de exponer. Ahora bien, ¿qué pasa con los casos problemáticos? En ellos los jueces sí tendrían discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, no estarían sujetos a pautas normativas claramente establecidas con anterioridad. Sin embargo, la instrumentación del mecanismo de tutela de derechos básicos en la jerarquía constitucional se asienta en la posibilidad de la existencia de casos claros. Los casos problemáticos son anómalos y, en ese sentido, excepcionales. Es cierto que la mayoría de los planteos de inconstitucionalidad que llegan a los tribunales son problemáticos, pero eso no hace sino demostrar que el mecanismo del resguardo constitucional de derechos básicos funciona al menos en los casos fáciles. Y aunque en los casos difíciles los jueces poseerían discrecionalidad en sentido fuerte, no hay ninguna razón para pensar que necesariamente la protección de ciertos derechos en la jerarquía constitucional deba ir acompañada por una delegación en órganos no elegidos democráticamente ni políticamente responsables para decidir de manera discrecional en los casos difíciles. Por lo pronto, podría escogerse un mecanismo más democrático de selección de los jueces y podría asignársele responsabilidad política a aquellos a los que se les asigna el control de constitucionalidad. Podría además optarse por un sistema de control que asuma de manera estricta el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, de modo de restringir las declaraciones de inconstitucionalidad a los casos claros. Y podrían implementarse sistemas débiles de control, en los que la declaración judicial de

inconstitucionalidad vaya acompañada de un reenvío de la discusión al parlamento, o permita a este insistir sobre el punto con mayorías calificadas. Todo dependerá en última instancia de cómo se decida instrumentar los mecanismos de control, sin que ello importe ninguna objeción de fondo contra el establecimiento de algún mecanismo de control de constitucionalidad.

En lo que respecta a la crítica contramayoritaria directa a la tutela de derechos fundamentales en el nivel constitucional, como se indicó este punto de vista presupone el rechazo de la idea de que las normas constitucionales no dicen nada. Pero si se rechaza igualmente por implausible la idea de que siempre existe una única respuesta correcta para cualquier problema interpretativo, la objeción pierde fuerza de convicción, pues entonces resultaría fácil defender que la legitimidad de un texto constitucional puede mantenerse durante muchas generaciones. Dicho texto reflejaría cierto consenso básico muy elemental, que resultaría abierto a variaciones en la interpretación frente a casos difíciles a lo largo del tiempo.

Pero más allá de eso, la objeción contramayoritaria al atrincheramiento de derechos se funda en una concepción problemática de democracia. Si desde este punto de vista se considerase 'genuinamente democrático' un sistema que permitiera decidir por simple mayoría que todas las decisiones políticas las tome en el futuro un dictador, entonces no podría criticarse la limitación a la aplicación estricta de la regla de la mayoría que impone la tutela constitucional de ciertos derechos si es que ella ha sido decidida por mayoría. Si en cambio se responde de manera negativa a la pregunta planteada, entonces 'democracia' no sería equivalente a la aplicación estricta de la regla de la mayoría: se estarían reconociendo límites a lo que puede decidirse por mayoría. Pero esto es justamente en lo que consiste el mecanismo de resguardo constitucional de derechos fundamentales, de modo que no habría razones para considerarlo 'antidemocrático'.

Para decirlo en otras palabras, bajo un concepto puramente formal de democracia, según el cual ella se identifica con la regla de la mayoría, la tutela constitucional de derechos fundamentales sería perfectamente democrática si es que la decisión de resguardar derechos fue adoptada por mayoría. Si en cambio se sostiene que no es democrática una decisión que limite la aplicación de la regla de la mayoría para casos futuros, nuestro concepto de democracia no podría ser puramente formal: habrá que reconocer límites sustantivos a lo que se puede decidir democráticamente. Pero ¿cuáles serían esos límites? Supóngase que solo se fija la siguiente restricción: no se puede decidir por mayoría la exclusión de algunos miembros de la comunidad política de la toma de decisiones. El sistema se asentaría entonces sobre dos reglas: todas las decisiones políticas deben adoptarse mediante la regla de la mayoría y todos los miembros de la comunidad política tienen derecho a participar en la toma de decisiones.³⁵² Si esto es así, ya existiría un derecho que no podría restringirse por vía de las decisiones colectivas ordinarias, es decir, existiría al menos un derecho básico que no podría ser eliminado por simple mayoría. Ahora, en un sistema que solo consagrara esta limitación, si bien la mayoría no podría decidir directamente la exclusión de las minorías en la toma de decisiones, podría lograr ese mismo fin, respetando la restricción convenida, de un modo indirecto pero mucho más drástico: la mayoría podría decidir el exterminio de la minoría. ¿Sería esto 'democrático'? Si se responde negativamente, tal como parece sensato esperar, entonces es preciso resguardar más derechos, y no solo el derecho de todos a participar en las decisiones: tantos derechos como sea necesario para garantizar a cada individuo las condiciones mínimas para que pueda ejercitar su derecho a la participación democrática. Siendo ello así, el concepto de 'democracia' presupuesto en la crítica al diseño institucional de tutela de derechos básicos, más que conducir a su rechazo parece más bien contribuir a su justificación.

Una teoría acerca de qué significa que una comunidad trate con igual consideración y respeto a sus miembros debería ser, como lo señala Dworkin, compleja: implicaría asumir una posición no solo respecto de la igualdad política, sino también respecto de la igualdad ante la ley y de la igualdad en la distribución de recursos materiales.³⁵³ Así, parece sensato afirmar que se viola el principio de igual trato y consideración no solo cuando no se cumple con el ideal de la igualdad política: si un determinado grupo o persona dentro de una comunidad no tiene acceso a alimentación suficiente, o a la salud, o se le imponen cargas injustificadas, no podría afirmarse con sentido que esa persona o grupo de personas son tratados como sujetos dignos de igual consideración y respeto. El derecho a una igual participación y a incidir en la toma de decisiones públicas presupone ciertas condiciones de posibilidad. No parece tener sentido hablar del derecho a tomar decisiones de forma igualitaria si no existe una debida tutela para todos los miembros de una comunidad de derechos tales como a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, a la educación, de asociación, por nombrar solo algunos.

Este argumento, que podríamos llamar de las *precondiciones de la democracia*, propone considerar la protección de ciertos derechos a través del atrincheramiento, no como una limitación a la regla de la mayoría y al autogobierno, sino como una condición de su posibilidad.³⁵⁴ Desde esta perspectiva, se reconoce el hecho de los desacuerdos y que en principio todas las cuestiones relativas a nuestros derechos deberían resolverse a través de la regla de la mayoría, pero la opción por el principio mayoritario no se efectúa por su valor intrínseco sino porque materializa o expresa de una forma más satisfactoria el principio de igual consideración y respeto. Ahora, precisamente porque toda persona merece una igual consideración y respeto, lo cual justifica que se le asigne el derecho a participar e incidir en la toma de decisiones públicas, es que también está justificado que se le tutelen otros derechos, e incluso muchos de esos derechos (la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad de asociación, ciertos derechos económicos y sociales) son tales que sin su debido resguardo, el reconocimiento de una abstracta libertad política no parece tener el menor sentido. Ellos son en verdad *precondiciones* para su ejercicio, pues su tutela es necesaria para que la regla de la mayoría pueda efectivamente ser un instrumento que materialice el principio de igual consideración en la toma de decisiones.

Por supuesto, existen diferentes opiniones respecto de cuáles sean esos derechos, pero cualquiera sea ese catálogo, es en definitiva el principio de igual consideración, que justifica que el procedimiento para resolver los desacuerdos sea el de la regla de la mayoría y no otro, el que exige también que se procure garantizar un conjunto de derechos para que el derecho de participar en la toma de las decisiones que nos afectan no termine siendo vacuo o su ejercicio violatorio del propio principio que le sirve de fundamento.

NOTAS AL MÓDULO II

¹ CSJN, *Fallos* 304: 415-421, 2004.

² Cf. Pollock 1990: 35.

³ Cf. Hart 1961: 310.

⁴ Cf. Kelsen 1960: 203-205.

⁵ Kelsen 1960: 203.

⁶ Cf. Kelsen 1960: 203.

⁷ Cf. Kelsen 1960: 204.

⁸ Cf. Kelsen 1960: 205. Allí Kelsen sostiene textualmente que *'El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico'*. No obstante, véase lo que se dirá en el punto 6.4 y las reflexiones críticas de Opalek 1991 y Alchourrón y Martino 1991.

⁹ Cf. Kelsen 1960: 29, 65, 69, 84, 207, 217, etc. La idea de la estructura jerárquica del orden jurídico fue anticipada por Adolfo Merkl (en Merkl 1931), discípulo de Kelsen, de quien la adoptó en la primera edición de la *Teoría Pura* (cf. Kelsen 1934).

¹⁰ Cf. Kelsen 1960: 208, 215, 232.

¹¹ Cf. Comanducci 2010: 218.

¹² Comanducci compara en este punto la teoría kelseniana con la idea de Searle de los hechos institucionales (cf. Comanducci 2010: 209 y siguientes).

¹³ Cf. Kelsen 1960: 232.

¹⁴ Cf. Kelsen 1960: 233.

¹⁵ Cf. Kelsen 1960: 234.

¹⁶ Cf. Kelsen 1960: 235.

¹⁷ Cf. Kelsen 1960: 235-236.

¹⁸ Cf. Kelsen 1960: 242-243.

¹⁹ Cf. Kelsen 1960: 243.

²⁰ Cf. Kelsen 1960: 80 y siguientes.

²¹ Por ejemplo, véase Kelsen 1945: 35 y Kelsen 1960: 23, 243.

²² Cf., por ejemplo, Bulygin 1990.

²³ Cf. Kelsen 1960: 207.

²⁴ Cf. Kelsen 1960: 201.

²⁵ Cf. Kelsen 1960: 225 y siguientes.

²⁶ El fundamento de validez de las normas del derecho internacional radicaría, según Kelsen, en una norma fundante que establecería a la costumbre de los Estados como hecho productor de derecho y que rezaría: *'Los Estados deben comportarse en sus relaciones recíprocas en la manera en que corresponda conforme una costumbre interestatal dada'* (cf. Kelsen 1960: 227).

²⁷ Cf. Kelsen 1960: 206.

²⁸ Cf. Kelsen 1960: 208 y siguientes.

²⁹ Kelsen 1960: 206.

³⁰ Cf. Kelsen 1960: 208.

³¹ Kelsen 1960: 219.

³² Así, por ejemplo, Marmor interpreta que, al considerar que la validez de la norma fundante está condicionada por su eficacia, Kelsen estaría explicando la normatividad en términos de hechos: las conductas, creencias, presuposiciones y actitudes de ciertas personas: *'En consecuencia, las condiciones que determinan la validez jurídica de las normas consisten en última instancia, en el propio enfoque de Kelsen, en hechos acerca de las acciones, creencias y actitudes de ciertas personas, hechos que constituyen la norma básica de cualquier sistema jurídico'*. De ello concluye que el relativismo normativo inherente en la concepción de Kelsen lo forzaría a ofrecer una explicación reduccionista del concepto de validez jurídica en términos de hechos sociales (cf. Marmor 2011: 23-24). Debido a lo apuntado en el texto, y sin perjuicio de lo que se observará más adelante sobre las relaciones entre validez y eficacia, esta lectura resulta cuanto menos muy poco caritativa con el autor: Kelsen nunca aceptaría que la validez o la norma fundante estén determinadas por hechos.

³³ Cf. Raz 1974: 95.

³⁴ Cf. Kunz 1948.

³⁵ Cf. Kelsen 1960: 243-245.

³⁶ Cf. Kelsen 1960: 246.

³⁷ Cf. Kelsen 1960: 24-25, 130.

³⁸ Cf. Kelsen 1960: 219-221.

³⁹ Cf. Kelsen 1960: 223. Aunque Kelsen es muy claro en la *Teoría Pura* sobre el carácter de condición necesaria de la validez que tendría la eficacia, y aunque lo que escribe para fundamentarlo suena sensato, la ambigüedad que presenta su uso de la expresión ‘validez’ –un problema que luego examinaremos– torna problemático el punto. De hecho, si la validez es la ‘existencia específica’ de las normas, esto es, decir que una norma es válida es decir que existe como tal, entonces solo podría predicarse eficacia de normas válidas, de modo que la eficacia sería también condición suficiente de la validez. Véase, en este sentido, Bulygin 2005a.

⁴⁰ Kelsen 1960: 223.

⁴¹ Cf. Kelsen 1960: 224.

⁴² Cf. Kelsen 1960: 224.

⁴³ Cf. Kelsen 1960: 218.

⁴⁴ Cf. Kelsen 1960: 218. Sobre el fenómeno de la recepción de normas, véase Moreso y Navarro 1998.

⁴⁵ Cf. Kelsen 1960: 218-219.

⁴⁶ Para una evaluación crítica de cómo las relaciones que Kelsen admite entre validez y eficacia pueden entrar en conflicto con la estructura jerárquica del derecho, véase Guibourg 1986. Para un análisis exhaustivo de la noción de eficacia en la teoría kelseniana, véase Kelsen, Bulygin y Walter 2005.

⁴⁷ La tesis de la unidad lógica, defendida por Kelsen en casi toda su producción, fue no obstante abandonada en sus últimos trabajos (cf. Kelsen 1962 y Kelsen 1965). Sin embargo, Kelsen no ofrece allí argumentos para justificar su cambio de postura.

⁴⁸ Cf. Kelsen 1960: 214. Para una evaluación crítica del argumento de Kelsen de la necesaria consistencia de las normas de un sistema jurídico, véase Hart 1961: 327-332.

⁴⁹ Kelsen 1960: 215.

⁵⁰ Más allá de esta respuesta simple, Kelsen advierte la existencia de una dificultad más profunda: las normas inconstitucionales, así como las sentencias contrarias a derecho, en tanto no sean declaradas inválidas por el órgano autorizado para ello, pueden producir efectos jurídicos. Para dar cuenta de esta dificultad, Kelsen propuso su conocida y problemática tesis de la *cláusula alternativa tácita* (cf. Kelsen 1960: 273 y siguientes). Para un excelente examen crítico, véase Ruiz Manero 1990: 60 y siguientes.

⁵¹ Cf. Kelsen 1960: 217.

⁵² Cf. Kelsen 1960: 215.

⁵³ Cf. Kelsen 1960: 215-216.

⁵⁴ Cf. Kelsen 1960: 215-216.

⁵⁵ Cf. Kelsen 1960: 217.

⁵⁶ Cf. Kelsen 1960: 255.

⁵⁷ Cf. Kelsen 1960: 254-255.

⁵⁸ Cf. Kelsen 1960: 256.

⁵⁹ Cf. Kelsen 1960: 255.

⁶⁰ El uso ambiguo de la noción de validez por parte de Kelsen ha sido destacado, entre otros trabajos, en Ross 1961, Raz 1971 y 1977a, Nino 1985, Garzón Valdés 1977 y Bulygin 1990 y 2006. Ya hemos hecho referencia a esta ambigüedad en el módulo I (punto 3.2).

⁶¹ Cf. Ross 1961.

⁶² Cf. Raz 1974.

⁶³ Cf. Nino 1985 y 1994.

⁶⁴ Nino 1994: 82-83. Examinaremos críticamente esta idea de Nino en el módulo IV (punto 20.1).

⁶⁵ Cf. Bulygin 1990, 1999 y 2006, entre otros. En rigor debería hablarse aquí de diferentes propiedades que pueden predicarse de las normas, y no de distintos sentidos de existencia porque, como bien lo ha apuntado Caracciolo, *‘Las entidades posibles solo pueden existir de dos maneras recíprocamente excluyentes: o bien los miembros de una clase de entidades existen empíricamente, o bien existen de un modo ideal o abstracto ...E. Bulygin menciona cuatro nociones de existencia que se utilizan en relación a las normas. En rigor, como no hay cuatro nociones de ‘existencia’, lo que se puede discutir, de hecho, son diversos conceptos de lo que hay que entender por ‘norma’, cada uno de los cuales determina el modo en que existen las normas, si se admite que realmente existen’* (Caracciolo 1997).

⁶⁶ Cf. Ross 1958: 38 y siguientes. Carrió, en nota a su traducción al español de la obra de Ross, observa que en la edición en inglés se utiliza indistintamente la expresión ‘valid’ para lo que en la edición danesa son dos expresiones diferentes: ‘gyldighed’ y ‘gaelden’, correspondientes respectivamente a ‘validez’ y ‘vigencia’, lo cual puede dar lugar a confusiones, por lo cual, con la conformidad de Ross, prefirió respetar la aludida distinción (véase Ross 1958: 12, nota del traductor).

⁶⁷ Cf. Hart 1961: 73-76, 110-111, 141-146.

⁶⁸ Cf. Bulygin 1990.

⁶⁹ En el conocido ejemplo de Frege, si bien ‘lucero de la mañana’ y ‘lucero de la tarde’ tienen la misma referencia o extensión (ambas se refieren al planeta Venus), difieren en cuanto a su sentido, modo de presentación o *intensión* (cf. Frege 1892).

⁷⁰ Cf. Bulygin 1990.

⁷¹ Véase Hart 1961: 259-260.

⁷² Véase Rodríguez y Vicente 2009 y Ferrer Beltrán y Rodríguez 2011: 54.

⁷³ Cf. Ross 1961.

⁷⁴ Cf. Bulygin 2004 y 2006: 99-100.

⁷⁵ Como luego veremos, sobre la base de estas consideraciones críticas, Bulygin piensa que la noción de validez como fuerza obligatoria debería ser reemplazada por un concepto diferente: el concepto de *aplicabilidad*, esto es, el deber de aplicar una norma jurídica impuesto por otra norma jurídica (cf. Bulygin 1982a, 2006: 102-103).

⁷⁶ Cf. Bulygin 1990, 2004.

⁷⁷ Debe aclararse que Bulygin distingue una noción genuinamente prescriptiva de una descriptiva de validez como fuerza obligatoria, pero solo en lo que respecta al deber de aplicar normas por parte de los funcionarios, no al deber de cumplir normas por parte de los ciudadanos (véase Bulygin 1982a).

⁷⁸ Véase Shapiro 2011: 36 y siguientes.

⁷⁹ No parece, en cambio, que el propio Shapiro sea consciente de esta virtud de su planteo, dado que se toma en serio el problema al punto de utilizarlo como estrategia de presentación de las diferentes corrientes de pensamiento en la historia de la teoría jurídica (véase Shapiro 2011: 42).

⁸⁰ Véase, por ejemplo, Caracciolo 1994a; Celano 1999; Hart 1968; Marmor 2011; Nino 1978 y 1985; Paulson y Litschewski 1998; Raz 1974 y Ross 1961. Otra respuesta no menos ilustre (ni menos problemática) al problema es la de la regla de reconocimiento de Hart.

⁸¹ Cf. Bulygin 1990.

⁸² Cf. Caracciolo 1988: 31.

⁸³ Cf. Bulygin 1990.

⁸⁴ Cf. Bulygin 1990. Para una profundización de estas ideas, véase Bulygin 2005b: 107-109 y 2006: 99.

⁸⁵ Cf. Raz 1974: 99.

⁸⁶ Cf. Alchourrón y Martino 1991.

⁸⁷ Kelsen 1963.

⁸⁸ Ross 1957: 23 y siguientes. En el mismo sentido, Bulygin afirma que *'las únicas realidades son los hechos condicionantes descriptivos por la norma y las consecuencias jurídicas prescriptas por la misma'* (Bulygin 1961: 25).

⁸⁹ En idéntico sentido, Ross afirma que *'Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestas'* (Ross 1958: 78).

⁹⁰ Aunque Hart no es enteramente claro sobre el punto, hay pasajes en su obra en los que parece asignar a su *regla de reconocimiento* el papel de un simple test de validez, esto es, que su función consistiría en reunir el conjunto de los criterios de identificación de las normas válidas de un sistema jurídico (cf. Hart 1961: 125-126; 1968: 338).

⁹¹ Kelsen 1960: 203.

⁹² Kelsen 1960: 204.

⁹³ Por cierto, identificar la totalidad de las consecuencias lógicas que se siguen de una norma fundamental de este tipo resultaría imposible puesto que ellas son infinitas.

⁹⁴ Opałek 1991: 20.

⁹⁵ Kelsen 1960: 205.

⁹⁶ Cf. Kelsen 1960: 205.

⁹⁷ Cf. Kelsen 1960: 205.

⁹⁸ Kelsen 1960: 87-88.

⁹⁹ Kelsen 1965: 111.

¹⁰⁰ Kelsen 1965: 114.

¹⁰¹ Opałek 1991: 31.

¹⁰² El hecho de que en sus últimos trabajos Kelsen ya no hable de sistemas estáticos no significa que la dificultad desaparezca, pues de algún modo es necesario dar cuenta de los problemas involucrados en la visión estática de los sistemas jurídicos.

¹⁰³ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 119.

¹⁰⁴ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 120.

¹⁰⁵ Para una excelente presentación de esa discusión, véase Ratti 2008.

¹⁰⁶ Cf. Caracciolo 1988: 59-60.

¹⁰⁷ Cf. Caracciolo 1988: 66.

¹⁰⁸ Cf. Caracciolo 1988: 66.

¹⁰⁹ Estas dos respuestas se corresponden, respectivamente, con dos diferentes reconstrucciones del derecho en su perspectiva dinámica: los modelos del *orden jurídico no depurado* y del *orden jurídico depurado*. Véase lo que se dirá al respecto más adelante (punto 10.2) y también Orunesu, Rodríguez y Sucar 2001.

- ¹¹⁰ Más adelante se examinará con detalle esta idea (punto 10.1).
- ¹¹¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971. Para un enfoque similar pero más reciente, véase Lindahl y Odelstad 2013.
- ¹¹² Cf. Ratti 2008: 14.
- ¹¹³ Véase Alchourrón y Bulygin 1971: 236 y siguientes y Alchourrón 1996b.
- ¹¹⁴ Cf. Raz 1982.
- ¹¹⁵ Cf. MacCallum 1993: 68-69.
- ¹¹⁶ Véase Bulygin 1982a; Mendonca 1997; Moreso y Navarro 1997 y 1998. Desarrollos posteriores en torno a la noción de aplicabilidad pueden consultarse en Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar 2000 y 2004.
- ¹¹⁷ Cf. Bulygin 1982a.
- ¹¹⁸ Cf. Guastini 1995: 257-270; Alchourrón y Bulygin 1981: 95-124.
- ¹¹⁹ Cf. Bulygin 1982a.
- ¹²⁰ Cf. Bulygin 1982a.
- ¹²¹ Por ejemplo, en Bulygin 1992 (cf. Mendonca 1997).
- ¹²² En el caso límite en el que ninguno de los sistemas del orden jurídico en cuestión contenga una norma para resolver casos *C*, esto es, cuando exista una laguna normativa, no ya en un sistema, sino en toda una secuencia de sistemas dentro del orden jurídico.
- ¹²³ Esto significa que debe tratarse de una relación que genere una *función de elección*: un conjunto *M* de mejores elementos no vacío para cualquier subconjunto no vacío del conjunto *S*. Sobre el concepto de función de elección y las condiciones necesarias y suficientes para que una relación de preferencia genere una función de elección, véase Sen 1970.
- ¹²⁴ Formalmente, siendo *N* una norma, *M(S, R)* el conjunto de mejores elementos de un sistema normativo *S* de acuerdo con una cierta relación de preferencia *R*, *A₁NC* la aplicabilidad de *N* al caso *C*, y *ANC* que *N* se aplica a *C*, las dos reglas indicadas podrían representarse así:
- (1) $\forall N (N \in M(S, R) \rightarrow A_1NC)$
 (2) $\forall N (A_1NC \rightarrow O(ANC))$.
- ¹²⁵ Enunciado que podría formalizarse así: $\forall n (n \in M(S, R) \rightarrow O(ANC))$
- ¹²⁶ Cf. Moreso y Navarro 1997, 1998; Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar 2000 y 2004.
- ¹²⁷ En Moreso y Navarro 1997.
- ¹²⁸ Cf. Raz 1970: 139 y siguientes.
- ¹²⁹ En el módulo IV se examinará y descartará otro argumento utilizado a estos mismos fines, vinculado con la verdad de la premisa fáctica del razonamiento judicial (punto 17.4).
- ¹³⁰ Sobre esta idea, véase Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar 2004.
- ¹³¹ Cf. Moreso y Navarro 1997.
- ¹³² Cf. Bulygin 1982a y Moreso y Navarro 1997 y 1998.
- ¹³³ Cf. Raz 1975: 152-154 y, más recientemente, Raz 2004.
- ¹³⁴ Cf. Bulygin 1982a.
- ¹³⁵ En Rodríguez 2002: 147-158, puede encontrarse un análisis preliminar de tales relaciones.
- ¹³⁶ CSJN, A.533.XXXVIII, 24 de agosto de 2004, '*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado, asociación ilícita y otros, Recurso de Hecho*'.
- ¹³⁷ Esto resulta más que controvertible, incluso aunque sea correcto, como lo señalara la mayoría de la Corte, que los instrumentos internacionales referidos al tema consideran ilícita cualquier forma de participación en crímenes de lesa humanidad. El problema es que en el derecho argentino la asociación ilícita es un delito autónomo cuya diferencia con la participación criminal intenta justificarse en que lo que se reprime con él es formar parte de una asociación destinada a cometer delitos indeterminados. Si no fuera posible trazar una diferencia clara entre la asociación ilícita y la participación criminal, la figura de la asociación ilícita como delito autónomo no podría admitirse; pero si es posible trazar esa diferencia, entonces el argumento de la mayoría de la Corte no es apto para justificar que el delito autónomo de asociación ilícita sea un crimen de lesa humanidad.
- ¹³⁸ Cf. Gil Domínguez 2004.
- ¹³⁹ Schauer distingue igualmente entre validez y aplicabilidad, no obstante lo cual también postula una relación controvertible entre ambas nociones, pues afirma que la validez es condición necesaria de la aplicabilidad. Véase Schauer 1991: 119 y siguientes.
- ¹⁴⁰ Para una crítica en este sentido a la teoría de Dworkin, véase Raz 1986.
- ¹⁴¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971. Reconstruiremos aquí muy sintéticamente el capítulo I.
- ¹⁴² Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 33.
- ¹⁴³ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 34.
- ¹⁴⁴ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 35.
- ¹⁴⁵ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 36.

¹⁴⁶ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 37. En realidad Alchourrón y Bulygin denominan *parciales* a las soluciones no maximales, y la noción de solución minimal es introducida posteriormente y definida como una disyunción de calificaciones como permitido o no permitido respecto de cada descripción de estado (cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 77). Esta caracterización de solución minimal es más restringida que la de solución parcial, pues si bien toda solución minimal es una solución parcial, la inversa no vale. No obstante, para un universo de casos compuesto por una única acción p , pueden distinguirse tres soluciones maximales y tres soluciones minimales (empleando P para representar la permisión, F para el carácter facultativo, O para la obligación y Ph para la prohibición):

Soluciones maximales: $Pp \wedge P \sim p$ (Fp); $Pp \wedge \sim P \sim p$ (Op) y $\sim Pp \wedge P \sim p$ (PHp).

Soluciones minimales: $Pp \vee \sim P \sim p$ (Pp); $\sim Pp \vee P \sim p$ ($P \sim p$) y $\sim Pp \vee \sim P \sim p$ ($\sim Fp$).

De manera que en este caso las nociones de solución minimal y parcial colapsan. Debido a ello, por simplicidad prescindiremos de esta complicación y llamaremos minimales a las soluciones no maximales.

¹⁴⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 49. En lógica, en términos generales, se distingue una versión semántica y una versión sintáctica de la completitud como propiedad formal de un sistema. La completitud semántica admite, por su parte, al menos una versión débil y una versión fuerte. Un sistema S es semánticamente completo en sentido débil si y solo si es exhaustivo como axiomatización de un cierto campo, de modo que todo enunciado correcto o relevante para ese campo es derivable (es un teorema) de S . Formalmente, siendo C el conjunto de los enunciados correctos o relevantes:

S es semánticamente completo en sentido débil si y solo si $\forall p (p \in C \rightarrow p \in \text{Cn}(S))$

Un sistema S es semánticamente completo en sentido fuerte si y solo si no puede ser expandido o suplementado sin volverse inconsistente.

S es semánticamente completo en sentido fuerte si y solo si $\forall p (p \notin S \rightarrow (\perp \in \text{Cn}(S \cup \{p\})))$

La completitud sintáctica, en cambio, podría caracterizarse del siguiente modo: un sistema S es sintácticamente completo si y solo si para todo enunciado p se cumple que o bien p es derivable de S o bien $\sim p$ es derivable de S (cf. Hunter 1971: 33). Formalmente:

S es sintácticamente completo si y solo si $\forall p (p \in \text{Cn}(S) \vee \sim p \in \text{Cn}(S))$

Como puede apreciarse, la completitud normativa caracterizada en el texto está fuertemente ligada a esta versión sintáctica de la completitud. Para una exploración de estas diferentes nociones de completitud, véase Ratti y Rodríguez 2015.

¹⁴⁸ Debe advertirse, en primer lugar, que a diferencia de la noción de completitud, la noción de consistencia no requiere para su caracterización aludir a soluciones maximales: si un caso está correlacionado con la solución Pp y también con la solución $\sim Pp$, estará inconsistentemente normado aun cuando ninguna de las soluciones es maximal. Lo mismo ocurre con la noción de independencia. En segundo lugar, debido al principio lógico según el cual cualquier enunciado es derivable de un conjunto inconsistente (*ex falso sequitur quodlibet*), podría definirse a un sistema como consistente cuando ningún caso del universo de casos está correlacionado con todas las soluciones (cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 102).

¹⁴⁹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 41-42.

¹⁵⁰ Si bien la regulación concuerda básicamente con la real, la formulación de las normas es ficticia.

¹⁵¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 117-118.

¹⁵² Cf. Raz 1975: 150-152.

¹⁵³ Cf. Kelsen 1979: 131-132; Raz 1970: 170.

¹⁵⁴ Raz 1970: 171.

¹⁵⁵ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 179.

¹⁵⁶ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 178.

¹⁵⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 178.

¹⁵⁸ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 179.

¹⁵⁹ Cf. Dworkin 1985: 133; también Dworkin 1986: 8-9, 37-39.

¹⁶⁰ Seguimos aquí a von Wright 1984: 26-41 y 1996. Véase también Moreso, Navarro y Redondo 2001: 47-73.

¹⁶¹ Cf. von Wright 1984.

¹⁶² Sobre el antirrealismo en general, véase Dummett 1991: 1-19; Engel 1989: 135-141. Sobre sus implicancias para la teoría del derecho, véase, por ejemplo, Marmor 1992: 90. No obstante, véase también Marmor 2001: 142-143.

¹⁶³ La misma idea es explícitamente defendida en Moreso 1997: capítulo II.

¹⁶⁴ Este argumento fue sugerido por el propio Dworkin como una posible salida para el positivismo jurídico (cf. Dworkin 1985: 133). Dworkin examina dos versiones del rechazo de la bivalencia lógica respecto de las proposiciones jurídicas. De acuerdo con la primera, dos proposiciones como 'El contrato firmado por x e y es válido' y 'El contrato firmado por x e y no es válido' podrían ser ambas falsas porque la segunda no sería la negación de la primera, dado que podría haber categorías intermedias. De acuerdo con la segunda, se asumiría que una de las dos proposiciones es la negación de la otra, pero se rechazaría que necesariamente una de ellas deba ser válida como consecuencia del rechazo del principio de bivalencia.

¹⁶⁵ Cf. Quine 1990: 13-17.

- ¹⁶⁶ Por simplicidad, en lo que sigue asumiré la primera interpretación de la tesis de las fuentes sociales.
- ¹⁶⁷ Dworkin incurre claramente en este error cuando afirma que la estructura del positivismo, como tipo de teoría jurídica, puede presentarse del siguiente modo ‘... si ‘*p*’ representa a una proposición jurídica, y ‘*L(p)*’ expresa el hecho de que alguien o algún grupo ha actuado de un modo que hace verdadera (*p*), entonces el positivismo sostiene que (*p*) no puede ser verdadera a menos que *L(p)* sea verdadera’ (Dworkin 1985: 131).
- ¹⁶⁸ Una confusión bastante similar entre normas y proposiciones normativas oscurece el enfoque de Raz sobre las lagunas jurídicas (cf. Raz 1979: 53-77). Para un análisis crítico de su posición, véase Bulygin 2003: 21-28 y Navarro y Rodríguez 2014: 162-166.
- ¹⁶⁹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 101.
- ¹⁷⁰ Cf. Alchourrón y Bulygin 1989.
- ¹⁷¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 63.
- ¹⁷² Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 63.
- ¹⁷³ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 152-153 y 161.
- ¹⁷⁴ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 153 y siguientes.
- ¹⁷⁵ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 158.
- ¹⁷⁶ El carácter problemático de la noción de ‘estatus normativo’ fue bien advertido en Caracciolo 1994b.
- ¹⁷⁷ Esa es la caracterización de la relevancia descriptiva en Alchourrón y Bulygin 1971: 152. Formalmente:
 Relevancia descriptiva positiva de la propiedad *p* en el caso *C* de acuerdo con el sistema normativo *SN*:
 $\exists s \in \text{USMin/UA}: (s \in \text{SN/C} \wedge s \notin \text{SN}/\sim\text{C}).$
- ¹⁷⁸ Formalmente:
 Irrelevancia descriptiva positiva de la propiedad *p* en el caso *C* de acuerdo con el sistema normativo *SN*:
 $\exists s \in \text{USMax/UA}: (s \in \text{SN/C} \wedge s \in \text{SN}/\sim\text{C}).$
- ¹⁷⁹ Formalmente:
 Irrelevancia descriptiva negativa de la propiedad *p* en el caso *C* de acuerdo con el sistema normativo *SN*:
 $\forall s \in \text{USMin/UA}: (s \in \text{SN/C} \rightarrow s \in \text{SN}/\sim\text{C}).$
- ¹⁸⁰ Para una presentación más amplia de esta distinción, véase Rodríguez 2000.
- ¹⁸¹ Como hemos visto, la excepción más notoria dentro de las filas positivistas a la admisión de lagunas en el derecho la constituye Kelsen (cf., por ejemplo, Kelsen 1960: 245 y siguientes).
- ¹⁸² Cf. von Wright 1963a: 86.
- ¹⁸³ Cf. Dworkin 1977: 84-85. Sobre los distintos sentidos que Dworkin acuerda a dicha expresión, véase lo que se dirá en el módulo IV (punto 18.1).
- ¹⁸⁴ Además de los argumentos ya considerados, véase lo que se dirá en el módulo IV sobre el argumento que utiliza Dworkin para intentar justificar la misma conclusión (puntos 18.2 y 19.2).
- ¹⁸⁵ Cf. Atria 2002: 118 y siguientes.
- ¹⁸⁶ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 182.
- ¹⁸⁷ Cf. Hart 1961, especialmente capítulo 5.
- ¹⁸⁸ Recuerdese lo que se dijo en el punto 7.1.
- ¹⁸⁹ Para Raz este no sería simplemente un rasgo contingente, sino una característica distintiva de los sistemas jurídicos, a la que alude como su *carácter abierto* (cf. Raz 1975: 177-178).
- ¹⁹⁰ Algo parecido señala Soeteman cuando afirma que ‘...el teorema lógico ‘lo que no está prohibido está permitido’, si ha de ser interpretado como un teorema lógico, no se encuentra en conflicto con la posible libertad de los jueces para dictar prohibiciones en casos que, hasta el presente, han carecido de regulación por una norma jurídica positiva. El teorema lógico no adelanta solución alguna para los problemas concretos de la toma de decisiones judiciales ... debido al hecho de que la lógica no tiene nada que decir sobre lo sustancial de la toma de decisiones judiciales ... no descarta ninguna teoría sobre las decisiones judiciales y, en particular, no significa que el juez deba permitir todo acto que no se encuentra prohibido por el derecho (o por el derecho positivo actual)’ (Soeteman 1989: 142 y siguientes, 148).
- ¹⁹¹ Atria 2002: 38.
- ¹⁹² Atria 2002: 5. Posteriormente Atria afirma que ‘... al inventar el caso de la pareja en Escocia mi intención era precisamente presentar un caso tal que sería natural pensar que el derecho no pretendía regular’ (Atria 2005: 67).
- ¹⁹³ Cf. Bulygin 2005: 32.
- ¹⁹⁴ Cf. Atria 2005: 5.
- ¹⁹⁵ Cf. Atria 2005: 56. Lo que en todo caso permitiría considerar que estas dos decisiones no son arbitrarias es que se refieren a acciones diferentes: ingresar al parque en bicicleta e impedirle a alguien ingresar al parque en bicicleta. Del hecho de que una persona ‘tenga derecho’ a ingresar al parque en bicicleta, en el sentido de que su acción está permitida, no se sigue necesariamente que ‘tenga derecho’ a ingresar al parque en bicicleta, en el sentido de que otras personas tengan prohibido impedirle que lo haga. Omitimos consignar esto en el texto porque se trata, en todo caso, de un problema menor en la argumentación de Atria.

¹⁹⁶ Lo mismo ocurre con los ejemplos de la bicicleta. Tomemos el segundo caso: Dworkin va al parque con su bicicleta y Bulygin intenta impedirle que la use. Dworkin entonces concurre ante el juez Atria, y este rechaza su petición porque no hay norma que impute consecuencias normativas al caso de un ciudadano que impide a otro andar en bicicleta en el parque. No muy convencido con la fundamentación ofrecida por el juez Atria, ahora se presenta Bulygin ante él para reclamarle que le permita impedirle a Dworkin circular con su bicicleta en el parque. Para estupor de Bulygin, Atria rechaza su petición con los mismos fundamentos con los que antes rechazó la petición de Dworkin.

¹⁹⁷ Cf. Soeteman 1989: 151 y siguientes.

¹⁹⁸ Cf. Soeteman 1989: 135-136.

¹⁹⁹ También Caracciolo, con un argumento considerablemente más elaborado, ha sostenido que la identificación de una laguna normativa dependería de un juicio de valor (cf. Caracciolo 1994b). Para un análisis crítico de ese argumento, véase Rodríguez 2000.

²⁰⁰ Cf. Ross 1968: 107-108.

²⁰¹ Cf. von Wright 1963a: 70-75.

²⁰² Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 49.

²⁰³ Cf. Maranhão 2002.

²⁰⁴ Cf. Schauer 1991: 224.

²⁰⁵ Cf. Redondo 2000: 37-39.

²⁰⁶ En igual sentido, véase Bulygin 2000.

²⁰⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 153.

²⁰⁸ Este criterio es empleado en von Wright 1963a: 48. Para una crítica, véase Alchourrón y Bulygin 1984.

²⁰⁹ Cf., por ejemplo, von Wright 1983b.

²¹⁰ Para una crítica a la idea de un 'legislador racional', véase Alchourrón y Martino 1990.

²¹¹ Cf. Weinberger 1985 y Alchourrón y Bulygin 1984.

²¹² Cf. Alchourrón 1991a.

²¹³ El funcionamiento de los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, así como el problema de si ellos pueden entrar en conflicto, serán examinados con mayor profundidad en el punto 10.2.

²¹⁴ No será muy frecuente, pero a veces ocurre. La ley 12297 de la Provincia de Buenos Aires, que regula las actividades de las empresas prestadoras de servicios de seguridad privada en el territorio provincial, establece en su artículo 50 respecto de la transgresión a las prescripciones de dicha ley que 'Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro (4) años; las graves los dos (2) años; y las leves, a los doce (12) meses...', en tanto que el artículo 59 dispone 'Las infracciones a las disposiciones de la presente Ley prescribirán a los tres años...'

²¹⁵ Cf. Ross 1958: 124.

²¹⁶ Cf. Ross 1958: 125.

²¹⁷ Cf. Ross 1958: 125.

²¹⁸ La diferenciación entre las contradicciones o inconsistencias normativas y los 'conflictos normativos' fue introducida en Hilpinen 1987.

²¹⁹ Cf. Alchourrón 1991a.

²²⁰ Para una detallada presentación del ejemplo, véase Alonso 2006.

²²¹ Cf. Nino 1980: 278.

²²² Cf. Lindahl 1991.

²²³ Las caracterizaciones expuestas difieren levemente de las de Lindahl solo por simplicidad.

²²⁴ La estructura de esta norma podría representarse del siguiente modo. Siendo x e y dos sujetos, A la relación ser acreedor de, y representando P la acción de pagar:

$$N: \forall x,y (Axy \rightarrow O(Pyx)).$$

²²⁵ De la norma general esquematizada en la nota anterior es posible derivar:

$$N': Aba \rightarrow O(Pab)$$

$$N'': Aca \rightarrow O(Pac)$$

²²⁶ Cf. Hansson y Makinson 1997.

²²⁷ CSJN, Fallos 306: 1892, 1984, 'Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A. s/daños y perjuicios'.

²²⁸ Voto del juez Boggiano en 'Arancibia Clavel', ya citado.

²²⁹ Por supuesto, lo expresado en el texto no obsta a que pueda haber genuinas contradicciones normativas en un texto constitucional. Ferreres Comella cita el caso de los artículos 14 y 57.1 de la Constitución española como ejemplo de ello: el primero prohíbe toda discriminación por razón de sexo mientras que el segundo da preferencia al varón frente a la mujer en el orden de sucesión en el trono (cf. Ferreres Comella 1997: 29).

²³⁰ Un complejo caso que implicaba la necesidad de efectuar un balance entre el derecho a la vida y la libertad religiosa fue resuelto por el Tribunal Constitucional Español en STC 154/2002 del 18 de julio de 2002 (comentado en Moreso 2004).

²³¹ Guastini denomina *principios* a normas que se consideran fundamentales por el papel que cumplen en la 'identificación de la fisonomía del sistema' y que se caracterizan por tener un grado importante de indeterminación en virtud de su formulación genérica (cf. Guastini 2010: 221-222). Sobre las diferentes caracterizaciones de los principios, véase el módulo IV (punto 18.3).

²³² Cf. Guastini 1998: 142-144. La misma distinción es recogida en Günther 1995 y Prieto Sanchís 2002. Günther denomina a los conflictos en abstracto *colisiones internas* y a los conflictos en concreto *colisiones externas* (cf. Günther 1995: 281).

²³³ Guastini 1998: 142.

²³⁴ Cf. Guastini 1998: 142-143.

²³⁵ Cf. Guastini 1996: 167.

²³⁶ Guastini 1998: 143.

²³⁷ Cf. Guastini 2001: 146.

²³⁸ La verificación o no de ciertos hechos sí podría ser significativa para trazar una diferencia entre normas categóricas incompatibles entre sí (por ejemplo *PHp* y *Pp*) y normas condicionales que correlacionan soluciones incompatibles frente a determinados casos.

²³⁹ En la dogmática constitucional argentina, esta posición registra una aceptación minoritaria, destacándose entre sus defensores Miguel Ekmekdjian, quien sostiene que los derechos constitucionales son accesorios de los valores, y que estos últimos se encuentran jerárquicamente ordenados de conformidad con una compleja serie de pautas (cf. Ekmekdjian 1987: 17-18; 23-29). También Bidart Campos pareció en cierta etapa de su producción compartir esta posición (véase, por ejemplo, Bidart Campos 1989: 214).

²⁴⁰ Sobre las relaciones de preferencia y la noción de jerarquía, véase lo que se dirá en el punto 10.2.

²⁴¹ Este modo de resolver conflictos entre derechos constitucionales encuadra en lo que más adelante se calificará como concepción *particularista* del razonamiento práctico. La exposición y críticas a este modelo se presentarán en el módulo IV (punto 16.4).

²⁴² Se trata de la conocida crítica contramayoritaria que comentaremos sobre el final de este módulo (punto 10.4).

²⁴³ Sobre la distinción entre positivismo incluyente y excluyente, véase Waluchow 1994, Coleman 2001a y Marmor 2001.

²⁴⁴ Cf. Dworkin 1977. Con posterioridad Dworkin abandonó esa línea de crítica. Así, en Dworkin 2011: 487-488 puede leerse '*Perdónenme un párrafo autobiográfico. Cuando hace más de cuarenta años procuré por primera vez defender el interpretativismo, lo hice en el marco de esta imagen ortodoxa de dos sistemas. Supuse entonces que el derecho y la moral son sistemas diferentes de normas y que la cuestión crucial es cómo interactúan. Dije, así, lo que acabo de decir: que el derecho incluye no solo reglas promulgadas, o reglas con linaje, sino también principios justificativos. No tardé en pensar, sin embargo, que la imagen misma del problema basada en los dos sistemas era defectuosa y comencé a abordar la cuestión a través de una imagen muy diferente. No obstante, solo más adelante, al comenzar a examinar los problemas más amplios de los que se ocupa este libro aprecié plenamente la naturaleza de esa imagen y su gran diferencia respecto al modelo ortodoxo*'.

²⁴⁵ Cf. Dworkin 1977: 77 y siguientes.

²⁴⁶ Cf. Alexy 1986: 87.

²⁴⁷ Cf. Habermas 1996: 256-259. No obstante, para Habermas, el que los principios constitucionales no posean significados estables más allá y con carácter independiente de su aplicación a casos concretos, no mella la legitimidad de las democracias constitucionales contemporáneas, tal como lo pretenden autores como Waldron (cf. Waldron 1999). Véase al respecto Habermas 2003.

²⁴⁸ Cf. Dworkin 1977: 84-85. Tal como examinaremos en el módulo IV (punto 18.1), Dworkin distingue diferentes sentidos de discrecionalidad, correspondiendo el indicado en el texto al sentido fuerte dworkiniano.

²⁴⁹ Cf. Alexy 2003a, 2011.

²⁵⁰ Se denomina *mejora de Pareto* a una situación en la cual, dada una asignación inicial de bienes entre un conjunto de sujetos, un cambio en esa asignación hace que al menos un sujeto mejore su situación sin que empeore la situación de los demás. La asignación es calificada como *óptimo de Pareto* cuando no pueden lograrse nuevas mejoras de Pareto.

²⁵¹ Zuleta ha demostrado que los subprincipios de idoneidad y necesidad podrían entrar en conflicto. Por ejemplo, si tenemos dos medidas M_1 y M_2 tales que M_1 afecta más intensamente a P_1 que M_2 , pero promueve P_2 mejor que M_2 , desde el punto de vista de la idoneidad M_1 sería mejor que M_2 , pero desde el punto de vista de la necesidad M_2 sería mejor que M_1 . Zuleta muestra asimismo que, si en tales casos se hace prevalecer a uno de estos dos subprincipios sobre el otro, se lo debería hacer prevalecer en todos los casos posibles, es decir, estaríamos acordando una preferencia absoluta de uno sobre otro (cf. Zuleta 2017).

²⁵² Cf. Alexy 2003b, 2007.

²⁵³ Alexy considera que una forma de mostrar que es posible la racionalidad respecto de los juicios de intensidades de afectación, de modo que el resultado pueda determinarse racionalmente a través de la ponderación, consiste en analizar ejemplos paradigmáticos, lo cual permitiría apreciar cuales son nuestros presupuestos cuando resolvemos casos por medio de la ponderación de derechos (cf. Alexy 2003a). El papel de los casos paradigmáticos en el razonamiento práctico

ha sido destacado, entre otros, por Dworkin 1986: 255-257 y Hurley 1989: 212. Moreso también confiere un lugar importante a los casos paradigmáticos, ya que a su juicio constituyen el trasfondo inarticulado en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. Su consideración permitiría restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, ya que solo resultarían admisibles aquellas reconstrucciones que den cuenta de manera satisfactoria de los casos paradigmáticos (cf. Moreso 2004). Si bien no es posible examinar este punto con la consideración que merece, al menos a primera vista la apelación a casos paradigmáticos no parece constituir una buena base para apoyar la racionalidad de nuestras evaluaciones sobre el peso de diferentes derechos en conflicto. Ello en razón de que las apreciaciones que formulamos sobre lo que consideramos casos paradigmáticos no revelan sino nuestras intuiciones o nuestras convenciones, y ninguna de las dos cosas permite extraer conclusión alguna sobre la racionalidad de tal operación.

²⁵⁴ Sobre la ambigüedad de Alexy en lo que atañe a la atribución de los valores numéricos de su fórmula, véase Lindahl 2009.

²⁵⁵ Cf. Lindahl 2009. Más específicamente, Zuleta afirma que las escalas de intervalos como las que emplea Alexy son susceptibles de cualquier transformación lineal positiva, y demuestra con ejemplos simples que los enunciados de precedencia de un principio sobre otro de conformidad con la fórmula del peso no se mantienen inalterados luego de cualquier transformación lineal positiva de las escalas (cf. Zuleta 2017).

²⁵⁶ Alexy 2011b: 17.

²⁵⁷ Cf. Ferrer Beltran 2005: 17, 35 y siguientes. Para una crítica a Alexy en este sentido, véase Zuleta 2017.

²⁵⁸ Cf. Alexy 2007.

²⁵⁹ Cf. Zuleta 2017.

²⁶⁰ Cf. Canale y Touzet 2017. Sobre las complejidades en la evaluación de las condiciones de verdad de los enunciados condicionales contrafácticos, véase en especial Lewis 1973 y Stalneker 2003.

²⁶¹ Cf. Guastini 2001: 147. Volveremos sobre el tema en el módulo IV (punto 18.3).

²⁶² Bulygin 1991: 259.

²⁶³ El principio de extensionalidad puede representarse del siguiente modo: (PE) $\forall x ((x \in A) \leftrightarrow (x \in B)) \rightarrow A = B$. Esto significa que, si dos conjuntos A y B tienen exactamente los mismos elementos, son en realidad el mismo conjunto.

²⁶⁴ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976.

²⁶⁵ En Raz 1970: 34 y siguientes.

²⁶⁶ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976, 1979, 1981 y Alchourrón 1982.

²⁶⁷ Cf. Bulygin 1991. En Alchourrón y Bulygin 1971: 131 y 138 se reserva la expresión 'ordenamiento jurídico' para hacer referencia al sistema formado por todos los enunciados válidos de conformidad con ciertos criterios de validez, que constituiría una especie del género 'sistema jurídico'.

²⁶⁸ Cf. Raz 1970: 35.

²⁶⁹ Cf. Raz 1970: 35.

²⁷⁰ Cf. Moreso y Navarro 1993: 43.

²⁷¹ Una secuencia puede ser definida alternativamente como un conjunto ordenado o como una función $f: \mathbb{N}^+ \rightarrow A$ para algún conjunto A adecuadamente elegido, donde $f(i) = a_i$ para cada i perteneciente a \mathbb{N}^+ . El término i de la secuencia es simplemente el valor de la función para el argumento i (cf. Makinson 2008: 82).

²⁷² Cf. Moreso y Navarro 1993: 42.

²⁷³ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976, 1979.

²⁷⁴ Ello obedece a que la relación de pertenencia no es transitiva (cf. Moreso y Navarro 1992, 1993: 42).

²⁷⁵ Moreso y Navarro 1993: 45.

²⁷⁶ Cf. Bulygin 1991: 260.

²⁷⁷ Cf. Rodríguez 2002: 122.

²⁷⁸ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976. Hugo Zuleta ha formulado una crítica muy aguda a esta reconstrucción de la dinámica jurídica en término de secuencias, cuyo argumento fundamental consiste en sostener que la noción de secuencia no podría dar cuenta de la identidad del derecho pese a los cambios de normas debido a que, al igual que la de conjunto, es extensional (cf. Zuleta 2013, 2015). Para una réplica a tales argumentos y una defensa del modelo de la pertenencia como modo adecuado de reconstruir la dinámica jurídica, véase Rodríguez 2013 y Kristan 2015.

²⁷⁹ Cf. Rodríguez 2002: 122-123 En sentido parecido, Ricardo Caracciolo afirma que '*... esta propuesta no es sostenible porque, de nuevo, cada alteración de un subconjunto C (un sistema momentáneo), por ejemplo, cuando se deroga una norma N que pertenece a C, implica alterar también el conjunto C1 (un sistema no momentáneo) que incluye a C. Por consiguiente, se tiene la siguiente alternativa: o bien 'cambian' los sistemas momentáneos y también 'cambia' el sistema no momentáneo, lo que contradice la propia noción de 'sistema no momentáneo', o bien este último mantiene su identidad, pero entonces ningún cambio es admisible'*' (Caracciolo 1996: 170).

²⁸⁰ Moreso y Navarro 1993: 38.

²⁸¹ En el mismo sentido, Caracciolo 1988: 64 y 67.

²⁸² Cf. Alchourrón y Bulygin 1976, 1979, 1981 y Alchourrón 1982. Solo nos ocuparemos de las operaciones de promulgación y derogación, no así de las de reforma dado que estas últimas pueden ser reconstruidas como la

derogación de una norma y la posterior promulgación de una nueva norma, modificada respecto de la que se derogó. Si bien seguiremos básicamente la presentación de los profesores argentinos, no asumiremos que cada conjunto estático de la secuencia dinámica contiene todas sus consecuencias lógicas, como lo hacen Alchourrón y Bulygin.

²⁸³ Cf. Alchourrón and Bulygin 1976; Alchourrón 1982.

²⁸⁴ Cf. Alchourrón and Bulygin 1976; Alchourrón 1982.

²⁸⁵ Cf. Moreso y Navarro 1993: 53.

²⁸⁶ Cf. Moreso y Navarro 1993: 53-55. Por cierto, la intención de la autoridad no es lo único relevante para determinar en tales casos si ha existido realmente un cambio de sistema o una mera reformulación del mismo sistema. La decisión al respecto dependerá en última instancia del intérprete, quien puede tomar como relevantes otras consideraciones a los fines de seleccionar una de las alternativas.

²⁸⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976, 1979; Alchourrón 1982.

²⁸⁸ Desde un punto de vista formal, ello significa que la intersección de D y el conjunto de las consecuencias de C es no vacío. De manera que podría definirse al conjunto rechazado en α por D del siguiente modo: sea $C \subseteq \alpha$; $C \in \text{Re}(D)$ si y solo si $(\text{Cn}(C) \cap D) \neq \emptyset$ (cf. Alchourrón 1982).

²⁸⁹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1981.

²⁹⁰ Cf. Alchourrón 1982.

²⁹¹ El conjunto de todas las selecciones minimales determinadas por D será representado por $\text{Sel}(D)$, que puede caracterizarse formalmente del siguiente modo: $S \in \text{Sel}(D)$ si, y solo si: (i) $(R \cap S) \neq \emptyset$ para cada $R \in \text{Re}(D)$, y (ii) no existe ningún $C \subset S$ tal que $(R \cap C) \neq \emptyset$ para cada $R \in \text{Re}(D)$ (cf. Alchourrón 1982).

²⁹² Sean $S_1 \dots S_n$ las selecciones minimales determinadas por D en α . El proceso de derogación conduce desde el conjunto α a una familia de conjuntos $(\alpha \perp D) = \{B_1 \dots B_n\}$ donde $B_i = (\alpha - S_i)$. Diremos, siguiendo a Alchourrón, que cada B_i es un *remanente de la derogación*, y que el conjunto de todos los remanentes $(\alpha \perp D)$ es el resultado del proceso de derogación. Todos los subconjuntos no rechazados de α , cuyas extensiones propias son rechazadas, son los remanentes de una derogación: $B \in (\alpha \perp D)$ si, y solo si: (1) $B \subseteq \alpha$, (2) $B \notin \text{Re}(D)$ y (3) para cada C tal que $B \subset C$, $C \in \text{Re}(D)$ (cf. Alchourrón 1982).

²⁹³ Según Alchourrón y Bulygin, si se distingue entre la operación de eliminación de las normas que han sido derogadas y el acto de derogación, cobra perfecto sentido la idea de derogar una norma aun cuando ella todavía no pertenezca a un sistema. Aunque una derogación tal no conducirá a la eliminación de ninguna norma, puede producir el importante efecto de prevenir su incorporación, si es que ella fuese promulgada con posterioridad por una autoridad normativa de nivel inferior. Esto sería lo que ocurre con los derechos y garantías constitucionales: la constitución deroga por anticipado ciertas normas (aquellas que violan los derechos fundamentales), previniendo su promulgación por el poder legislativo, pues si una norma tal fuese promulgada por el Parlamento, podría ser declarada inconstitucional por los tribunales y no sería incorporada al sistema (cf. Alchourrón y Bulygin 1981).

²⁹⁴ Cf. Alchourrón y Makinson 1981: 131.

²⁹⁵ En Alchourrón y Bulygin, 1976, 1979 y 1981 no se discriminan estos dos diferentes sentidos de derogación, porque se asume que cada sistema estático de la secuencia dinámica está clausurado bajo la noción de consecuencia lógica, de manera tal que evitar la derivación de cierta consecuencia es un caso más de eliminación de un elemento del conjunto. En Alchourrón y Makinson 1981, en cambio, se distingue entre *derogación* y *abrogación* del siguiente modo. Derogación: si A es un conjunto de normas y α es una norma implicada por A, y un legislador desea impedir que α se siga lógicamente de A, entonces deberá rechazar implícitamente aquello que en A implique α , reteniendo el remanente: $A \perp \alpha = B / B \in A \perp \alpha$ si y solo si: 1. $B \subseteq A$; 2. $\alpha \notin \text{Cn}(B)$; 3. No existe ningún conjunto B' tal que $B \subset B' \subseteq A$ y $\alpha \notin \text{Cn}(B')$. Abrogación: $A \perp \alpha$ tendrá el único elemento si y solo si $\alpha \in A$. Cuando se abroga un subconjunto D de A, simplemente se lo excluye del conjunto, dejando $A - D$ intacto aun si implica alguna norma en D. La derogación coincide con la abrogación solo en el caso de que ninguno de los elementos del conjunto rechazado D sea implicado por el complemento $A - D$. En tal caso, $\text{Cn}(A - D) \cap D = \emptyset$ (cf. Alchourrón y Makinson 1981: 130).

²⁹⁶ Cf., por ejemplo, Alchourrón y Bulygin 1976.

²⁹⁷ Cf. Aguiló Regla 1995: 56.

²⁹⁸ Cf. Alchourrón 1988; Ferrer Beltrán y Rodríguez 2011: 146 y siguientes.

²⁹⁹ Cf. Alchourrón y Makinson 1981.

³⁰⁰ Una relación R entre los elementos de un conjunto es conexa cuando para todo par de elementos x e y del conjunto se cumple que o bien xRy o bien yRx (cf. Alchourrón 1993).

³⁰¹ Algunos autores dan cuenta elocuentemente de estos supuestos como contradicciones de segundo grado. Véase, por ejemplo, Gascón 1997: 279 y siguientes; Ezquiaga Ganuzas 1998: 164. En efecto, se trata de supuestos en los que un criterio C_1 establece que en el conflicto entre las normas N_1 y N_2 prevalece N_1 y otro criterio C_2 establece la prevalencia de N_2 sobre N_1 .

³⁰² Cf. Bobbio 1960: 230-232; Bobbio 1970: 113 siguientes y Modugno 1997: 129 y 191 siguientes. Un excelente intento por defender la tesis de que existen de hecho metacriterios generales que permiten superar toda posible contradicción de segundo grado es presentado en Guarinoni 2006: 165-186. Guarinoni sostiene allí, con base en interesantes ejemplos,

que *lex superior* prevalece siempre sobre *lex specialis* y sobre *lex posterior*, y que *lex specialis* prevalece siempre sobre *lex posterior*.

³⁰³ Nada obsta a que en un caso concurren conjuntamente los tres criterios y arrojen resultados discordantes. Por simplicidad omitimos el análisis de tales supuestos dado que, en última instancia, puede reconducirse a las distintas posibilidades examinadas en el texto.

³⁰⁴ En tal sentido, en Gavazzi 1959: 77-83, especialmente 81, se afirma que los límites de la aplicabilidad de los criterios *lex posterior* y *lex specialis* cuando entran en conflicto entre sí son indeterminados.

³⁰⁵ Para una lectura similar del criterio de *lex specialis*, véase Guibourg y Mendonca 2004: 130-133.

³⁰⁶ Cf. Orunesu, Rodríguez y Sucar 2001: 36-37.

³⁰⁷ Cf. Alchourrón y Bulygin 1976 y 1979. En realidad, en sentido estricto no se trata de que Alchourrón y Bulygin asuman explícitamente el modelo del orden jurídico no depurado, sino más bien que en tales trabajos los autores citados ofrecen una reconstrucción simplificada de la dinámica del derecho, que no toma en cuenta jerarquías entre sus normas. En cambio, en Alchourrón y Makinson 1981, se ofrece una versión más compleja que da cuenta en parte de los problemas que aquí se indican. Más recientemente, Royakkers ha ofrecido una reconstrucción de la dinámica de los sistemas jurídicos considerando diferentes jerarquías entre sus normas (cf. Royakkers 1998: capítulo 7).

³⁰⁸ Formalmente: a) revisión conservadora: $\sim\alpha \in \text{Cn}(S) \rightarrow S^*\alpha = S$; $\sim\alpha \notin \text{Cn}(S) \rightarrow S^*\alpha = (S + \alpha)$; b) revisión neutra: $S^*\alpha = ((S + \alpha) \div \perp)$; c) revisión innovadora: $S^*\alpha = ((S \div \sim\alpha) + \alpha)$. Sobre el proceso de incorporación consistente, también denominado *revisión*, véase Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985; Gärdenfors 1992; Hansson 1999.

³⁰⁹ *Lex superior* parece funcionar siempre como una revisión conservadora o, a lo sumo, neutra. Sin embargo, hay situaciones en las que podría ser reconstruido como una revisión innovadora, tal como lo ponen de manifiesto las situaciones de *inconstitucionalidad sobreviniente*: en tales casos podría decirse que, para poder incorporar una nueva norma constitucional incompatible con normas infraconstitucionales preexistentes, primero es preciso eliminar las normas infraconstitucionales en conflicto y, saneado así el sistema, pasar a incorporar la nueva norma constitucional.

³¹⁰ Ferrer Beltrán 2000: 143-144.

³¹¹ En el modelo del orden jurídico no depurado la dificultad primordial para dar cuenta de la dinámica jurídica considerando jerarquías entre las normas no consistirá en determinar en qué casos se admite la integración de un nuevo sistema en la secuencia si la modificación normativa produce un conflicto con normas de jerarquía superior, sino en el modo de restablecer la consistencia en tales casos.

³¹² Cf. Moreso 2013.

³¹³ Cf. Ferrer Beltrán y Rodríguez 2013.

³¹⁴ Cf., por ejemplo, Alchourrón y Bulygin 1981.

³¹⁵ En Royakkers 1998: 162 se sostiene en sentido coincidente que en un sistema jurídico con autoridades de diferente jerarquía la operación de promulgación puede generar indeterminaciones.

³¹⁶ Cf. Raz 1977b.

³¹⁷ Cf. Díaz 1966. En Tamanaha 2004 se ofrece una clasificación próxima a la del texto pero más fina, en la cual se distinguen dos concepciones básicas, formales y sustantivas, y luego tres subcategorías dentro de cada una de ellas que van desde formas más débiles hasta formas más fuertes. Dentro de las concepciones formales, la progresividad se verifica entre concepciones que solo exigen el gobierno de las leyes, concepciones que exigen legalidad formal y concepciones que exigen además democracia; dentro de las concepciones sustantivas, la progresividad se verifica entre concepciones que además incluyen derechos individuales, derechos a la dignidad y justicia y derechos sociales (cf. Tamanaha 2004: 11-14).

³¹⁸ Para un excelente análisis de la distinción, véase Bobbio 1984: 120 y siguientes.

³¹⁹ Cf. Garzón Valdés 1989a, 1989b y 2000.

³²⁰ La idea del *coto vedado* parte ordinariamente del presupuesto de que los individuos poseerían ciertos derechos morales que se consideran inviolables (cf., por ejemplo, Dworkin 1977, Nozick 1974 y Rawls 1971). Ello podría conducir a suponer que a tal fin es necesario comprometerse con una visión cognoscitivista en metaética y, en el ámbito de la filosofía del derecho, con una concepción antipositivista. Sin embargo, las dos cosas son incorrectas: se puede defender en ética normativa una postura favorable al reconocimiento de derechos morales desde una perspectiva radicalmente escéptica en metaética, y nada impide justificar la tutela constitucional de los derechos fundamentales desde una concepción positivista. Sobre lo primero, la cuestión se examinará con mayor profundidad en el módulo IV (punto 20.3). Sobre lo segundo, véase por ejemplo Bulygin 1987.

³²¹ Cf. Moreso 2000a: 16-17.

³²² La expresión ‘atricheramiento’ es una –opinable– traducción de la inglesa ‘entrenchment’, que empleamos aquí pese a su escasa elegancia debido a su extendido uso.

³²³ Cf. Garzón Valdés 2000: 20 y Ferrajoli 2000a.

³²⁴ Cf. Garzón Valdés 1989a.

³²⁵ En una línea similar podría ubicarse a Ferrajoli, quien habla de una ‘esfera de lo indecible’ (cf. Ferrajoli 2003: 227).

³²⁶ '*... los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos ... constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrática liberal que propicie el Estado Social de Derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma (como la establecida por el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental alemana) y el mandato de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia*' (Garzón Valdés 2000).

³²⁷ Cf. Ferrajoli 2003: 234.

³²⁸ Cf. Freeman 1990: 353.

³²⁹ Elster 2000: 20.

³³⁰ Cf. Elster 1979: 66.

³³¹ Cf. Moreso 2000a: 37.

³³² Cf. Sunstein 1991: 641.

³³³ Cf. Elster 2000: 74-88 y 111-115.

³³⁴ Se ha objetado a esta línea de defensa que las constituciones, más que ser actos de autorrestricción, serían actos para atar o restringir a los demás, de modo que la analogía entre la racionalidad en el plano individual y en el colectivo no se sostendría (cf., por todos, Bayón 2000a, Gargarella 2000 y Waldron 1999). Para una réplica a tales objeciones, véase Moreso 2000b: 96-97.

³³⁵ Cf. Waldron 1999: 271 y Dahl 2001:10.

³³⁶ Cf. Laporta 2001: 482. En un sentido similar, Prieto Sanchís 2003: 143.

³³⁷ Cf. Bayón 2004: 112.

³³⁸ Básicamente en Waldron 1999.

³³⁹ Cf. Waldron 1999: 123.

³⁴⁰ Cf. Waldron 1999: 124.

³⁴¹ Cf. Waldron 1999: 127.

³⁴² Cf. Waldron 1993.

³⁴³ Cf. Waldron 1999: 264.

³⁴⁴ Cf. Bickel 1962: 16-17.

³⁴⁵ Cf. Ely 1980: 23.

³⁴⁶ Cf. Waldron 1999: 254.

³⁴⁷ Cf. Gargarella 1996: 60.

³⁴⁸ Cf. Waldron 1999: 351-353.

³⁴⁹ En el módulo III examinaremos detalladamente las diferentes concepciones de la interpretación. Sirvan estas consideraciones como anticipo.

³⁵⁰ Véase lo que se dirá al respecto en el módulo III (punto 11.3).

³⁵¹ Cf. Dworkin 1977: 84-85.

³⁵² Desde luego, se podría estar en desacuerdo respecto de en qué consiste el derecho a una participación igualitaria en la toma de decisiones, y no podría sostenerse que para resolver ese desacuerdo se requiere de un procedimiento de nivel superior para resolver las disputas acerca de los procedimientos porque eso conduciría a un regreso al infinito (cf. Christiano 2000: 519-520).

³⁵³ Cf. Dworkin 2000: 131-132 y nota 7.

³⁵⁴ Sobre los derechos constitucionales como precondiciones del procedimiento democrático, véase Gargarella 2004: 90-103; Nino 1996: 192-195 y Orunesu 2012, entre otros.

MÓDULO III INTERPRETACIÓN, OBJETIVIDAD Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

A mediados del siglo XIX John Nix & Co. era una de las mayores compañías de venta de frutas en Nueva York. La ley tarifaria de 1883 exigía por entonces el pago de impuestos por la importación de ‘vegetales en su estado natural, o en sal o salmuera, que no hayan sido específicamente enumerados en esta ley’, reputándose en cambio exentas ‘las frutas, verdes, maduras o disecadas, no específicamente enumeradas en esta ley’. Los hermanos John Nix, John W. Nix, George W. Nix y Frank W. Nix demandaron a Edward L. Hedden, recaudador del Puerto de Nueva York, para que se les reintegraran impuestos que habían pagado bajo protesta sobre un lote de tomates importados desde las Indias Occidentales en 1886. El argumento que esgrimieron fue que, desde el punto de vista botánico, el tomate no es una fruta ya que se trata de una estructura que contiene semillas y que crece de la parte que florece de una planta.

El caso llegó hasta la consideración de la Suprema Corte de los Estados Unidos.¹ En el juicio, el abogado de los actores, luego de leer las definiciones de ‘fruta’ y ‘vegetal’ de diversos diccionarios, convocó a dos testigos que habían participado en el negocio de la venta de frutas y vegetales por treinta años y les preguntó si tales expresiones tenían ‘algún significado especial en el comercio, diferente de los que fueran leídos’. Uno de los testigos dijo respecto de las definiciones que la palabra ‘fruta’ se aplicaba en el comercio solo a aquellas partes de plantas que contenían semillas. El otro testigo manifestó que no creía que los términos ‘fruta’ o ‘vegetal’ tuvieran algún significado especial en el comercio diferente de los que se leyeran en los diccionarios.

El tribunal decidió por unanimidad a favor del demandado, considerando que los tomates debían clasificarse a los fines de las regulaciones impositivas como un vegetal, con fundamento en el modo en que se los utiliza y la percepción popular en el mismo sentido. El juez Horace Gray, al fundar la opinión de la Corte, sostuvo que:

‘Los párrafos citados de los diccionarios definen la palabra ‘fruta’ como la semilla de las plantas, o la parte de las plantas que contiene semillas y, especialmente, los productos jugosos y con pulpa de ciertas plantas que recubren y contienen las semillas. Estas definiciones no tienen aptitud para mostrar que los tomates son ‘frutas’, como algo diferente de ‘vegetales’, ya sea en el lenguaje común o de acuerdo con el significado de la ley impositiva’.

Citando diversos pronunciamientos de la Suprema Corte (Brown v. Piper, 91 U.S. 37, 42 y Jones v. U.S., 137 U.S. 202, 216), Gray sostuvo que cuando las palabras no han adquirido ningún sentido especial en el comercio, los tribunales deben atender al significado ordinario:

‘Los tribunales están obligados a tomar nota de ese significado, así como respecto de cualquier palabra de nuestra propia lengua: y sobre tal cuestión los diccionarios no pueden ser admitidos como prueba, sino solo como auxilio para la memoria y comprensión del tribunal. Botánicamente hablando, los tomates son el fruto de una vid, al igual que los pepinos, las calabazas, los frijoles y los guisantes. Pero en el lenguaje común de la gente, sean vendedores o consumidores de víveres, todos ellos

son vegetales que se cultivan en huertas y que, ya sea que se coman cocidos o crudos, son como las papas, las zanahorias, los nabos, las remolachas, el coliflor, el repollo, el apio y la lechuga, normalmente se sirven durante la cena, con o después de la sopa, el pescado o las carnes que constituyen el plato principal, y no como las frutas en general, que se sirven como postre’.

11. Concepciones de la interpretación

11.1. Enunciados interpretativos

La posibilidad de que las autoridades comuniquen sus directivas a los sujetos normativos constituye una condición necesaria para que el derecho cumpla con su función de motivar la conducta de los individuos. Esas directivas necesitan de un sistema de significación, de un lenguaje que permita a quien las promulga dar a conocer su voluntad a través de ciertos símbolos que puedan ser comprendidos por los restantes operadores del derecho (jueces, juristas y abogados) y por las personas en general. Para todos ellos, entonces, resulta de la mayor importancia la tarea de determinar el sentido de las formulaciones normativas, tarea que genéricamente se denomina *interpretación*.

Como en los sistemas jurídicos modernos la mayoría de las normas se expresa a través del lenguaje escrito, puede decirse que interpretar consiste en correlacionar un significado a cierto texto legal. El resultado de la interpretación será, en consecuencia, la identificación de un cierto significado para una formulación normativa. Vale aclarar que la expresión ‘interpretación’ se utiliza tanto para hacer referencia a la actividad como al producto de dicha actividad: es la tarea consistente en identificar la norma o normas expresadas por ciertas formulaciones normativas y el resultado de dicha tarea. En otras palabras, el concepto de interpretación sufre la típica ambigüedad conocida como ‘proceso-producto’.²

En tanto actividad, podría decirse que interpretar consiste en descubrir o decidir el significado de un texto jurídico. En general se habla de la actividad de interpretar las ‘normas jurídicas’, pero esto resulta en sentido estricto solo correcto si se asume una concepción sintáctica de las normas, esto es, si se identifican a las normas con su formulación en el lenguaje. En cambio, si se concibe a las normas de acuerdo con la concepción semántica como el significado de ciertas formulaciones lingüísticas, o de acuerdo con la concepción sintáctico-semántica como la correlación de un significado a cierto texto, las normas no serían el objeto de la actividad interpretativa sino más bien el resultado de ella.

Aquí, siguiendo a von Wright, hemos denominado ‘formulación normativa’ al enunciado a través del cual una autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta, es decir, el o los símbolos (generalmente palabras) usados en la enunciación de una norma. La formulación normativa sería así el original a ser interpretado, mientras que el término ‘norma’ quedaría reservado para aludir al significado que expresa una formulación normativa. Desde este punto de vista, solo correspondería hablar de normas, en sentido estricto, como resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componentes. Esto implica que para hablar de normas, la tarea de interpretar ciertas formulaciones normativas se supone ya cumplida. Entre formulaciones normativas y normas no

habría necesariamente una correspondencia unívoca, ya que una formulación puede expresar más de una norma y diferentes formulaciones pueden expresar una única norma.³ Roberto Vernengo ha señalado que:

Las leyes promulgadas pueden ser vistas como mensajes mediante los cuales el legislador comunica alguna intención normativa ... En tanto mensajes lingüísticos, entendemos las normas promulgadas y, por ende, utilizando nuestra competencia lingüística, les atribuimos un sentido. Podemos acreditar socialmente que interpretamos un texto cuando, al captar algunos de sus sentidos posibles, somos capaces de producir otro texto que exprese el sentido que deseamos atribuir al texto.⁴

En el uso ordinario se manejan dos conceptos distintos de interpretación: uno restringido y uno amplio. De conformidad con el primero, la interpretación consiste en la atribución o identificación de un significado a un texto o formulación normativa cuando existen dudas o controversia a su respecto. Bajo esta visión, solo se interpretan los textos oscuros, mientras que en los casos claros no se requiere de interpretación –*in claris non fit interpretatio*. De acuerdo con el segundo, en cambio, la interpretación consiste en la atribución o identificación de un significado a una formulación normativa con independencia de si existen dudas o no al respecto. Desde este punto de vista, toda formulación normativa requiere de interpretación.⁵

Por otra parte, el concepto ordinario de interpretación parece recoger dos ideas. Por un lado, la interpretación presupone que hay un objeto, un original, que ha de ser interpretado. En este sentido la interpretación se diferenciaría de la pura invención. Pero también, el referirse a la interpretación de un original, se presupone que interpretar no es lo mismo que la simple reproducción de ese original. En el dominio que nos interesa, esto es, el de las normas, en particular las normas jurídicas, si la interpretación consiste en correlacionar un cierto significado a una formulación normativa o texto jurídico, el resultado de tal operación, la identificación de una norma, se manifestará también a través de un nuevo texto. Por consiguiente, podría sostenerse siguiendo a Vernengo, que interpretar es traducir un enunciado de un cierto lenguaje a otro enunciado del mismo u otro lenguaje, que por alguna razón se considera más comprensible o claro.⁶ De esta manera, es posible caracterizar a la interpretación en el derecho como la identificación o adscripción de significado a los textos jurídicos, cuyo resultado se pone de manifiesto a través de nuevas expresiones lingüísticas, supuestamente más comprensibles que las que la autoridad normativa formuló.

Hasta aquí hemos tratado de mantener una actitud deliberadamente neutral en torno a la naturaleza de la actividad interpretativa, afirmando que ella consistiría en ‘correlacionar’ un significado a una formulación normativa, o que interpretar consiste en ‘identificar o atribuir’ un significado, ‘descubrir o decidir’ qué significado corresponde a una formulación normativa. Sin embargo, existe una profunda controversia respecto de qué tipo de actividad es la que lleva a cabo el intérprete. Si se denomina ‘enunciado interpretativo’ a todo enunciado que posee la forma lógica ‘T significa S’, donde T es un fragmento de un texto normativo y S es su significado, podríamos decir que las diferentes concepciones acerca de la interpretación pueden presentarse como diferentes teorías semánticas acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos.⁷

A fin de presentar esta cuestión puede resultar ilustrativo partir de la consideración de dos decisiones judiciales. En la causa ‘*Felicetti, Roberto y otros s/ revisión. Recurso de Hecho*’,⁸ la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina interpretó en el considerando 10 que el artículo 8,

inciso 2, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que toda persona inculpada de un delito tiene el derecho '*de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior*', no impone necesariamente la exigencia de una doble instancia jurisdiccional. Para justificar tal conclusión la Corte sostuvo que:

... lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece ... no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por esta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución.⁹

Como puede apreciarse, la Corte argentina consideró aquí que el artículo 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no dice en verdad lo que parece decir: que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a *recurrir* del fallo ante un juez o tribunal superior. Dice algo diferente: que la persona inculpada de un delito tiene derecho a un pronunciamiento de un tribunal de la instancia más alta, de modo que si la condena fue impuesta directamente por un tribunal de ese rango, no habría derecho a la revisión por otro órgano. Y para justificarlo se argumenta que de lo contrario lo preceptuado por la norma de la Convención Americana bajo consideración resultaría incompatible con el artículo 117 de la Constitución Nacional Argentina, que atribuye competencia originaria y exclusiva a la Corte incluso para ciertas causas penales, y ello pese a que el caso considerado no era uno que involucrara la competencia originaria y exclusiva de la Corte.

Algún tiempo después, en la causa '*Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa. Recurso de hecho*,'¹⁰ la Corte argentina decretó la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado establecida por el artículo 52 del Código Penal argentino para los casos de multireincidencia. Dicha norma establece: '*Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1° Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años; 2° Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores ...*'. Al considerar inconstitucional este artículo, la Corte rechazó el argumento –defendido por ese mismo tribunal en el precedente '*Sosa*'¹¹– según el cual la norma comentada establecería una medida de seguridad y no una pena, razón por la cual no estaría limitada por los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En el considerando 30 se sintetizan algunas de las razones que apoyan la nueva postura de la Corte:

- a) La reclusión accesoria para multireincidentes del art. 52 del Código Penal es una pena;
- b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o posdelictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas;

- c) Una privación de libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena;
- d) La reclusión –como cualquiera de las otras penas del art. 5° del Código Penal– no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado;
- e) Tampoco la cambia por el hecho de que se la prevea como pena accesoria o como pena conjunta;
- f) La palabra *penado* del art. 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre;
- ...
- j) Es una clara manifestación de derecho penal de autor, pues pretende penar por lo que la persona es y no por lo que ha hecho;
- k) Si se la considera pena por el último hecho es desproporcionada y, por ende, cruel;
- l) Si se considera que se la impone por los hechos anteriores, está penando dos veces delitos que han sido juzgados y por los que la pena está agotada;
- m) Tampoco es posible fundarla en la peligrosidad, porque esta responde a una probabilidad en grandes números, que en el caso concreto es siempre incierta;
- ...
- q) En el caso concreto se pretende penar un robo que merece la pena de dos años de prisión con una pena mínima de doce años;
- r) En estas condiciones la pena, en el caso concreto, viola el principio de proporcionalidad, constituye una clara muestra de derecho penal de autor, infringe el principio de humanidad y declara a Gramajo extraño al derecho.¹²

Según este criterio, que algo sea o no una pena no depende de la denominación que se le atribuya, ni siquiera cuando quien lo hace es el legislador: lo que cuenta es que presente o no las características que la Corte reputa esenciales para que lo sea.

Lo interesante de confrontar estas dos decisiones es que en el primer caso el máximo tribunal argentino adoptó una interpretación del artículo 8 inciso 2.h del Pacto de San José de Costa Rica que prácticamente lo vacía de todo alcance, pues consideró, en contra de su propia letra, que dicha norma no instituye un derecho a la doble instancia. En cambio, en la segunda decisión la Corte, rechazando la interpretación hasta entonces extendida de que la accesoria de prisión por tiempo indeterminado para multireincidentes no era una pena y, por ello, no le resultaban aplicables las exigencias constitucionales que pesan sobre estas últimas, estimó que ello no era más que un ‘fraude de etiquetas’, pues un instituto que tiene todas las características de una pena no dejaría de serlo por el hecho de que pretenda denominárselo de otro modo.

Sin perjuicio de las cuestiones de fondo comprometidas en cada una de estas dos decisiones, en materia de interpretación la Corte argentina pareció asumir en el primer caso que las palabras a través de las cuales se expresan las normas no son más que moldes vacíos a los que puede hacerseles decir cualquier cosa; en el segundo, muy por el contrario, pareció interpretar que el significado de las palabras de la ley está determinado por ciertas cualidades esenciales de las instituciones a las que se alude con ellas.

Estas dos visiones se corresponden con dos tradiciones contrapuestas en torno a la naturaleza de la interpretación jurídica. En primer lugar, los partidarios de la *tesis de la única respuesta correcta*, a la que con singular elegancia Hart calificara como el *noble sueño*,¹³ consideran que la

interpretación es una actividad puramente cognoscitiva, esto es, que toda formulación normativa tiene una y solo una interpretación correcta y que la tarea del intérprete consiste en descubrirla. Desde este punto de vista los enunciados interpretativos serían siempre o bien verdaderos o bien falsos.

En segundo lugar, los partidarios de la *tesis de la indeterminación radical*, a la que Hart calificara por contraste con la anterior como la *pesadilla*,¹⁴ estiman que la interpretación es una actividad puramente decisoria y discrecional, esto es, que toda formulación normativa admitiría una multiplicidad de interpretaciones, ninguna de las cuales podría ser calificada como correcta, de manera que las formulaciones normativas carecerían de significado con carácter previo a la atribución de sentido por el intérprete. Desde este punto de vista, los enunciados interpretativos no poseerían en ningún caso valores de verdad.

En lo que sigue intentaremos mostrar que existen fuertes razones para rechazar estas dos alternativas extremas y para justificar una opción intermedia, a la que aludiremos como la *tesis de la indeterminación parcial*, y que Moreso, continuando con la metáfora hartiana, calificara como la *vigilia*,¹⁵ según la cual la interpretación jurídica es en ciertos casos una operación cognoscitiva y en otros una labor decisoria, que reconoce la existencia de casos claros frente a los cuales el derecho ofrece una respuesta determinada, y otros problemáticos frente a los cuales es preciso optar entre varias alternativas igualmente plausibles pero ninguna de ellas predeterminada por el derecho. Desde este punto de vista, los enunciados interpretativos poseerían valores de verdad solo en algunos supuestos: con relación a los casos claros.¹⁶

Estas diferentes posiciones teóricas respecto de la interpretación en general, y de la interpretación jurídica en particular, varían de conformidad con los presupuestos que se asuman en torno a la naturaleza de la referencia y el significado, por una parte, y en torno a la caracterización del derecho y el discurso jurídico, por la otra. A continuación examinaremos los argumentos a favor y en contra de cada una de ellas.

11.2. La tesis de la única respuesta correcta

La tesis de la única respuesta correcta adopta una postura cognoscitivista respecto de la interpretación, de acuerdo con la cual cualquier texto jurídico poseería un único significado objetivo y determinado, susceptible de ser conocido.¹⁷ Con orígenes que se remontan hasta las ideas de la Ilustración, una de sus más articuladas versiones se apoya en la concepción del significado que podríamos denominar *realismo semántico*.¹⁸ Michael Moore ha sostenido que proyectando esa concepción semántica al ámbito de la interpretación en el derecho, todo enunciado jurídico sería verdadero o falso en virtud de una cierta realidad objetiva cuya existencia sería independiente de nuestro conocimiento. La tarea interpretativa sería, desde este punto de vista, una labor esencialmente de descubrimiento, pues consistiría en encontrar la interpretación verdadera.¹⁹

Moore rechaza la teoría convencionalista del significado, según la cual las relaciones entre los símbolos y aquello que designan son puramente arbitrarias, fruto de una convención. Por oposición, su teoría, al igual que la de autores como David Brink,²⁰ se apoya en la denominada *teoría causal de la referencia*. Para esta concepción, si bien muchas palabras se relacionan con las cosas de manera puramente convencional, en ciertos casos un término refiere a un objeto, no

porque los hablantes asocian a este un contenido descriptivo, sino en virtud de estar relacionado causalmente con él de la manera adecuada. Ello ocurriría con los nombres propios y con ciertos predicados que designarían *clases naturales* como 'agua', 'oro', etc. Según Kripke, los nombres propios serían *designadores rígidos*, pues nombrarían al mismo objeto individual en todos los mundos posibles.²¹ En el mismo sentido, Putnam estima que predicados como 'agua' serían igualmente designadores rígidos, dado que su referencia (los objetos denotados por la expresión) sería lo que determina su significado. La referencia del nombre sería fijada por un acto original de nombrar, o *acto bautismal*, a partir del cual el nombre se volvería un designador rígido del objeto, y sus subsiguientes usos estarían vinculados con el acto original a través de una cadena causal.²²

Para demostrar que el significado no sería el que determina la referencia sino a la inversa, Putnam recurre al siguiente experimento mental.²³ Supóngase que existe un planeta que es exactamente igual a la Tierra en todos sus aspectos, incluyendo una réplica exacta de cada uno de sus habitantes. En lo único en que se diferencian es que en cada lugar en el que en la Tierra hay H₂O, en la Tierra Gemela hay XYZ, una sustancia que es igual al agua en todas sus propiedades observables pero que difieren en su estructura molecular. Los habitantes de la Tierra Gemela llaman a XYZ 'agua'. El experimento se sitúa antes de 1750, esto es, antes de que se conociera la estructura molecular del agua en la Tierra, de manera que los residentes de ambas Tierras no tienen idea de que los líquidos son diferentes, pero la experiencia de tales líquidos en ellas es idéntica. Putnam sostiene que las personas de los dos planetas utilizan el término 'agua' para hacer referencia a una clase natural, y si bien la identifican a través de propiedades observables, también presumen que existe una estructura molecular que explica esas propiedades observables. Luego de 1750 se descubre en la Tierra que la estructura molecular del agua es H₂O (lo cual supone que esa era también su estructura antes de ser descubierta). De ello Putnam concluye que en la Tierra Gemela la palabra 'agua' no podría referirse al agua, pues allí no habría agua sino una sustancia cuya estructura molecular sería XYZ.

Con este tipo de ejemplos Putnam busca demostrar que estados mentales idénticos no indicarían idénticas extensiones o referencias. Al advertirse la diferencia entre los dos líquidos se diría que XYZ en la Tierra Gemela habría sido erróneamente denominada 'agua', no que el significado del término 'agua' haya cambiado. Los nombres propios y los términos que designan clases naturales permitirían identificar los objetos a los que se refieren pese a que cambien sus propiedades. De manera que, para esta concepción semántica, las convenciones lingüísticas no determinan la referencia de los objetos, y siempre frente un caso dudoso de aplicación de un término general la cuestión podría resolverse examinando si él posee o no la propiedad esencial de su clase.

Moore sigue la línea trazada por la teoría causal de la referencia y afirma que muchos de los términos que aparecen en los textos legales deberían ser interpretados de acuerdo con ella, específicamente aquellos que pertenecen a géneros naturales, esto es, que pertenecen a clases que se corresponden con la estructura del mundo. Pone como ejemplo la inclusión en formulaciones normativas de la palabra 'muerte', sosteniendo que con independencia de que exista alguna definición legislativa de ella, su significado no se hallaría en ningún conjunto de convenciones ni estaría dado por un conjunto de ejemplos paradigmáticos o de propiedades convencionalmente asignadas a dicha expresión, sino que solo podría encontrarse en la mejor teoría científica que dé cuenta de la naturaleza real de esa clase de eventos.²⁴

Moore intenta justificar la tesis de que existe una única respuesta correcta para cada caso, y que la tarea de los jueces consistiría en encontrarla, reforzando el realismo semántico con la asunción de

un punto de vista también realista en materia moral. En efecto, a su juicio existiría una realidad moral objetiva, y las premisas necesarias para decidir un caso deberían derivarse de esa realidad moral:

Mi teoría de la interpretación iusnaturalista nos urge a adoptar una concepción realista en cada caso. Los jueces deben guiar sus juicios acerca del significado ordinario de las palabras por la verdadera naturaleza de las cosas a las que refieren las palabras, y no por las convenciones que gobiernan el uso ordinario de esas palabras; ... los jueces deben buscar las respuestas que sean realmente correctas cuando al interpretar recurran a valores, y no deben sentirse obligados por los juicios de la moral convencional de su sociedad. La teoría iusnaturalista de la interpretación es parte y parcela de un realismo filosófico más general.²⁵

De acuerdo con este realismo fuerte, las normas jurídicas mismas serían susceptibles de verdad o falsedad en función de su correspondencia o no con esa realidad moral que se presupone objetiva.

Frente a los problemas lingüísticos que se encuentran corrientemente en las formulaciones normativas y los diferentes métodos de interpretación que emplean los juristas, entre otros diferentes factores que más adelante examinaremos, resulta muy difícil aceptar que siempre exista una única interpretación correcta para cualquier texto legal. La justificación de semejante tesis, que desafía nuestras convicciones más elementales acerca del lenguaje del derecho, debería contar con fundamentos muy poderosos. Ese no parece ser el caso del punto de vista que estamos examinando. Repárese, en primer lugar, en que los casos que examinan Kripke y Putnam para justificar la idea de que el lenguaje no es completamente convencional se refieren solamente a nombres propios y nombres de géneros naturales, como 'agua', que solo cubren un espectro muy limitado de los términos que se utilizan en el discurso jurídico. De manera que incluso aceptando las ideas centrales de la teoría causal de la referencia, ella no constituye fundamento suficiente como para justificar la tesis de la única respuesta correcta.

Es más, considérese un ejemplo como la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Nix v Hedden*, reseñado al comienzo. Desde luego, desde una posición como la de Moore se podría sostener que la decisión de la Corte fue equivocada, porque los tomates son por esencia frutas y no vegetales. Sin embargo, más allá de cuál sea la opinión que nos merezca la decisión de fondo, lo que parece indiscutible es que en el ámbito del derecho pueden existir argumentos para justificar la asignación de significados especiales a ciertos términos. Piénsese en un caso como el siguiente: en el artículo 163 inciso 6 del Código Penal Argentino se agrava el delito de hurto cuando '*... fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público*'. Así como en el famoso ejemplo de la regla 'No se admiten vehículos en el parque', discutido por Hart y Fuller,²⁶ el citado artículo ha motivado diferentes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de si debe considerarse hurto agravado el hurto de una bicicleta.²⁷ Disputas como esta no resultan saldadas respondiendo a la pregunta sobre si las bicicletas son o no 'vehículos' de acuerdo con sus propiedades esenciales o incluso de acuerdo con el uso corriente de tal expresión en el lenguaje ordinario, pues si bien no se trata del caso más claro o paradigmático de aplicación del término, parecería que en general correspondería responder afirmativamente a ese interrogante. Sin embargo, eso todavía no despeja la duda acerca de si las bicicletas pueden considerarse 'vehículos' para el derecho en general, para el derecho penal argentino en particular y, más específicamente, a los fines de la aplicación de esta agravante. Esto muestra que en el derecho pueden persistir discusiones interpretativas y casos problemáticos de aplicación de las normas jurídicas con total

independencia de la aceptación o no del realismo semántico, lo que hace que este último resulte insuficiente para fundar la tesis de la única respuesta correcta.

Pero además, aun restringiendo la atención a los nombres propios y las clases naturales, la teoría causal de la referencia resulta problemática. Por una parte, ella no parece poder explicar satisfactoriamente cómo podría cambiar la referencia con el tiempo. Kuhn señalaba, considerando el ejemplo de Putnam de las Tierras Gemelas, que el término 'agua', tal como era usado en la química de 1750, no es ni correferencial ni coextensivo respecto del sentido en el que es usado en la química actual. Hoy la extensión del término 'agua' comprende el conjunto de las muestras de agua, sin importar si su estado es sólido, líquido o gaseoso. En cambio, en la química de 1750 se consideraba que diferentes sustancias químicas se correspondían con cada uno de estos tres diferentes estados, de manera que en la química de 1750 se consideraba que una propiedad esencial del agua era ser líquida. De acuerdo con Kuhn, en la comprensión de la química de 1750, un trozo de hielo no hubiera pertenecido a la extensión del término 'agua', mientras que sí pertenece a ella desde la perspectiva de la química actual.²⁸ Por consiguiente, su referencia no se habría mantenido estable.²⁹

Es posible, en cambio, dar cuenta de los géneros naturales desde una concepción alternativa puramente convencional sin la necesidad de asumir los costos que debe pagar la teoría causal de la referencia. Por ejemplo, una cierta reacción química podría considerarse un *síntoma* de la identificación del oro, pero que el oro sea un tipo de metal y que sea brillante constituirían *criterios de uso*. El que se produzca una cierta reacción química, en tanto síntoma, no formaría parte del significado de oro, mientras que los criterios del uso definirían qué significa 'oro'. Por ello, según Marmor, en estos predicados un cambio en la referencia importaría solo una revisión de los síntomas, no del significado. Por el contrario, un cambio en los criterios de uso sí conllevaría un cambio en el significado.³⁰

La teoría causal de la referencia presenta, además, otro problema, que ha sido denominado el '*qua problem*',³¹ que pondría de manifiesto que la fijación de la referencia no sería puramente causal. Una relación causal por sí sola sería insuficiente para fijar la referencia, porque podría existir más de un candidato posible como referente de un término. Devitt lo expone en los siguientes términos:

¿Qué es lo que vincula el nombre 'Nana' con mi gata muerta más que con una de sus partes, espacial o temporal? ¿Cómo se vincula 'gato' con los gatos más que con los felinos, los mamíferos u otras muchas cosas? Dudo que las teorías histórico-causales por sí solas tengan recursos suficientes para resolver este problema.³²

Para poder llamar 'gato' a un determinado ente se tiene que saber, al menos, el tipo de ente que es la cosa a ser nombrada, ya que con ese término se puede hacer referencia a la clase de los gatos, o a las cosas peludas, a las cosas que tienen cola, etc. Y saber qué tipo de ente se está nombrando presupone que se lo ha conceptualizado, es decir, que se lo ha subsumido en un cierto predicado.³³ Por consiguiente, para que sea posible fijar la referencia y así evitar la ambigüedad, es necesario presuponer una cierta descripción en la cual pueda subsumirse el objeto en cuestión, lo cual importa el rechazo de la teoría causal. Argumentos como estos muestran que incluso las bases mismas de la estrategia utilizada para intentar justificar de este modo la tesis de que siempre existe una única respuesta jurídicamente correcta y, en función de ello, para entender a la interpretación

jurídica como una tarea puramente cognoscitiva, no tienen la solidez que a primera vista parecerían presentar.³⁴

Otra alternativa teórica que desde una perspectiva distinta ha intentado justificar la existencia de una única respuesta jurídicamente correcta es la desarrollada por Ronald Dworkin. Dworkin sostiene que el derecho es una práctica interpretativa: los derechos y deberes estarían determinados por aquellos principios que suministran la mejor justificación de ciertas prácticas políticas de una comunidad.³⁵ En la teoría dworkiniana, el objetivo de la interpretación consistiría en suministrar esa justificación.³⁶ En términos generales, para Dworkin la interpretación consistiría en examinar el propósito del objeto o práctica a interpretar a fin de mostrarlo bajo su mejor luz, esto es, para hacer de él el mejor ejemplo posible de la forma o género al que pertenece.³⁷ Los desacuerdos que se puedan presentar en torno a algún término o cláusula no expresarían un desacuerdo acerca de las convenciones lingüísticas que determinan su significado, sino que revelarían las diversas concepciones que distintas teorías ofrecen del concepto en cuestión.³⁸

El desarrollo de una teoría interpretativa no es fácil, según Dworkin, ya que abogados igualmente razonables podrían estar en desacuerdo acerca de cuál sea la mejor teoría en los denominados 'casos difíciles'. Pero la presencia de desacuerdos en torno a ciertos casos no implicaría que no haya una respuesta correcta, o una única teoría correcta que indique cuáles son las respuestas para los casos difíciles y, en definitiva, que indique cuál es la mejor versión del derecho.

Dworkin apoya su teoría de la única respuesta correcta en un paralelo entre un ejercicio de crítica literaria y el derecho. Los positivistas, a juicio del profesor norteamericano, entienden al derecho como una práctica en la que los participantes afirman o niegan los enunciados jurídicos solo si un determinado participante, por ejemplo, un legislador o un juez, emitió un mandato determinado o emitió el mandato contrario. Dworkin, en cambio, entiende al derecho como una empresa en la que los participantes afirman o niegan enunciados que suministran una mejor o peor adecuación con la teoría política que ofrece la mejor justificación para los enunciados jurídicos ya establecidos. Si se opta por esta reconstrucción, según Dworkin, sería raro que no haya una respuesta que suministre una mejor adecuación en ese sentido.³⁹

Dworkin rechaza lo que él denomina la *tesis de la demostrabilidad*, que sostendría que si no puede demostrarse la verdad de un enunciado, una vez que todos los hechos relevantes para su verdad sean o bien conocidos o bien estipulados, entonces no puede ser verdadero.⁴⁰ Esta tesis sería, por ejemplo, aceptada por un empirismo estricto en metafísica. A su juicio, la verdad de los enunciados jurídicos estaría determinada por otro tipo de hechos. Afirma que si existieran hechos morales, esto haría falsa la tesis de la demostrabilidad, pero Dworkin prefiere no argüir a favor de la existencia de hechos morales. Sostiene en cambio, a partir de la analogía literaria, que lo que determinaría la verdad de los enunciados jurídicos serían hechos de consistencia narrativa.⁴¹ Los hechos de consistencia narrativa no supondrían, por ejemplo, que un determinado personaje de una novela sea una persona real, sino que darían argumentos que permitirían apreciar a la novela en su mejor reconstrucción. La existencia de estos hechos sería interna respecto de la práctica literaria y, por lo tanto, no supondría que haya un mundo externo a la práctica que sirva para comprobar la verdad de los enunciados relativos a ella.⁴² Lo importante, según Dworkin, sería considerar si la verdad de tales enunciados permite una mejor comprensión, una explicación más satisfactoria de la novela.⁴³

De la misma manera, un enunciado jurídico sería verdadero si la mejor justificación que pudiera ofrecerse del sistema jurídico suministra una mejor justificación para él que para el enunciado contrario.⁴⁴ Para establecer la mejor interpretación a la vista de los materiales jurídicos disponibles deberían seguirse dos parámetros: la *dimensión de adecuación* y la *dimensión de justificación político-moral*.⁴⁵

De acuerdo con la dimensión de adecuación, una teoría política sería una mejor justificación de los materiales jurídicos existentes si da cuenta mejor que otras del derecho histórico y del derecho vigente. Si se diera el caso que varias teorías ofrecieran diversas justificaciones que se adecuan a los materiales jurídicos, sería la dimensión de justificación político-moral la que permitiría individualizar la interpretación que sea mejor desde el punto de vista sustantivo.⁴⁶ Esto, según Dworkin, conduciría a que prácticamente en todos los casos haya una única respuesta correcta que supere el test de ambas dimensiones.

Dworkin reconoce que los jueces pueden no ser capaces de descubrir cuál es la respuesta correcta, y que deberán entonces elegir entre varias respuestas respecto de las cuales jueces razonables podrían estar en desacuerdo. Por eso, para la elaboración de una teoría que permita solucionar los casos difíciles e indicar las respuestas correctas para todos ellos, Dworkin recurre a un súper-intérprete, a un modelo de juez ideal, el mítico Hércules: '*un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas*'.⁴⁷ Hércules sería desde luego solo una ficción, de modo que el proyecto de interpretar el derecho siempre sería una tarea en proceso, en la búsqueda permanente de criterios objetivos para encontrar la mejor interpretación de su contenido.⁴⁸

Con lo dicho hasta aquí cabe ya apuntar un primer problema en la fundamentación de Dworkin de la tesis de la única respuesta correcta. Si Dworkin tiene razón, y los hechos que determinan la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos son internos respecto de la práctica, y la práctica jurídica es una práctica argumentativa que ofrece razones en apoyo de una cierta interpretación, la tesis de la única respuesta correcta debería ser considerada, igualmente, como una tesis interna respecto de esa práctica. No sería una tesis *acerca* de la práctica que sostiene que la interpretación es un proceso cognoscitivo, sino una tesis normativa que sostiene que los actores del derecho deben intentar justificar lo que a su criterio sea la mejor interpretación posible. Bajo esa lectura, la tesis de la única respuesta correcta sería en un todo compatible con cualquier postura acerca de la interpretación jurídica, y resultaría además enteramente trivial.

Pero independientemente de esta cuestión, es importante advertir que la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta, pese a que al igual que la versión de Moore depende en gran parte de consideraciones vinculadas a la moral, no pretende apoyarse en el objetivismo moral. Dworkin sostiene que se puede asumir alguna forma de objetivismo en materia jurídica sin que esto nos comprometa con un objetivismo de tipo moral. Rechaza así posiciones como las de Mackie, quien estima que solo se puede sostener la tesis de la respuesta correcta si se asume la objetividad moral, y cuando esta última es cuestionada –como Mackie de hecho lo hace– ella debería abandonarse. En palabras de Mackie:

... lo que el derecho es, en opinión de Dworkin, puede depender de forma crucial de lo que es moralmente mejor –lo que es mejor, no lo que es convencionalmente considerado mejor en una sociedad ... los juicios morales de este tipo tienen un elemento subjetivo irreducible. Si es así, entonces la teoría del Profesor Dworkin

infunde automáticamente la correspondiente subjetividad a los enunciados acerca de lo que el derecho es.⁴⁹

Dworkin se defiende de este cargo analizando el concepto de objetividad que, según él, se encuentra implícito en lecturas escépticas como la de Mackie, y efectúa una propuesta que se aparta de la tradicional distinción entre metaética y ética normativa. Rechaza en general los enfoques que denomina ‘arquimedeanos’, que pretenderían permanecer fuera de un determinado cuerpo de creencias y juzgarlas desde premisas o actitudes ajenas a ellas,⁵⁰ esto es, distinguir entre el discurso de primer nivel de la práctica sometida a estudio y el discurso de segundo nivel o meta-discurso, en el que se exploran los conceptos y los juicios del primer nivel, cuyos enunciados serían conceptuales o descriptivos.⁵¹ En consecuencia, para Dworkin no se puede hablar acerca de la moral desde fuera de ella, y no se puede hablar del derecho desde fuera de él:

Sostengo que incluso esta forma selectiva de escepticismo arquimedeano está mal concebida. Cualquier argumento exitoso –en realidad, cualquiera inteligible– de que las proposiciones evaluativas no son ni verdaderas ni falsas debe ser interno al ámbito evaluativo más que arquimedeano a su respecto. Entonces, por ejemplo, la tesis de que no hay respuesta correcta a la pregunta de si el aborto es algo malo es en sí misma una afirmación de carácter moral y sustantivo que debe ser juzgada y evaluada de la misma manera que cualquier otra afirmación de carácter moral y sustantivo; la tesis de que no hay una respuesta correcta a la pregunta de cómo debe ser entendida una cláusula de la constitución es una afirmación jurídica, que debe ser, nuevamente, juzgada o evaluada como otra afirmación jurídica ... De manera que esta forma selectiva de escepticismo debe ser limitado. No podemos ser escépticos, incluso respecto de valores, sin reserva alguna.⁵²

De manera que, para Dworkin, toda afirmación supuestamente metaética respecto de la objetividad de los juicios morales sería en verdad una afirmación moral interna. Cuando el escéptico externo o ‘arquimedeano’ niega la objetividad de los juicios de valor y, por ejemplo, afirma que al decir ‘la esclavitud es objetivamente injusta’ solo se están expresando o proyectando convicciones morales, no estaría haciendo una afirmación externa respecto de la práctica de la argumentación moral en la que esa afirmación surge.⁵³ ‘La esclavitud es objetivamente injusta’ sería simplemente una afirmación moral interna por medio de la cual se remarcaría la proposición ‘la esclavitud es injusta’. Dworkin considera que no se utiliza el lenguaje de la objetividad para darles una base metafísica a los juicios morales, sino simplemente para darles mayor énfasis, para darles mayor precisión o esclarecer su contenido (por ejemplo, para diferenciar las afirmaciones morales de las de los simples gustos), o bien para indicar que se los sostiene de manera impersonal para todos. De ello concluye que, si el escepticismo niega la objetividad, esa negación debería ser entendida como una tesis de moral interna: el escepticismo solo podría tener sentido como escepticismo interno.

La postura de Dworkin consiste en sostener que el escepticismo externo es autocontradictorio, ya que su conclusión de que ningún juicio moral es verdadero (por falso o carente de valor de verdad) importaría un juicio moral de primer orden, y un juicio moral de primer orden solo podría justificarse apelando a premisas morales, pues de lo contrario incurriría en la falacia de Hume, esto es, en la pretensión de derivar una conclusión normativa a partir de premisas no normativas.⁵⁴ De manera que la postura del escéptico externo en realidad colapsaría con la del escéptico interno.

Si bien la argumentación completa de Dworkin es muy sofisticada como para intentar hacerle justicia aquí con esta breve reseña, no puede desconocerse que existe un fuerte aire de paradoja en todo el razonamiento. En primer lugar, el escepticismo externo sería para Dworkin ininteligible porque pretendería rechazar algo que no tendría sentido sostener, esto es, que hay hechos morales que determinan la verdad o falsedad de nuestros juicios morales. No obstante, esto es exactamente lo que sostiene el escéptico externo: que no hay hechos morales o que los juicios morales carecen de valores de verdad. Con esto Dworkin le ha concedido al escéptico todo lo que este pretende defender, y el resto de la argumentación de Dworkin no sería más que una especulación sobre las presuntas consecuencias normativas que se derivarían de esa tesis metaética.

En segundo lugar, supongamos que Dworkin tuviera razón y el escepticismo externo fuese imposible. Ello sería así, según Dworkin, porque pretender referirse a la moral 'desde fuera' de ella es algo que no puede hacerse. Pero entonces ¿no sería igualmente imposible examinar 'desde fuera' al escepticismo externo y predicar que se trata de una posición indefendible? ¿Desde dónde nos está hablando Dworkin? Si a su juicio el escéptico externo no puede formular proposiciones acerca de la moral –como lo sería el que los juicios morales no son objetivos– ¿cómo es posible que para justificar tal aserto el propio Dworkin las haga –como cuando sostiene que afirmar 'Objetivamente es el caso que la esclavitud es injusta' es simplemente una forma enfática de decir 'La esclavitud es injusta'–? Esto no parece tener sentido, pero la única interpretación alternativa disponible es que cuando Dworkin califica como imposible o ininteligible a la postura del escéptico externo, lo que en realidad está haciendo es una crítica moral a su posición.

Para decirlo de otro modo, si con su afirmación de que predicar objetividad de un juicio moral es simplemente un modo de enfatizarlo Dworkin estuviese formulando una tesis acerca de la semántica del discurso moral, entonces no podría negarle al escéptico externo que pueda sostener igualmente ciertas tesis semánticas o filosóficas acerca del discurso moral. Como alternativa podría considerarse que con la afirmación comentada Dworkin no pretende estar formulando una tesis acerca del significado del discurso moral sino una tesis moral. En tal caso, diría algo parecido a 'Es moralmente condenable sostener que predicar objetividad de nuestros juicios morales sea algo distinto a sostener esos juicios morales con mayor énfasis'. Pero entonces la respuesta del escéptico sería todavía más fácil: los reparos morales que puedan dirigirse contra cierta tesis filosófica no obstan a su verdad. En cualquiera de las dos alternativas consideradas la posición del escéptico externo podrá considerarse justificada o no, pero no tendría nada de ininteligible ni de imposible.

Obsérvese además que pese al papel central que en la argumentación de Dworkin ocupa la distinción entre lo 'interno' y lo 'externo' respecto de la moral, el profesor norteamericano se abstiene de definir qué es lo que entiende por la 'moral' cuyos límites presupone la distinción. Como ha señalado Caracciolo, si el presupuesto de Dworkin es que hay un único dominio moral, debe tenerse en cuenta que es justamente esa presuposición la que rechaza el escéptico. Según Caracciolo, si tomamos un conjunto de creencias de primer orden que incluya proposiciones del tipo 'La esclavitud es injusta', la verdad de tales proposiciones dependerá del concepto de justicia que se asuma. Pero como estamos en un nivel de creencias de primer orden –que, recordemos, para Dworkin es el único inteligible– esto no excluye la posibilidad de otros conceptos de justicia y, por lo tanto, la posibilidad de otros dominios morales. La discusión en torno a si la esclavitud es injusta se desarrollará en cada uno de esos dominios, en una pluralidad de dominios. Por supuesto, podría afirmarse que entre esa pluralidad de dominios morales solo uno es el objetivamente

correcto, o el 'verdadero' dominio moral, porque tiene incorporado el concepto de justicia 'correcto'. Pero el criterio para establecer cuál es el dominio correcto solo puede formularse desde fuera de ellos, porque desde el punto de vista interno de cada práctica, cada una de ellas es entendida como el dominio correcto.⁵⁵ En conclusión, Dworkin no ofrece ningún argumento para justificar que existiría un único dominio o práctica moral, y si se admite que puede existir más de uno, Dworkin no puede argumentar que solo uno de ellos es correcto sin aceptar que se puede hablar de la moral desde fuera de ella.

Pero supongamos que los argumentos de Dworkin en contra del escepticismo moral (externo) fueran convincentes. Restaría todavía evaluar si su particular objetivismo es viable para dar apoyo a la tesis de la única respuesta correcta. Se ha sugerido en los últimos años que podría reconstruirse el objetivismo de Dworkin a partir del modelo del realismo interno introducido por Putnam.⁵⁶ Putnam propone no identificar lo verdadero con lo verificado, sino identificarlo con la aceptabilidad bajo condiciones epistémicas suficientemente buenas.⁵⁷ Siguiendo esa idea, Coleman y Leiter han desarrollado un objetivismo modesto, en el que la verdad es también entendida como justificación bajo condiciones epistémicas ideales.⁵⁸ El objetivismo modesto sostiene que aquello que parece correcto bajo condiciones epistémicas ideales determina lo que es correcto. En la teoría de Dworkin, esas condiciones epistémicas ideales estarían representadas por el juez Hércules, que '*acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción*',⁵⁹ acepta el derecho como integridad, es decir, que '*el derecho está estructurado como un conjunto de principios coherentes acerca de la justicia, la equidad y el debido proceso*',⁶⁰ y exige que los casos que se le presentan se adecuen a esos principios.

Sin embargo, estas condiciones ideales tampoco garantizan la existencia de una única respuesta correcta para cualquier controversia jurídica. Cuando Putnam sostiene que afirmar que un enunciado es verdadero equivaldría a afirmar que estaría justificado, de ello no se sigue que la verdad como justificación garantice la bivalencia⁶¹ y, consecuentemente, que todos los enunciados de algún sector del conocimiento –en nuestro caso, los jurídicos– tengan valor de verdad. Puede que el valor de verdad de algunos enunciados resulte indeterminado ya que:

... si tanto un enunciado como su negación pueden ser justificados, no tiene sentido pensar que tal enunciado posee un valor de verdad, incluso si las condiciones fueran tan ideales como uno pudiera desear.⁶²

Se podría argumentar que justamente en esos casos es en los que entraría en juego el balance entre la dimensión de ajuste y la dimensión de justificación para garantizar un resultado unívoco. Sin embargo, la idea de que a partir de ese doble test siempre es posible obtener una 'mejor interpretación' y, por lo tanto, una única respuesta correcta, tampoco parece debidamente justificado, pues se estaría descartando sin razón alguna la posibilidad de que en ocasiones interpretar sea más una cuestión de presentar al objeto en cuestión bajo alguna luz, o bajo una luz diferente, que bajo la *mejor* luz.

Como lo señala acertadamente Marmor, el supuesto del que parte Dworkin es que, salvo que el intérprete intente presentar un texto bajo su mejor luz, no habría ninguna razón para prestar atención a la interpretación ofrecida.⁶³ Sin embargo, ese presupuesto es erróneo: hay muchas situaciones en las que una interpretación puede resultar interesante, atractiva y digna de atención a pesar de no presentar el objeto en su mejor luz. Marmor afirma, por ejemplo, que una interpretación psicoanalítica de Hamlet podría resultar muy interesante y seguramente digna de

atención, a pesar de que ella no necesariamente vuelve a la obra mejor que otras interpretaciones más tradicionales. De manera que este presupuesto de Dworkin resultaría enteramente infundado.

Pero además, la tesis dworkiniana de que la interpretación consiste en presentar el objeto a interpretar bajo su mejor luz asume que en todos los casos es posible un juicio concluyente acerca de qué es lo que lo vuelve el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, una asunción igualmente infundada puesto que ignora el problema de la inconmensurabilidad.⁶⁴ Un aspecto manifiesto en el que la interpretación en el derecho se parece a la interpretación artística es, precisamente, que en ambas existen innumerables casos que no pueden compararse entre sí para determinar cuál es mejor o peor. ¿Cuál es la mejor versión de 'Helter Skelter': la de The Beatles en *The White Album*, la de Aerosmith en *Pandora's Box*, la de U2 en *Rattle and Hum* o la de Oasis en *Familiar to Millions*? De hecho, ¿hay una que sea mejor que las demás en cualquier aspecto? Lo mismo vale para la interpretación jurídica: a veces no es posible considerar si es mejor una interpretación literal de cierta formulación normativa o, por caso, una que atienda a la intención del legislador, si es que ellas ofrecen resultados diferentes. En este sentido, la analogía aquí entre la interpretación jurídica y la artística, lejos de apoyar la tesis de la única respuesta correcta no hace sino refutarla.

Como puede apreciarse, ni argumentos como los de Moore ni argumentos como los de Dworkin parecen aptos para garantizar la viabilidad del *noble sueño* y justificar que la operación de interpretación en el derecho resulte siempre de carácter puramente cognoscitivo.

11.3. La tesis de la indeterminación radical

Para ciertos teóricos los jueces nunca aplican un derecho preexistente a los casos que resuelven, sino que siempre crean derecho. La imagen del juez como un experto, objetivo, imparcial y erudito, encargado de 'declarar' el derecho, sería una ilusión, y las expectativas que ella concita estarían condenadas al fracaso, en una versión extrema siempre, y en una más moderada con gran frecuencia. Para Hart, esta visión de la interpretación, a la que denomina la *Pesadilla*, se presenta no solo como una característica de ciertos casos difíciles de toma de decisiones judiciales, sino más bien como si la toma de decisiones judiciales fuese esencialmente una forma de creación de derecho y nunca importase la aplicación de una norma preexistente respecto de un caso.⁶⁵ La versión más tradicional de esta concepción está representada por el *realismo norteamericano*, una escuela que surgiera en las décadas de los años '20 y '30 del siglo XX, entre cuyos representantes se cuentan Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, entre otros, que reaccionó frente al formalismo jurídico de su época, según el cual las normas siempre justificarían un resultado unívoco en todo caso.

Los realistas sostenían que el derecho se encuentra esencialmente indeterminado, tanto porque las razones jurídicas disponibles no justificarían una decisión unívoca como porque las razones jurídicas no serían suficientes para explicar, desde el punto de vista causal, por qué los jueces deciden de una determinada manera.⁶⁶ Esta indeterminación del derecho se pondría de manifiesto especialmente en la existencia de diferentes cánones o métodos de interpretación, todos ellos igualmente legítimos pero que podrían ofrecer resultados en conflicto, con lo que frente a una misma regla podría justificarse más de una interpretación diferente.⁶⁷ Como lo señala Tushnet, los realistas americanos sostenían que:

Una vez que un abogado hábil analizó un problema y llegó a una respuesta, un abogado más hábil podría continuar el análisis para demostrar que la respuesta debería ser exactamente la opuesta.⁶⁸

Pero además los realistas consideraban que el derecho sería indeterminado desde un punto de vista causal, porque los jueces al momento de decidir se verían más influenciados por las circunstancias particulares del caso individual a resolver, por su propia psicología e idiosincrasia o por cuestiones de presión social o política, que por las normas aplicables al caso.⁶⁹ Desde una postura realista más moderada, también Alf Ross afirmaba que las normas por sí solas no pueden determinar una decisión jurídica. La interpretación sería un acto de naturaleza constructiva que no solo tendría en cuenta a las normas jurídicas, sino que también importaría presuposiciones tácitas, prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones que existirían en la tradición jurídica que rodea al legislador y al juez y que incidirían causalmente en la determinación de la decisión judicial.⁷⁰

La escuela realista perdió gran parte de su fuerza tras las objeciones que Hart le dirigiera en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*.⁷¹ En primer lugar, Hart rechaza la tesis realista según la cual '*... hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas*'.⁷² Hart muestra la inconsistencia en la que se incurre al rechazar, por un lado, la relevancia de las reglas y, por el otro, afirmar la existencia de decisiones judiciales, ya que para poder hablar de decisiones judiciales es preciso presuponer reglas que confieren potestades a ciertos individuos y autoridad a sus decisiones. Respecto de la tesis realista que sostiene que el derecho resulta indeterminado y que de hecho las decisiones de los jueces están motivadas por factores extrajurídicos, sostiene que ello es una gran exageración. El escéptico sería un absolutista desilusionado: como las reglas no son lo que el formalista sostiene, el escéptico expresaría su desilusión negando que haya o pueda haber regla alguna. Para Hart, del hecho de que el derecho posea textura abierta, que existan reglas que tengan excepciones que no puedan ser enumeradas taxativamente, no se sigue en absoluto que sea completamente indeterminado.⁷³

En las décadas de los '70 y '80 del siglo XX esta idea indeterminista fue retomada por los representantes de la corriente denominada *Critical Legal Studies*.⁷⁴ Sus defensores intentaron demostrar que la idea de que el derecho determina normativamente las conductas sería ficticia y que, por lo tanto, las decisiones judiciales obedecerían a criterios políticos y no neutrales. El derecho no sería determinado, ni objetivo, ni neutral.⁷⁵

La escuela de los *Critical Legal Studies*, reivindicando la tradición marxista, sostenía que el derecho es el reflejo de las estructuras económicas. Lo que determinaría las decisiones judiciales no serían ni los textos jurídicos, ni la intención del legislador, ni un juez ideal al estilo del Hércules de Dworkin, sino la estructura económica sobre la que se asentaría el sistema jurídico y político. La interpretación sería una actividad estratégica:⁷⁶ las teorías de la interpretación solo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces, que responderían a determinadas ideologías. Las personas cuyos intereses no se fundan en la ideología presente en la superestructura política se transformarían en grupos desaventajados dentro de la comunidad, de modo que la interpretación se presentaría como una herramienta para otorgar un ropaje de legitimidad a la exclusión política. A la hora de interpretar un término o texto no se haría otra cosa que racionalizar la ideología del grupo dominante.

Esta concepción indeterminista, desarrollada en particular en el ámbito del derecho constitucional estadounidense, sostenía que el apego a la ley y el respeto a las decisiones judiciales, aun cuando justificara para los casos particulares una concepción de los derechos más cercana a los ideales liberales y de izquierda como, por ejemplo, los fallos de la *Corte Warren*,⁷⁷ provocaría un efecto indeseable: el de intentar atribuir legitimidad a un sistema jurídico que debería ser considerado corrupto pues no garantizaría justicia para todos.

Las objeciones políticas de los *Critical Legal Studies* contra la configuración de los sistemas jurídicos de corte liberal podrán compartirse o descalificarse,⁷⁸ pero ello es completamente irrelevante respecto de si resulta o no plausible la concepción de la interpretación que presuponen. Al respecto, los partidarios de la tesis de la indeterminación radical sostienen que nunca es posible asignar un significado a las reglas generales ya que estas son solo ‘recipientes vacíos’.⁷⁹ Y a fin de justificarlo han buscado apoyo en la lectura escéptica de las reflexiones de Wittgenstein en las *Investigaciones Filosóficas* acerca del seguimiento de reglas.⁸⁰

De acuerdo con una sugerente lectura ofrecida por Kripke, los argumentos allí expuestos por Wittgenstein permitirían concluir que no existe ningún hecho acerca de nuestro uso pasado de una expresión lingüística –como, en general, ningún hecho relativo a las aplicaciones de una regla en el pasado– que de alguna manera restrinja, limite o guíe nuestros usos futuros de ese término –nuestras aplicaciones de la regla en el futuro:⁸¹ cualquier curso de acción podría hacerse corresponder con una cierta regla. Para ejemplificarlo, Kripke propone partir del supuesto de que el cálculo $68 + 57$ nunca se ha efectuado con anterioridad. Al realizarlo se obtiene el resultado 125, al cual se considera correcto tanto en el sentido aritmético de que 125 es la suma de 68 y 57, como en cuanto a la función que denota la palabra ‘más’. Pero un escéptico podría, según Kripke, objetar la corrección de la respuesta y el sentido metalingüístico que se le atribuyó a la palabra ‘más’. Podría afirmar que en virtud de los usos pasados de ‘más’ y ‘+’, se debería haber respondido 5 en lugar de 125, porque tales usos denotaban en realidad una función matemática diferente a la adición: la ‘tadición’, una operación equivalente a la adición siempre que el resultado sea menor o igual a 57, en tanto que en cualquier otro caso ella daría por resultado 5.

Para refutar al escéptico habría que poder identificar algún hecho acerca del uso pasado del símbolo ‘+’ o de la palabra ‘más’ que excluyera la posibilidad de interpretarlos como si denotaran la regla de la tadición. Pero si el cálculo $68 + 57$ nunca se había realizado antes, si nunca antes se habían considerado cálculos semejantes donde los términos contuvieran números mayores a 57, entonces todos los usos pasados de ‘+’ concordarán tanto con la función ‘más’ como con la función ‘tás’. En conclusión, Kripke afirma:

Esta es, pues, la paradoja escéptica. Que yo responda de una u otra manera al problema ‘ $68+57$ ’, no puede justificar una respuesta más que otra. Puesto que no se le puede responder al escéptico que supone que yo hablaba de *tás*, no hay ningún hecho acerca de mí que distinga entre mi hablar de *más* y mi hablar de *tás*. En verdad, no hay ningún hecho acerca de mí que distinga mi referencia mediante ‘más’ a una función definida (la cual determina mi respuesta en nuevos casos) y mi no referirme a nada en absoluto.⁸²

Proyectando esta paradoja a la interpretación jurídica, se ha pretendido sostener que, como cualquier comportamiento podría ser considerado como un caso tanto de seguimiento como de no seguimiento de una cierta norma, no habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma

jurídica. De acuerdo con esta posición, las palabras y, por lo tanto, las reglas formuladas en el lenguaje, no tendrían ningún significado intrínseco, de manera que no podrían establecer por sí mismas el ámbito de su aplicación. Basados en esta idea, los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea siempre creativa y determinante del significado y alcance de las reglas. La interpretación sería así siempre una tarea, no de conocimiento, sino de valoración y decisión.

Si los partidarios de la tesis de la indeterminación radical estuviesen en lo cierto, toda formulación en el lenguaje de una norma sería susceptible de un número indeterminado de posibles interpretaciones, entre las cuales no existiría pauta de corrección alguna. Los indeterministas concluyen de ello que a lo sumo los juicios de corrección respecto del seguimiento de reglas o, más en general, respecto del uso de una palabra, solo pueden estar basados en el consenso de la comunidad. El supuesto carácter fácil de un caso no sería entonces sino producto de un consenso temporario de la comunidad jurídica, que en la lectura que ofrecen los *Critical Legal Studies* tendría un componente ideológico impuesto por la clase dominante.⁸³

Desde luego, si la interpretación que nos presenta Kripke de los textos de Wittgenstein es o no realmente fidedigna al pensamiento del autor es algo totalmente irrelevante: la cuestión es cómo responder a la objeción escéptica en cuanto al seguimiento de reglas, sea ella atribuible o no a Wittgenstein.⁸⁴ De acuerdo con dicha objeción, solo sería posible saber que se está siguiendo una regla cuando los miembros de la comunidad consideran que se está siguiendo una regla. No es la regla la que provocaría el acuerdo, sino que sería el acuerdo el que constituye la regla. De manera que, si el significado de la regla solo puede ser establecido *a posteriori*, es decir, luego de que se haya testeado que su aplicación goza del acuerdo de los demás miembros de la comunidad, la idea de seguir una regla sería meramente ilusoria.

La objeción así planteada parece más bien una reducción al absurdo: si este razonamiento lleva a la conclusión de que no es posible algo así como seguir reglas, lo cual contradice nuestras prácticas cotidianas de hacer tal cosa y, entre otras cosas, tornaría ininteligible cómo es que podemos, por ejemplo, comunicarnos mediante el lenguaje, eso indica que las premisas de las que el razonamiento parte son inaceptables.⁸⁵ Como resaltáramos en el módulo I, las reflexiones de Wittgenstein respecto del seguimiento de reglas, más que justificar alguna forma de escepticismo frente a ellas, tendrían la finalidad profunda de señalar la necesidad de no confundir a las reglas con sus formulaciones en el lenguaje (sus 'interpretaciones'), ni tampoco con la regularidad de su aplicación.⁸⁶ En este sentido, Wittgenstein afirma con claridad que:

Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos 'seguir la regla' y en lo que llamamos 'contravenirla'. De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solo debe llamarse 'interpretación' a esto: sustituir una expresión de la regla por la otra.⁸⁷

Lo que Wittgenstein rechaza aquí no es que las reglas puedan guiar nuestras acciones, sino que una regla determine una acción por estar de acuerdo con ella *solo en virtud de una interpretación*, es decir, de su traducción en otra expresión lingüística.⁸⁸ No habría nada entre la captación de la regla y su seguimiento:⁸⁹ la relación entre las reglas y sus aplicaciones sería interna.⁹⁰ La comprensión de la regla se pondría de manifiesto en la práctica de seguirla, es decir, de usarla como estándar de corrección. La determinación del significado de las reglas, como de cualquier

signo, no podría requerir siempre de otra formulación de ellas, esto es, de otro signo, sino que se revelaría en las acciones, en la manera en la que son usadas. Interpretar una regla consistiría en sustituir un símbolo por otro; no ofrecería un puente o intermediario entre la regla y sus instancias de uso, que es lo que en definitiva parece llevar a la paradoja escéptica. Como lo expresa McDowell:

El problema de Wittgenstein consiste en mantener el curso entre una Escila y una Caribdis. Escila es la idea de que comprender es siempre interpretar. Podemos evitar Escila resaltando, digamos, que llamar a algo 'verde' puede ser como gritar 'Auxilio' cuando uno se está ahogando –simplemente el modo en que uno ha aprendido a reaccionar a esa situación. Pero entonces corremos el riesgo de navegar hacia Caribdis –la representación de un nivel en el que no hay ninguna regla ... ¿Cómo puede una acción ser nada más que una reacción 'ciega' a una situación, no un intento de actuar de acuerdo con una interpretación (eludiendo así a Escila), y ser un caso de seguimiento de una regla (eludiendo a Caribdis)? La respuesta es: perteneciendo a una costumbre, a una práctica o institución.⁹¹

Esta perspectiva de análisis muestra que la pretensión de buscar apoyo en Wittgenstein para justificar la tesis indeterminista radical no es sino el producto de una lectura deficiente e ingenua. De hecho, en el seno de la propia corriente de los *Critical Legal Studies* en los últimos años se han relativizado algunas de sus tesis más extremas, sosteniéndose que constituiría un error tratar a ese movimiento como una teoría jurídica acabada.⁹²

Una variante mucho más interesante y seria de escepticismo ante las reglas es la que ofrece el realismo italiano, más específicamente genovés.⁹³ Siguiendo a Hernán Bouvier,⁹⁴ podría decirse que entre las premisas básicas de la escuela realista genovesa se cuentan las siguientes:

- (1) la distinción entre formulaciones normativas (textos) y normas (formulaciones interpretadas);
- (2) una formulación normativa se transforma en una norma a través de los enunciados interpretativos (adscriptivos) desarrollados por juristas y jueces;
- (3) las formulaciones normativas admiten más de una interpretación;
- (4) los enunciados interpretativos (adscriptivos) son similares a definiciones estipulativas.

De acuerdo con Pierlugi Chiassoni, la postura realista genovesa (a la que se refiere como *normativismo crítico*) se caracterizaría por las siguientes tesis centrales:⁹⁵

- (1) distinguir, por un lado, entre normas (que serían el resultado de la interpretación) y formulaciones normativas (textos) y, por el otro, entre normas expresas y normas implícitas;
- (2) sostener que la identificación de normas, expresas o implícitas, así como de contradicciones, redundancias, lagunas, jerarquías, etc., son operaciones dependientes de la interpretación, o *interpretativamente cargadas*;

(3) afirmar que la interpretación judicial nunca es resultado de un puro acto de conocimiento: toda decisión sería también una estipulación acerca del significado jurídicamente correcto de las formulaciones normativas. El hecho de que los jueces se apeguen al significado claro de las normas jurídicas en los casos fáciles no sería una postura puramente cognoscitiva, pues supondría la decisión de conformarse con la interpretación mayoritaria o de utilizar el argumento interpretativo estándar en ese contexto;

(4) considerar que no existe correspondencia biunívoca entre formulaciones normativas y normas expresas;

(5) Afirmar que los legisladores y otros órganos *prima facie* competentes para 'dictar normas generales' no producen en realidad normas sino formulaciones normativas.

De estas dos reconstrucciones básicamente coincidentes debemos decir que, desde luego, tanto la idea de que ha de distinguirse entre normas y formulaciones de normas, como la idea de que la identificación de contradicciones, lagunas o redundancias, dependen de la interpretación, resultan incuestionables. Decir que las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, o que no hay correspondencia biunívoca entre formulaciones normativas y normas, en cambio, si bien parecen en principio afirmaciones admisibles, en realidad son el resultado de falacias de generalización inadecuada. En muchos casos las formulaciones normativas admiten más de una interpretación, pero esto no vale irrestrictamente para cualquier formulación normativa: podría haber algunas que se correspondan biunívocamente con una única norma.

El hecho de que una formulación normativa admita diversas interpretaciones en función del método interpretativo utilizado no implica que no haya casos que sean resueltos del mismo modo por todas las interpretaciones admisibles. Nada impide llamar *casos fáciles* a estos casos uniformemente resueltos por todas esas interpretaciones. Además, respecto de algunas formulaciones normativas la comunidad jurídica no solo converge en admitir un conjunto de métodos interpretativos utilizables, sino también en el uso de un concreto método y en la identificación de un específico significado. Cuando la constitución española establece, por ejemplo, que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, los juristas convergen en una interpretación que podríamos llamar literal, descartando otras posibles (por ejemplo, aquella que computara los años desde el momento de la concepción y no del nacimiento, aquella que considerara que lo relevante es la madurez propia de los dieciocho años, de modo que una joven aventajada de dieciséis pudiera también tenerla, etc.). Por supuesto, esa convergencia puede ser desafiada e incluso puede ocurrir que el desafío tenga éxito y se logre cambiar la interpretación. Pero que una convención pueda cambiar no autoriza a negar la existencia de convenciones. También esto, por supuesto, puede suceder con la interpretación en el lenguaje ordinario, y no por ello sostenemos que no sea posible identificar significados correctos. Por consiguiente, cuando hay una convención lingüística asumida por la comunidad jurídica de referencia se puede hablar de corrección interpretativa con carácter relativo a esa convención.

De todas maneras, de las tesis especificadas por Bouvier y Chiassoni, las más problemáticas son las restantes. Es desde luego correcto que los legisladores y demás órganos competentes para la producción jurídica dan a conocer ciertos textos o formulaciones normativas, pero no meros signos sino textos dotados de algún sentido. La función que se persigue con la producción de tales textos no es simplemente manchar papeles sino regular la conducta mediante normas. La circunstancia de que las formulaciones que dan a conocer puedan tener casos problemáticos de aplicación o a

veces dar lugar a más de una interpretación no debe hacer perder de vista que en la gran mayoría de los casos ellas son comprendidas por sus destinatarios, y estos pueden seguirlas y regular su conducta mediante ellas sin dificultad.

Por la misma razón, tampoco puede admitirse sin ninguna precisión adicional que las formulaciones normativas solo se transformen en normas mediante los enunciados interpretativos de los jueces y juristas. La identificación de las normas jurídicas a partir de los textos dados a conocer por las autoridades normativas requiere interpretar esos textos, pero eso no significa que antes de esa operación no haya nada para identificar, ni tampoco que frente a la mayoría de las normas jurídicas sus destinatarios no puedan comprenderlas y seguirlas sin mediación de jueces o juristas. Salvo que se utilice el sentido restringido de interpretación, según el cual en los casos claros no se requiere de interpretación (alcanza con comprender o captar el significado), y se califique como interpretación solo a la atribución de un significado a un texto normativo cuando existen dudas o controversia a su respecto, no es posible considerar que todos los enunciados interpretativos son puramente adscriptivos, porque si fuera así resultaría inexplicable como guiamos nuestras acciones mediante normas o nos comunicamos mediante el lenguaje.

Chiassoni acierta al sostener que la interpretación *judicial* nunca es resultado de un puro acto de conocimiento y que cuando los jueces siguen el significado claro de las normas jurídicas en los casos fáciles, ello supone una toma de decisión. Pero eso se debe a que la función de los jueces consiste en tomar decisiones. La pregunta relevante no es si *decidir* de acuerdo con el significado claro es un acto de conocimiento o de decisión, pues por definición se trata de una decisión: lo relevante es si las normas jurídicas brindan pautas para evaluar la corrección o incorrección de las decisiones judiciales. Si la respuesta a esa pregunta es que no hay ninguna pauta de corrección semejante, lo cual equivaldría a sostener que no existen normas antes de las decisiones de los intérpretes, el escepticismo radical tendría razón y el grueso de nuestras prácticas jurídicas serían una mera ficción.

El propio Guastini, uno de los exponentes más representativos del realismo genovés, ha propuesto distinguir entre un escepticismo interpretativo radical y otro moderado, y considera que el primero es insostenible.⁹⁶ A su juicio, afirmar que una formulación normativa es ambigua es diferente de afirmar que no posee ningún significado. El escepticismo en su versión más radical sostendría esto último: que no existe ningún significado antes de la interpretación, y llevaría, según Guastini, a una serie de consecuencias inaceptables: la inexistencia de reglas o convenciones lingüísticas, la imposibilidad de distinguir entre la comprensión y el malentendido, entre definiciones de diccionarios y estipulaciones. Pero, sobre todo, haría imposible en el marco de la práctica jurídica distinguir entre una decisión 'genuinamente interpretativa', esto es, la elección de uno de los significados disponibles dentro de un marco de significados determinados mediante interpretación cognitiva, y la creación por parte de los intérpretes de nuevos significados y, por ende, de nuevas normas jurídicas.⁹⁷

A diferencia de su versión radical, el escepticismo moderado estaría comprometido con la tesis de que siempre es posible interpretar un texto de múltiples formas distintas y que, por ello, no existirían criterios de verdad para los enunciados interpretativos. La indeterminación del derecho sería el resultado no solo de la vaguedad y la equivocidad de los textos normativos, sino de la actividad de los intérpretes que '*vuelven equívocos textos que fuera de la práctica jurídica no lo serían*', al recurrir a diferentes herramientas conceptuales y argumentativas que les permitirían elegir, respecto de un mismo texto, entre diversos significados posibles.⁹⁸ Desde este punto de

vista, interpretar no consistiría en atribuir cualquier significado a un texto sino uno de aquellos comprendidos dentro del marco de significados *jurídicamente admisibles*.⁹⁹ La admisibilidad de los significados estaría determinada por el uso común, los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas.

Ahora bien, si se toma en serio la tesis de los significados admisibles, esto es, que existe un conjunto de interpretaciones validadas por la comunidad jurídica y otras descalificadas por ella, esto equivale a aceptar la existencia de criterios para delimitar unas de otras. En otras palabras, si una norma determina un marco de decisiones jurídicamente admisibles, entonces las decisiones adoptadas dentro de dicho marco serán correctas (admisibles) y las que lo excedan serán incorrectas (inadmisibles), y así se dispondría al menos en ciertos casos de pautas de corrección (admisibilidad) para las decisiones judiciales a partir de las normas jurídicas.

Sin embargo, el escepticismo supuestamente moderado de Guastini parece rechazar esto al sostener que cada formulación normativa no expresa una única norma sino una multiplicidad de ellas, y que es el intérprete el que opta entre ellas y, al hacerlo, le adscribe un significado, debido a lo cual los enunciados interpretativos carecerían de valor de verdad.¹⁰⁰ Con ello la posición de Guastini se vuelve inestable y sujeta al siguiente dilema: o bien mantiene a ultranza la idea de que la interpretación es una operación siempre adscriptiva y todos los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad, en cuyo caso tendría igualmente que aceptar que las formulaciones normativas carecen de significado antes de la interpretación y devendría indistinguible del escepticismo radical, o bien preserva la idea de que hay interpretaciones admisibles y otras que no lo son, lo cual dependerá de las pautas de corrección existentes en cada comunidad jurídica, con lo que al menos frente a ciertos casos la operación de interpretación no sería puramente adscriptiva y algunos enunciados interpretativos serían susceptibles de verdad o falsedad, pero entonces el escepticismo moderado se tornaría indistinguible de la tesis de la indeterminación parcial que a continuación examinaremos.¹⁰¹

11.4. La indeterminación parcial del derecho

Como se adelantó, Hart sostenía que tanto la visión de que los jueces siempre crean y nunca descubren el derecho que aplican a los litigantes (la *Pesadilla*), como la postura opuesta, que asegura que ellos siempre descubren y nunca crean derecho (el *Noble Sueño*), serían erróneas. La realidad pasaría por un punto intermedio: a veces los jueces harían lo uno y a veces lo otro.¹⁰²

Esta posición respecto de la interpretación, que podríamos denominar *teoría de la indeterminación parcial*, permitiría afirmar que en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas por la autoridad normativa o posibles discrepancias en cuanto a sus alcances. Frente a esos casos los jueces tendrían discrecionalidad a la hora de justificar sus decisiones.

Hart rechaza tanto las teorías intencionalistas como las teorías realistas del significado.¹⁰³ El significado de una formulación normativa o un término jurídico no dependería ni de la intención del emisor ni estaría determinado por la referencia, sino que estaría dado por el modo en que son usadas las palabras en una comunidad. Establecer el significado de un término no significaría embarcarse en la búsqueda de géneros naturales, sino en dar cuenta de las convenciones sociales

de la comunidad de que se trate, de los usos compartidos. Hart asegura que los términos generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran casos familiares generalmente indiscutidos, si no existiera un acuerdo respecto de los casos paradigmáticos de aplicación de un término.¹⁰⁴ En los casos no típicos, las reglas no pueden más que guiar de manera incierta, como lo hacen los ejemplos. Cualquiera sea la técnica escogida para comunicar reglas de conducta, y por más que ellas operen sin problemas respecto de la mayoría de los casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas, padecerán de ‘textura abierta’:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o ‘textura abierta’, y ello puede afectar tanto a la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como a una ley particular.¹⁰⁵

A partir de la existencia de casos paradigmáticos sería posible abstraer los criterios generales de uso y establecer las condiciones mínimas para emplear de manera correcta los términos jurídicos.¹⁰⁶ Para la teoría de la indeterminación parcial, en los casos claros no existiría indeterminación, puesto que el significado de las formulaciones normativas en tales supuestos derivaría de las convenciones semánticas existentes. En ellos los tribunales dispondrían de una respuesta correcta, aunque podrían equivocarse a la hora de identificarla. En los casos difíciles, en cambio, los órganos jurisdiccionales tendrían discrecionalidad y sus decisiones no podrían ser evaluadas como jurídicamente correctas o incorrectas.

La dependencia que existe entre el derecho, ciertas decisiones humanas y el lenguaje, conduciría a un inevitable margen de indeterminación que dificultaría la tarea de identificar las normas jurídicas. Como el derecho es producto de decisiones humanas, que pueden ser defectuosas, y como se utiliza principalmente el lenguaje natural para comunicar tales decisiones, sería corriente que las normas jurídicas presenten muchos casos problemáticos de aplicación, y a veces las formulaciones normativas no permitirían determinar con claridad cuál ha sido la norma que ha querido promulgarse. Las normas se expresan a través de conceptos que padecen de algún grado de vaguedad (actual o potencial) o de términos que pueden ser ambiguos. Además, la posibilidad limitada de prever las circunstancias futuras haría que sea muy probable que las autoridades normativas no consideren circunstancias cuya aparición obligue a decidir nuevamente sobre la calificación normativa de una determinada acción. En definitiva, todas estas limitaciones harían que en la práctica la mayoría de las formulaciones normativas sean ambiguas y las normas identificables a partir de ellas resulten imprecisas.

Esta relativa indeterminación del derecho haría que la operación de interpretación no sea siempre puramente cognoscitiva. Frente a los casos difíciles, la labor interpretativa del jurista excedería la sola investigación empírica y se postularían significados no resultantes de reglas admitidas sin discusión, sino producto de las convicciones del intérprete. En consecuencia, a veces –en los casos claros– interpretar constituiría una tarea meramente *descriptiva* de usos lingüísticos, pero en

ocasiones –frente a los casos problemáticos– el intérprete *prescribiría* cómo debería entenderse el texto legal en cuestión.

La tesis de la indeterminación parcial se apoya en una cierta concepción del lenguaje que resulta incompatible con una visión puramente *particularista* del significado. De conformidad con esta última, el significado dependería completamente de los propósitos del hablante o el contexto en particular en el que es usado el lenguaje. Si el significado de una expresión estuviese determinado únicamente por el modo en el que ella fue usada en un momento particular, sería imposible dar cuenta de cómo se lo transmite y de por qué se escoge una u otra palabra en diferentes contextos de comunicación. La visión en una playa de un dibujo formado por caracoles que se asemeja a G-A-T-O genera, en los hablantes del español, una serie de reacciones que hacen que se represente a un animal peludo y no a otra cosa, y eso es independiente de que alguna persona haya realizado el dibujo.

Como lo expresa Schauer, el lenguaje y el significado son al menos parcialmente acontextuales, es decir, no están totalmente determinados por las circunstancias o por el contexto inmediato en el cual se los utiliza en un momento en particular. En otras palabras, el lenguaje poseería *autonomía semántica*: los símbolos que lo conforman serían capaces de portar significados sin depender para ello de los propósitos que persigan los hablantes en ocasiones específicas.¹⁰⁷

La tesis de la autonomía semántica ha sido resistida, entre otros, por Lon Fuller en su famoso debate con Hart acerca del significado de las formulaciones de las normas jurídicas, al que ya hicieramos referencia. Veámoslo ahora con algo más de detenimiento. Hart consideraba que, frente a los casos problemáticos de aplicación de las reglas, los jueces dispondrían de un cierto margen de discrecionalidad porque el derecho no establecería claramente ninguna solución. Pero eso no debería obstar a reconocer que las reglas también presentan casos claros de aplicación, esto es, un núcleo de significado claro. Para ejemplificarlo, Hart empleó el luego famoso ejemplo de la regla ‘No se admiten vehículos en el parque’. Frente a ella, obviamente existirían casos problemáticos (¿deberíamos aplicar esta regla a las bicicletas, los patines o los automóviles de juguete?), en los que su formulación no determinaría ninguna solución unívoca y los jueces deberían resolverlos con cierto margen de discrecionalidad. Pero también debe existir un núcleo de significado claro: la regla prohibiría claramente el ingreso al parque de automóviles o camiones.¹⁰⁸ Hart sostiene que, si ha de ser posible la comunicación, y si hemos de expresar nuestra intención de que ciertas conductas se rijan por reglas, entonces las palabras de clase que utilizamos deben tener alguna instancia clara en la que no surjan dudas sobre su aplicación.

Contra esta idea, y contra el ejemplo de Hart, Fuller propuso considerar el siguiente contraejemplo.¹⁰⁹ Supóngase que un grupo de veteranos decide instalar en el parque un monumento conmemorativo de la guerra, para lo cual coloca sobre un pedestal un tanque militar en perfectas condiciones de funcionamiento. Aunque el tanque sin duda calificaría como un vehículo en el lenguaje ordinario, Fuller sostiene que no resultaría en absoluto claro que deba ser excluido del parque con fundamento en esta regla. Es más, para Fuller ni siquiera resultaría claro que el tanque pueda calificarse como ‘vehículo’ en el contexto particular de esta regla, puesto que no podríamos determinar si queda o no comprendido dentro del alcance de ella sin consultar su propósito subyacente. Con este ejemplo Fuller pretendía alertar sobre el hecho de que, en términos generales, no solo en los casos problemáticos, sino que ni siquiera en los supuestos casos lingüísticamente claros sería posible determinar si una regla es o no aplicable sin una acabada comprensión del propósito que se supone que ella pretende alcanzar.

Adviértase que examinar el propósito subyacente a una norma no nos remite a la consideración de qué pasó concretamente por la cabeza de los legisladores de carne y hueso, sino más bien a un examen de los valores que se supone que la norma en cuestión está orientada a promover. Pero si esto es así, existiría una conexión necesaria entre el derecho y la moral, porque para poder aplicar cualquier norma primero habría que interpretarla, para interpretarla habría que examinar su propósito, y para determinar el propósito de una norma se requeriría tomar en consideración valores morales. En consecuencia, la identificación del derecho remitiría siempre a una evaluación moral.

Aunque probablemente Hart ni siquiera haya tenido eso en mente al presentar su ejemplo de la regla 'No se admiten vehículos en el parque', Fuller parece entender que la tesis de que para identificar el derecho es preciso recurrir a la moral quedaría en entredicho frente a una regla redactada en términos moralmente neutros y cuya aplicación, al menos en el núcleo de significado claro, parece eludir cualquier apelación a la moral. El énfasis de Fuller en poner de resalto la finalidad o propósito de las normas jurídicas y del derecho en general le permite conectar el debate sobre la interpretación jurídica con el debate sobre la naturaleza del derecho. A su juicio, una decisión jurídica que excluyera del parque al tanque utilizado como monumento no solo sería absurda, sino que resultaría inconsistente con la naturaleza profunda del derecho.¹¹⁰

La respuesta de Hart a este argumento es la siguiente: Hart no niega que muchas veces la decisión jurídicamente correcta puede no ser el producto de aplicar de manera ciega y literal una regla, sino que puede requerir una apelación a cierta concepción sobre cómo debe ser el derecho. Sin embargo, esto no alcanzaría para confundir derecho y moral, puesto que la expresión 'debe ser' no constituiría aquí una referencia unívoca sino a muchos puntos de vista diferentes. Reflejaría la presencia de una cierta pauta de crítica, entre las que podría contarse la moral, pero no toda pauta de crítica tiene que ser necesariamente moral. Si una persona le dice a su hijo 'No deberías mentir', está sin duda formulando un juicio moral, pero tendría perfecto sentido que un envenenador fracasado dijera 'Debería haberle dado otra dosis', y en ese caso la pauta de evaluación crítica claramente no sería moral. De ello Hart concluye que una decisión jurídica no mecánica sino sensible a propósitos o fines no necesariamente se identifica con una decisión moralmente defendible, por lo que sobre tales bases no podría objetarse la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser.¹¹¹

Fuller sostenía que los términos no poseen siquiera un núcleo de significado que pueda identificarse con independencia de los propósitos específicos para los que se los emplea. El argumento de Fuller consistía en afirmar que, dado que cualquier regla interpretada literalmente puede en ocasiones arrojar resultados inmorales o absurdos, el juez debe siempre preguntarse si el caso que examina es uno en el que los resultados serían inaceptables si la regla fuese aplicada como tal. Por lo tanto, la aplicación de una regla requeriría que el juez considere su propósito o justificación y analice si ellos son adecuadamente satisfechos en caso de que la regla se aplique literalmente. De esto concluye que nunca tendría sentido hablar de un significado literal o claro de aplicación de una regla, tal como lo pretendía Hart.

Fuller considera así que las reglas son *derrotables* cuando no sirven a los propósitos de sus justificaciones subyacentes. Sin embargo, como lo sostiene Marmor,¹¹² aun admitiendo –lo que de por sí es discutible– que los jueces siempre se pregunten si una regla debe ser aplicada en las circunstancias del caso, de ello no se sigue que las reglas no puedan ser entendidas o aplicadas sin

referencia a su justificación. En el enfoque de Fuller se confundirían la cuestión de qué sea seguir una regla con el problema de si una regla debe ser aplicada en una determinada circunstancia. En el mismo sentido, Schauer considera que la conveniencia de evitar resultados absurdos no debe encubrirse bajo el ropaje de una teoría del significado escasamente plausible, que confunde lo que el lenguaje significa con lo que desearíamos que nuestro sistema jurídico haga.¹¹³ Quienes emplean este tipo de argumentos no advierten que una cosa es que el significado dependa del modo en el que es usado por una cierta comunidad lingüística, y otra bien diferente que el significado dependa de cómo se lo usa en una ocasión particular.

La tesis de que la indeterminación parcial y, por lo tanto, de que cierto grado de discrecionalidad es ineliminable, se vincula con la presencia ineludible de la textura abierta del lenguaje, una idea que Hart toma de un famoso trabajo de Waismann.¹¹⁴ Gordon Baker ha sostenido, no obstante, que el argumento de Hart sería circular:

Por desgracia, el argumento de la textura abierta parece circular. Este concepto es tomado de Waismann, quien deduce la tesis de que todo discurso empírico es de textura abierta de la afirmación de que ninguna regla puede ser formulada de forma tal que no pueda surgir ningún caso en el cual su aplicación resulte dudosa. A partir de esta generalización sobre las reglas, concluye que el sentido de cualquier enunciado empírico debe ser ineliminablemente indeterminado ya que el sentido se explica por referencia a reglas que rigen la aplicación de sus expresiones constituyentes. La tesis de Hart sobre las leyes es simplemente una restricción de este enunciado general acerca de las reglas que Waismann toma como información de base al introducir el concepto de textura abierta. Consecuentemente, recurrir a la textura abierta no provee ningún apoyo independiente para la observación de Hart de que una ley no puede ser redactada de forma tal que se elimine la necesidad del ejercicio de discreción en su aplicación.¹¹⁵

Contra esta objeción Brian Bix ha señalado que existen diferencias entre el concepto de textura abierta de Waismann y el de Hart, y que la tesis de Hart de la indeterminación parcial se resume, más que basarse, en la idea de la textura abierta.¹¹⁶ Mientras que Waismann se refería al lenguaje en general, Hart escribía sobre el lenguaje en el contexto del derecho, sobre la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Por ello, Hart no intentaría probar a partir de la naturaleza del lenguaje que los jueces tienen discrecionalidad, sino que habría dado razones para justificar que los textos jurídicos dejarían a los jueces un margen de discrecionalidad a la hora de aplicar el derecho.

De todos modos, existen argumentos que desde la filosofía del lenguaje permitirían justificar una conexión entre la textura abierta y la discrecionalidad judicial. Sainsbury sostiene, por ejemplo, que cuando un término es vago no existe ningún límite o criterio que nos indique cuándo debe ser aplicado y cuándo no. Sin embargo, el que no exista necesariamente un lugar por donde trazar la línea no obsta a que se la pueda trazar en cierto lugar. Desde luego, al hacerlo solo podría ofrecerse una justificación pragmática de por qué se lo hace, de manera que existiría discrecionalidad al trazar la línea en cierto lugar para la aplicación de un término vago.¹¹⁷

Otra cuestión que plantea una postura como la que defiende Hart es que, según ella, en los casos claros el derecho se encontraría determinado, habría una respuesta correcta, y ella dependería de las convenciones lingüísticas e interpretativas de la comunidad:

... los casos claros en los que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser 'automático', son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.¹¹⁸

Entonces, en los casos claros existiría un uso establecido del lenguaje en la comunidad, y quien tenga que usar o aplicar una norma jurídica acertaría en su significado si identificara correctamente el contenido de las convenciones de la comunidad sobre lo que ella dispone. Esto podría interpretarse en el sentido de que lo que una norma jurídica dice se identifica con, o es reducible a, comportamientos humanos y estados psicológicos.¹¹⁹ La semántica de Hart daría a los hechos del uso actual el papel de individualizar los conceptos usados, e identificaría la determinación con la certeza colectiva. Pero si ello fuera así, Hart estaría peligrosamente cerca de la idea de que lo que determina una norma jurídica es el acuerdo de la comunidad en cuanto a sus aplicaciones, a la manera de Kripke. El problema residiría, como lo señala Bayón, en explicar de qué modo las reglas podrían determinar las acciones cuando, desde este enfoque, parecería que las acciones son las que determinan el significado de las reglas.¹²⁰

Una alternativa posible sería decir que nuestros acuerdos en los juicios son los que hacen posible las reglas, pero que no recurrimos a esos acuerdos para establecer si una acción determinada es o no correcta de acuerdo con las reglas. De tal manera, el juicio de corrección no dependería del hecho de que los demás estén de acuerdo sobre ese juicio. Para establecer si la aplicación de una regla es correcta acudimos al criterio de corrección, no preguntamos primero a cada uno si la aplicación es correcta.¹²¹

Una precisión adicional que debería formularse respecto de la tesis de la indeterminación parcial es que, como bien lo advierten los realistas, del hecho de que una norma regule claramente un caso no se sigue que cuando un juez la aplica a un caso semejante, ello no sea el producto de su decisión. El juez puede decidir de ese modo o puede decidir apartarse del significado claro. Lo que sostiene la tesis de la indeterminación parcial es que, al menos frente a los casos claros, es posible evaluar críticamente las decisiones judiciales a partir de las normas jurídicas: si el caso tenía una solución clara a partir del derecho aplicable y el juez decide de otro modo, será posible decir que el juez se ha equivocado, salvo que las reglas secundarias del sistema lo habiliten a apartarse de las normas existentes o introducir excepciones en ellas. Lo contrario importaría confundir, como lo señalaba Schauer, lo que el derecho dice con lo que nos gustaría que dijera.

Con estas salvedades, de las tres concepciones de la interpretación aquí examinadas, la teoría de la indeterminación parcial parece la más satisfactoria. Por un lado, optar por el indeterminismo radical conduce a la imposibilidad de dar cuenta del seguimiento de normas o de su propia existencia. Por el otro, ni la semántica realista ni la elaborada teoría de Dworkin son capaces de garantizar la obtención de una única interpretación correcta en todos los casos. La teoría de la indeterminación parcial tiene la virtud de la sobriedad: no incurre en el exceso de hacer ininteligibles nuestras prácticas lingüísticas y de seguimiento de reglas ni pretende garantizarnos certezas allí donde no puede haberlas. No convierte a los jueces en meros árbitros o en garantes de la ideología dominante, ni tampoco les exige poderes hercúleos. Y si bien pueden puntualizarse a su respecto ciertas dificultades teóricas, ninguna de ellas parece insuperable o descalificadora.

12. Problemas de interpretación en el derecho

12.1. Ambigüedad y vaguedad

Como hemos visto, dado que los textos legales se encuentran escritos en lenguaje natural, resulta inevitable que aparezcan en ellos problemas semánticos, dejando así en ciertos casos indeterminado el sentido de las expresiones normativas. En otras palabras, en ocasiones la dificultad interpretativa surge debido a que no resulta claro qué es lo que significan las palabras que conforman una formulación normativa, por lo que es menester enfrentar los problemas semánticos que presenta, entre ellos la ambigüedad, la vaguedad, la textura abierta y la derrotabilidad. Si bien ya hemos formulado diversas observaciones al pasar sobre estos temas, parece aconsejable una revisión breve pero más sistemática de cada uno de ellos.

Una palabra o expresión es *ambigua* cuando es posible asignarle más de una interpretación o significado. Si se concibe a la ambigüedad en términos de extensiones divergentes, se podría decir que un término o expresión es ambiguo si pueden asignársele dos o más significados, uno de los cuales no denota algo que es denotado por el otro. Cada vez que una misma formulación normativa es susceptible de dos o más interpretaciones diferentes como consecuencia de su ambigüedad, a partir de un mismo conjunto de formulaciones normativas (leyes, códigos, decretos, etc.), esto es, de un mismo *libro maestro*, para emplear una expresión de Carlos Alchourrón, será posible identificar diferentes sistemas de normas o *sistemas maestros*.¹²²

En una expresión como ‘Pedro caminó hacia el banco’, sin información adicional sobre el contexto de su emisión, no es posible determinar si Pedro se dirigió hacia una institución financiera, hacia un objeto apto para sentarse, hacia un montículo de arena o hacia un almacén de sangre. En casos como este, la indeterminación solo puede solucionarse requiriendo al interlocutor alguna aclaración u obteniendo evidencia que provea más información como para que pueda establecerse a qué cosa se refiere. Si esa misma expresión hubiese sido dada en un contexto en el que Pedro llevaba una bolsa llena de dinero, es posible que la ambigüedad del término ‘banco’ se hubiera disipado. En los casos de ambigüedad, entonces, el significado de las palabras puede esclarecerse a partir del contexto lingüístico en el que aparecen y de la situación comunicativa en la que son utilizadas.

En ocasiones la ambigüedad no surge a partir de simples homonimias, como en el ejemplo anterior, sino debido a que los distintos significados de la palabra tienen una estrecha relación entre sí. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de ambigüedad de tipo *proceso-producto*, que aparece cuando se utiliza el mismo término para referirse a la actividad o proceso y al resultado o producto de ese proceso.

Al margen de los casos de anteriores, pueden surgir también problemas de ambigüedad derivados de la estructura sintáctica de las formulaciones normativas.¹²³ Las formas sintácticas conectivas no tienen una función inequívoca y, por ende, los problemas sintácticos no pueden ser resueltos sobre la base de datos de interpretación puramente lingüísticos. Así, el uso de la conectiva ‘o’ en una oración puede dar lugar a una ambigüedad de este tipo, ya que ella puede ser interpretada como una *disyunción excluyente*, con lo que el enunciado será verdadero si se da solo una de las opciones, o una *disyunción incluyente*, con lo que el enunciado será verdadero tanto si se da una de las alternativas como si se dan todas. Si, por ejemplo, se lee un cartel que reza: ‘Permitido

ingresar con agua mineral o bebida gaseosa', se podría dudar si está permitido entrar solo con una de las dos bebidas o si se puede ingresar con ambas.

En otras ocasiones la ambigüedad sintáctica surge, no debido al uso de una conectiva, sino a partir de la propia estructura de una frase. Así, en el enunciado: 'Lego mis perros y mis automóviles a Pedro, bajo la condición de que los mantenga limpios' puede dudarse si la condición rige para ambos ítems o solo para el último. Y en la expresión 'La instigación a cometer un delito que ha tenido lugar en un país extranjero no será sancionada', existe una ambigüedad sintáctica dado que no se sabe si la frase adjetival 'que ha tenido lugar en el extranjero' se refiere al delito, a la instigación o a ambos. A menudo, desde el punto de vista de la sintaxis será dudoso con qué parte del enunciado está conectada una frase de modificación, excepción o condición. En tales casos los símbolos de puntuación suelen ser importantes.

Cuando una formulación normativa contiene un término ambiguo, puede ocurrir que para el emisor no tenga ese carácter, pues podría ser que él haya tenido bien en claro en cuál de los diversos sentidos utilizó la expresión. Pero aunque no sea ambigua para el emisor, puede que sí lo sea desde el punto de vista del receptor. En la vida cotidiana el receptor podría preguntarle al emisor en cuál de todos los sentidos utilizó la palabra en cuestión, pero eso no es tan sencillo en el ámbito del derecho. Toda vez que una expresión sea ambigua desde el punto de vista del intérprete, para superar la indeterminación este no tiene otra salida que seleccionar entre los posibles significados a partir de su propia perspectiva valorativa. Según Alchourrón, solo si el intérprete seleccionó justamente el mismo significado empleado por la autoridad normativa su interpretación no será creativa, en tanto no habrá introducido ninguna modificación en el sistema.¹²⁴ Pero en ocasiones es muy difícil saber cuál es el significado atribuido a una formulación por la autoridad normativa, ya sea porque ella dejó de existir o porque, por ejemplo, se trata de un órgano colegiado.

Una palabra o enunciado es *vago* cuando su significado carece de precisión. Esa falta de precisión en el significado puede tener diversas fuentes, lo cual da lugar a diferentes formas de vaguedad. Imagínese en primer lugar una serie de manchas de colores donde la primera es claramente negra. En la medida en que se avanza a lo largo de la serie, la tonalidad de las manchas cambia gradualmente hasta que se llega al último miembro que es claramente blanco. Supóngase que el cambio es tan gradual que cada mancha de color es indistinguible a simple vista en tonalidad respecto de sus vecinas. Supóngase ahora que se le pide a una persona frente a esta secuencia de tonalidades que responda 'sí' o 'no' a la pregunta '¿Esta mancha es de color negra?'. ¿Cuál sería el resultado de este experimento? Se trata evidentemente de una cuestión empírica, pero podría afirmarse con buenas probabilidades de acierto que en el comienzo del test un sujeto normal respondería confiadamente 'sí', y que al final de la secuencia respondería claramente 'no'. Ahora bien, ¿en qué punto preciso es que se localiza un cambio que justifica esas distintas respuestas? Por supuesto, en nada ayudaría que se dijera que en la zona media entre las manchas claramente negras y las claramente blancas hay manchas de otro color, en este caso, manchas grises, porque ahora la pregunta sería: ¿dónde terminan las manchas negras y comienzan las grises?¹²⁵

Es perfectamente obvio, dado que los colores forman un continuo, que habrá tonalidades respecto de las cuales se dudará en calificarlas o no como negras, no porque se ignore el significado de la palabra 'negro', sino porque se trata de una expresión cuyo ámbito de aplicación resulta poco preciso. A estos casos se los denomina 'casos de penumbra' o 'casos límite'. En casos semejantes, la vaguedad se revela en la existencia de casos de penumbra, esto es, casos límite respecto de los

cuales no es posible decidir si el término en cuestión se aplica o no, un problema que afecta de modo característico a los términos que refieren a *conceptos polares*, como alto-bajo, grande-chico, sucio-limpio, etc.

Una especie de vaguedad diferente y más compleja es la que se denomina *vaguedad combinatoria*. Cuando en geometría se define 'triángulo' como una figura geométrica de tres lados, se están proporcionando condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de ese término. Esto significa que resulta necesario que una figura geométrica posea tres lados para denominarla 'triángulo' y que, además, alcanza con (es suficiente) saber que una figura geométrica tiene tres lados para saber que se trata de un triángulo. En tales casos se cuenta con un criterio concluyente para determinar la pertenencia de un individuo a la extensión del término de que se trate. Sin embargo, el uso de este tipo de definiciones es excepcional. Lo que resulta usual en el lenguaje corriente es la existencia de expresiones respecto de las cuales no existe un conjunto definido de condiciones que indique en qué ocasiones ellas son aplicables. En otras palabras, una expresión sufre de vaguedad combinatoria cuando no existe un conjunto de propiedades, cada una de las cuales sea necesaria y que conjuntamente sean suficientes para la aplicación de la expresión. Ciertas propiedades podrían estar ausentes y, sin embargo, podría seguir aplicándose la expresión en cuestión en razón de la presencia de otras propiedades relevantes. Y podría también ocurrir que, aun concurriendo todas las propiedades usuales, se dude de aplicar la expresión en cierto caso debido a la presencia de otras propiedades que no se verifican en los casos ordinarios.

Un ejemplo de Genaro Carrió puede resultar útil para ilustrar el problema.¹²⁶ El diccionario de la Real Academia brinda las siguientes definiciones de tres especies de perros:

'Lebrel': 'Variedad de perro que se distingue en tener el labio superior y las orejas caídas, el hocico recio, el lomo recto, el cuerpo largo y las piernas retiradas atrás'.

'Mastín': 'El (perro) grande fornido, de cabeza redonda, orejas pequeñas y caídas, ojos encendidos, boca rasgada, dientes fuertes, cuello corto y grueso, pecho ancho y robusto'.

'Danés': 'El (perro) que participa de los caracteres del lebrel y del mastín'.

Aquí no existe un conjunto de propiedades que resulten necesarias y suficientes para la aplicación de las palabras 'lebrel', 'mastín' y 'danés'. Tales expresiones no acotan una clase de objetos, sino solo un campo de límites difusos dentro del cual podrán señalarse casos claros y casos que quedan excluidos, pero entre ambos extremos habrá numerosísimos ejemplares que se asemejarán en grado decreciente, en virtud de la presencia de una o más características, a los casos arquetípicos. Esa zona imprecisa solo podría deslindarse en virtud de una decisión arbitraria.

Hay incluso palabras respecto de las cuales no puede identificarse ninguna propiedad que se encuentre presente en todos sus casos de uso. Las actividades o fenómenos denotados por ella no parecen tener ningún elemento en común, sino solo ciertas relaciones cruzadas entre los miembros de la clase. Wittgenstein llamaba la atención sobre el uso de la palabra 'juego': si se analizan las actividades a las que se denomina 'juegos' cabría preguntarse qué hay de común en todas ellas, por ejemplo, en el truco, el fútbol, el ta-te-ti, el solitario, la lotería, el ajedrez, los juegos infantiles, etc. ¿Son todos ellos entretenidos? La diversión parece no darse en la lotería. ¿Siempre interviene el azar? Esto no parece darse en el ajedrez. ¿Hay siempre una competición entre jugadores, uno que gana y otro que pierde? Piénsese en el solitario o en los juegos infantiles. En los juegos de pelota, en general se gana y se pierde, pero cuando un niño está solo tirando su pelota

de básquet al aro, esa característica ha desaparecido. Se podrían seguir recorriendo muchos otros casos de uso de la expresión y ello no haría más que confirmar cómo los parecidos surgen y desaparecen, se superponen y entrecruzan. Ya hemos visto que estos parecidos son caracterizados por Wittgenstein como 'parecidos de familia',¹²⁷ pues es así como se entrecruzan las diversas semejanzas que se dan entre los miembros de una familia: su estatura, color de ojos, facciones, forma de hablar, etc. Puede considerarse a este tipo de casos como un supuesto extremo de vaguedad combinatoria.

Es importante resaltar que la vaguedad juega en un plano distinto al de la ambigüedad, y que se trata de dos problemas lógicamente independientes. La ambigüedad afecta a las palabras o enunciados, mientras que la vaguedad se predica de sus significados.¹²⁸ Una palabra puede tener más de un significado, pero cada uno de ellos ser preciso, en cuyo caso será ambigua pero no vaga. Igualmente, puede que posea un único significado, pero que este sea impreciso, en cuyo caso resultará vaga y no ambigua. O puede ocurrir que presente ambos rasgos, esto es, que tenga más de un significado y que uno o más de ellos resulte ser impreciso.

La vaguedad suele ser considerada como un defecto, un problema, una carencia. No es accidental que se la defina ordinariamente como la falta de precisión, mientras que resultaría extraño que se defina correlativamente a la precisión como la falta de vaguedad.¹²⁹ Timothy Endicott ha sostenido que la vaguedad parecería inconciliable con la propia idea de diseñar una norma debido a que ella deja sin regular la conducta, cuando se supone que ese es precisamente el propósito de promulgar normas. Afirma que una norma vaga en un sistema jurídico no permite controlar a los funcionarios responsables de aplicarla o resolver disputas con fundamento en ella. No obstante, lejos de resultar incompatible con la idea de formular normas, la vaguedad sería, a juicio de Endicott, de capital importancia para los legisladores y demás personas que formulan textos normativos, puesto que se trataría de una técnica en muchos casos necesaria para alcanzar los fines que la formulación de tales textos pretende lograr.¹³⁰

A criterio de Endicott, un texto jurídico es vago si su lenguaje es impreciso, de modo que existen casos en los cuales su aplicación no resulta clara. En otras palabras, una norma jurídica vaga se aplicaría claramente a ciertos casos, claramente no resultaría aplicable a otros, y existirían casos límite frente a los cuales la formulación lingüística de la norma dejaría indeterminada su aplicabilidad. Y si bien los legisladores tratarían ordinariamente de evitar el uso de expresiones vagas o bien de asignarles definiciones estipulativas precisas, la búsqueda de precisión tendría límites.

La tesis más relevante de Endicott consiste en resaltar que una norma jurídica precisa no es necesariamente mejor que una vaga, si bien la precisión es indudablemente valiosa en dos sentidos relacionados entre sí. En primer lugar, la precisión posee lo que Endicott denomina *valor de guía* para los destinatarios de la norma de que se trate: una norma precisa permite a la gente conocer con claridad cuáles son sus derechos y obligaciones jurídicas. En segundo lugar, la precisión posee igualmente una diversidad de *valores procedimentales*, que derivan del hecho de que una norma precisa sirve también de guía a los funcionarios en lo que atañe a su aplicación.¹³¹

Endicott afirma que la arbitrariedad consiste en la resistencia a brindar razones, o directamente en la ausencia de ellas. Existen muchas clases de arbitrariedad, así como existen muchas variedades de razones. La arbitrariedad en una norma significaría que ella carece en cierta medida de una justificación razonable, porque puede ser aplicada de un modo que no satisface su propósito.

Endicott opone a la arbitrariedad el principio según el cual una norma es una razón para la acción, esto es, que el objetivo de una norma es guiar la conducta hacia su propósito. Para Endicott, las normas vagas no están necesariamente mal diseñadas, pero son arbitrarias en el sentido particular de que, en algunos casos, no ofrecen a quien debe aplicarlas razones a favor de una determinada decisión en lugar de otra. Como consecuencia de ello, dejan espacio para que el decisor las aplique en forma antojadiza, de un modo que se aparte de su justificación subyacente y, por la misma razón, permiten decisiones divergentes por parte de distintos decisores, lo cual significa que parte del propósito de la norma, esto es, permitir una regulación general, hasta cierto punto no se alcanzará.

Sin embargo, el profesor inglés advierte que también la precisión trae consigo arbitrariedad, aunque en forma diferente. Una norma precisa puede, justamente en virtud de su precisión, ser arbitraria en el sentido de que, en cierta medida, vaya contra su propia justificación, porque traza distinciones que no se encuentran avaladas por su justificación subyacente. Piénsese en una norma que establece una edad mínima para habilitar a los ciudadanos a votar. Se trata de una norma precisa, que puede ser perfectamente razonable y, no obstante, incurre en esa forma de arbitrariedad. Suponiendo que el propósito preponderante del establecimiento de una edad mínima para votar es asegurarse de que la gente no vote hasta ser lo suficientemente madura como para tener competencia para hacerlo y ser razonablemente libre de influencias indebidas, y dado que obviamente algunas personas adquieren la madurez relevante antes que otras, la norma que establece una edad mínima precisa para votar puede permitir que ciertas personas voten antes de estar listas para hacerlo, prohibir a ciertas personas votar pese a ya estar listas para hacerlo, y muy probablemente ambas cosas a la vez. Por otra parte, una línea demarcatoria precisa significará aquí que el derecho atribuye una diferencia normativa sustancial a una diferencia fáctica enteramente insustancial, pues algunos estarán habilitados para votar solo por ser mayores que otros en un día.

Como puede apreciarse a partir del ejemplo, el desafío para el legislador consiste en determinar si en cierto esquema de regulación la arbitrariedad resultante de la precisión es mejor o peor que la arbitrariedad resultante de la aplicación de pautas vagas. Por otra parte, el establecimiento de normas precisas resulta imposible cuando el derecho necesita regular conductas con un amplio margen de variabilidad a través de pautas generales. Por ello, a veces el derecho utiliza normas vagas, no meramente porque una alternativa más precisa importaría mayor arbitrariedad, sino porque no existe en el caso alternativa precisa.

Una norma vaga puede resultar una forma práctica de imponer control sin desarrollar plenamente su justificación subyacente. Al hacerlo, se asignarán mayores potestades al decisor, quien tendrá la responsabilidad de resolver las controversias que suscite la aplicación de la norma, y ello resultaría perfectamente justificado cuando esta delegación de poder se ajusta al propósito que la norma persigue. Esta potencial virtud de delegación de poder que posee la vaguedad constituye el correlato negativo del valor procesal de la precisión, pues este último consiste en la reducción de la discrecionalidad del decisor y, no obstante, hay muchas circunstancias en las cuales es valioso dejar precisamente esa discrecionalidad en manos de los decisores. Y así como existe un correlato negativo al valor procesal de la precisión, también existe una virtud de la vaguedad que constituye un correlato negativo del valor de guía que posee la precisión: por distintas razones puede resultar valioso dejar un cierto margen de incertidumbre en las personas afectadas por una norma respecto de su aplicación, para que carguen con la responsabilidad de estimar ellos mismos qué casos serán

considerados comprendidos por ella, una asignación de responsabilidad que puede en sí misma promover los fines para los cuales se dictó la norma.¹³²

Si bien el análisis de Endicott resulta muy atractivo, ha de observarse que en él parece asumirse, al igual que lo hace Frederick Schauer, que a toda norma subyace *un* propósito o justificación. Como vimos, en su influyente libro *Las reglas en juego*,¹³³ Schauer efectúa un análisis de las normas prescriptivas en el que resalta las similitudes entre las generalizaciones prescriptivas y las descriptivas. Sobre tales bases Schauer sostiene que a toda generalización contenida en una norma prescriptiva subyace un propósito o justificación, y que la generalización limita el número de propiedades que, sin su existencia, resultarían aplicables en virtud de esa justificación. De manera que las normas operarían aplicando y especificando sus justificaciones subyacentes, y los predicados fácticos en ellas contenidos constituirían generalizaciones probabilísticas que resultarían sobre y subincluyentes con relación a sus justificaciones. Los casos de sobre y subinclusión se verificarían cuando la generalización que conforma el predicado fáctico de la norma falla respecto de la justificación que la genera.

Esta construcción parece básicamente certera y sumamente elegante, salvo por una cuestión que no se ve claramente resaltada ni por Schauer ni tampoco por Endicott: constituye evidentemente una simplificación el sostener que toda norma posee un único fin, propósito o justificación subyacente indiscutido. En realidad, existe una multiplicidad de justificaciones a las que puede obedecer el dictado de cualquier norma, y a partir del texto promulgado y de las circunstancias que rodean al acto de promulgación, ordinariamente no es posible identificar un único fin, propósito o justificación como aquel que ha sido tenido en mira por el legislador, suponiendo que pueda afirmarse significativamente que haya tenido alguno. En este sentido, Andrei Marmor ha sostenido que no es una cuestión accidental de los procedimientos democráticos el que den por resultado un texto dotado de autoridad, esto es, una ley, 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.¹³⁴ De modo que cuando un intérprete le atribuye al legislador un determinado propósito con la promulgación de cierto texto, ese propósito no es, en la mayor parte de los casos, sino una proyección de la ideología del propio intérprete.¹³⁵

Como no existen pautas objetivas que permitan saldar controversias valorativas de este tipo, desde diferentes presupuestos ideológicos o axiológicos los fines que se atribuya a las normas en juego serán diferentes y, consiguientemente, el balance que se efectúe entre las virtudes y defectos de la vaguedad variará significativamente.

12.2. Textura abierta

Otro de los problemas de naturaleza semántica que aquejan al lenguaje es el que se ha calificado como *textura abierta*, y que afecta al significado de todos los términos empíricos. En su trabajo 'Verifiability', Waismann sostenía:

La vaguedad debe ser distinguida de la textura abierta. Se dice que una palabra que es usada de manera fluctuante (como 'montón' o 'rosa') es vaga; un término como 'oro',

aunque su uso actual puede no ser vago, es no exhaustivo o de textura abierta, de manera que no podemos colmar todos los posibles intersticios a través de los cuales una duda podría colarse. La textura abierta, entonces, es algo [así] como la posibilidad de vaguedad. La vaguedad puede ser remediada proveyendo reglas más precisas, la textura abierta no. Una manera alternativa de decir esto sería que las definiciones de términos abiertos son siempre enmendables o corregibles.¹³⁶

Podríamos decir entonces que la textura abierta es la posibilidad de que incluso el término más preciso resulte vago como consecuencia del conocimiento necesariamente imperfecto que los hablantes tienen del mundo y de su capacidad limitada de predecir el futuro. La textura abierta es así la posibilidad ineliminable de vaguedad. Frente a un término aparentemente preciso puede ocurrir que cuando se lo confronta con una instancia no prevista al momento en el que fue definido, se torne vago con respecto a esa instancia. Waismann sostiene que, aunque se puede haber creído que se tenía una definición precisa que cubría todos los casos al establecer que, si algo tiene las propiedades *a*, *b*, *c* y *d*, entonces es un *x*, y que si algo no posee cada una de esas propiedades entonces no es un *x*, aun así, si aparece algo que tiene, por dar un ejemplo, solo 2/3 de *b*, esta contingencia imprevista provoqu vaguedad donde hasta entonces no la había.

Cuando se define una palabra y se hace explícito su criterio de uso, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes. Podría creerse que todas aquellas propiedades no incluidas en dicho criterio de uso son irrelevantes. Sin embargo, como no es factible prever todas las eventuales propiedades que puedan estar más o menos vinculadas con el uso de un término empírico, su criterio de aplicación se encontraría siempre *abierto*.

La idea de Waismann fue muy bien captada en el ejemplo del jilguero explosivo de J.L. Austin: supóngase que se ha avistado un pájaro que desde toda perspectiva era un jilguero –parecía tener todas las propiedades necesarias para ser un jilguero– pero de un momento a otro explotó. ‘Simplemente no sabríamos que decir’, dice Austin, y ello es así porque el hecho de poseer (o no poseer) la capacidad de explotar nunca fue tomado en cuenta por la comunidad lingüística al desarrollar una definición limitada por el conocimiento existente en ella respecto del mundo y de los jilgueros que lo habitaban.¹³⁷ Al señalar la posibilidad de ejemplos como estos se intenta remarcar el carácter no exhaustivo de las palabras y que siempre pueden presentarse casos no previstos por los usos vigentes que pongan en crisis la aplicabilidad de los términos debido a la presencia de propiedades que no se encuentran en los casos usuales, o a la ausencia de propiedades que sí se verifican en los casos usuales.

Waismann considera que la textura abierta es una característica general del lenguaje, dado que para todo término es posible que:

... no hayamos tomado en cuenta una cosa u otra que podría ser relevante para su uso; y eso significa que no pueden preverse completamente todas las circunstancias posibles en las que un enunciado es verdadero o falso.¹³⁸

Podría sostenerse que, en el ámbito del derecho, los problemas de la vaguedad y la textura abierta provocan dificultades para determinar si un caso individual se encuentra o no comprendido en el caso genérico correlacionado por una norma con cierta solución normativa. No obstante, algunos autores han controvertido esta afirmación. Así, por ejemplo, Cristina Redondo considera que la textura abierta no se limita a producir dificultades para la determinación de si un caso individual

está o no comprendido en los términos de una norma, sino que pondría directamente en duda qué casos genéricos resultan subsumibles en ella, lo que en última instancia repercutiría sobre cuál es en definitiva la norma en cuestión.¹³⁹

Aquí es importante introducir una diferencia entre dos sentidos en los que puede entenderse la expresión *subsunción*. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, podrían calificarse a estos dos sentidos como *subsunción genérica* y *subsunción individual*.¹⁴⁰ La *subsunción individual* consistiría en la determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales sintéticos, es decir, contingentes, de la forma general Fa , donde F representa un predicado del lenguaje y a un nombre propio, esto es, el nombre de un objeto individual. Para resolver este problema el juez debe descubrir si el objeto individual dado tiene o no la propiedad designada por el predicado en cuestión. Dada una situación que puede describirse mediante la oración 'Juan mató a una persona', y puesto el juez a decidir si este hecho particular es subsumible en la norma general que mediante la fórmula 'Quien mate a una persona debe ser encarcelado' castiga a los homicidas, tendrá que analizar si el caso individual presenta las características necesarias para ser incluido en el caso genérico. En el ejemplo, entonces, el hecho en el que Juan mató a una persona puede incluirse en la clase de los hechos en los cuales alguien mata a otro.

Por *subsunción genérica*, en cambio, se entiende la operación de establecer qué relación se da entre dos predicados. En esta hipótesis, lo que se discute es la verdad de un enunciado metalingüístico acerca de la relación entre dos predicados de la forma $F \subset G$, esto es, que la extensión del predicado F está incluida en la extensión del predicado G . La verdad de tal enunciado depende del significado de esos predicados. Las reglas semánticas que determinan el significado de esos predicados son o bien ya existentes, siempre que haya un uso lingüístico establecido para ellos, o bien tienen que ser estipuladas por el juez. Así, frente a la formulación normativa 'Quien mate a una persona con alevosía debe ser encarcelado', y frente a un hecho que pueda describirse con la oración 'Juan mató a una persona dormida', el juez deberá resolver si la clase de hechos que responden a la descripción 'matar a una persona dormida' está o no incluida (puede o no subsumirse en sentido genérico) en la clase de hechos que pueden describirse con la frase 'matar con alevosía'.

Con estas precisiones, volviendo ahora a la observación de Redondo de que el problema de la textura abierta repercute sobre cuál es la norma expresada por cierto texto, si con esto lo que se pretende poner de manifiesto es que todo problema de subsunción individual puede generalizarse como un problema de subsunción genérica, ello es sin duda correcto. Como todo caso individual ha de ser descrito de cierto modo en función de la posesión de ciertas propiedades, si existen dudas acerca de si un caso individual se encuentra o no comprendido en el campo de aplicación de los términos con que se expresa una norma (debido a su vaguedad), la misma duda recaerá sobre cualquier otro caso individual que pueda describirse del mismo modo. Puede ocurrir que no se esté seguro acerca de si el individuo x ha cometido un robo agravado por el uso de armas debido a la falta de información sobre lo que x hizo. Si en cambio la duda deviene de que no puede determinarse si la conducta realizada por x constituye o no un robo agravado por el uso de armas debido a que se ignora si dicha conducta, a la que se describe como 'robo con amenaza del uso de una jeringa hipodérmica' queda o no comprendida en la figura considerada, debido a que se duda en incluir a la jeringa dentro de la extensión del término 'arma', este problema puede generalizarse para toda conducta describable como 'robo con amenaza del uso de una jeringa hipodérmica'.

Pero si lo que se pretende sostener es que el problema de la vaguedad trae como consecuencia la imposibilidad de que las normas establezcan *particiones*, esto es, casos que resulten conjuntamente exhaustivos, mutuamente excluyentes y no lógicamente vacíos, como parece sostener en algún punto Redondo, los argumentos expuestos no resultan concluyentes. En el campo del derecho las normas generales correlacionan ciertos casos genéricos con ciertas soluciones. Los casos genéricos se configuran en función de las propiedades que han sido tomadas como relevantes por el legislador. 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 los 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 .

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, el juez deberá incluir el caso particular dentro de las categorías delimitadas por las propiedades tomadas como relevantes, si es que pretende justificar sus decisiones en las normas generales del sistema. 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.

12.3. La derrotabilidad de las normas jurídicas

Resulta importante señalar que la textura abierta *en* las normas, esto es, que las normas jurídicas se den a conocer a través de expresiones lingüísticas que pueden poseer textura abierta, no debe ser confundida con un problema distinto, el de la textura abierta *de* las normas, al que suele aludirse con la expresión *derrotabilidad*. Ya hemos expuesto en el módulo I algunas consideraciones generales sobre el problema de la derrotabilidad. Veamos ahora cómo repercute este problema en el dominio del derecho.¹⁴¹

Diferentes autores, como Hart, MacCormick y Schauer, por señalar solo algunos entre ellos, han sostenido que al legislar una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales, pero siempre podría pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deberían entenderse como 'derrotables', esto es, sujetos a excepciones implícitas y no taxativamente enumerables.¹⁴² En este caso, no se predica textura abierta de ciertos términos contenidos en las formulaciones que expresan normas, sino de la configuración de los casos a los que se correlacionan soluciones normativas distintas.

Sin duda ambos problemas presentan similitudes, al punto de que llama la atención el gran parecido que media entre los argumentos utilizados por Waismann para justificar la idea de la textura abierta del lenguaje y los empleados por quienes tratan de justificar esta idea de la derrotabilidad de las normas jurídicas. En ambos casos se hace referencia a la posibilidad de que las condiciones de aplicación de un término respecto de una clase de objetos o hechos (en el caso

de la textura abierta en las normas), o de una solución respecto de un caso genérico (en el caso de la textura abierta de las normas o derrotabilidad), resulten ‘derrotadas’ en ciertas situaciones anómalas.

Uno de los primeros artículos escritos por Hart, en donde se ocupa del tema, quizás haya contribuido a confundir estas dos nociones, ya que allí uno de los argumentos con los que se busca apoyar la tesis de que los conceptos jurídicos son derrotables es, precisamente, la textura abierta de las normas.¹⁴³ No obstante, corresponde aclarar que Hart renegó de las conclusiones de ese temprano trabajo al rehusarse a reeditarlos, si bien al tratar el problema de la textura abierta en las normas jurídicas en obras posteriores reiteró argumentos esgrimidos en ese ensayo.

Las nociones de textura abierta y derrotabilidad dan cuenta de situaciones teóricamente diferenciables. Como se dijo, la vaguedad y la textura abierta constituyen problemas relativos a la subsunción de un caso individual en un caso genérico. En cambio, en términos generales aquello a lo que suele hacerse referencia con la idea de la derrotabilidad de las normas jurídicas es la posibilidad de que una norma pueda verse sujeta a excepciones en virtud de lo que disponen otras normas, es decir, que respecto de un caso genérico, la correlación de la solución consagrada en una norma resulte derrotada en virtud de lo que otras normas estipulan. La vaguedad y la textura abierta en las normas jurídicas afectan a la delimitación de los casos genéricos, de manera tal que, frente a ciertos casos individuales que caen en la zona de penumbra de significación de los términos que definen un caso genérico, resultará indeterminada la solución normativa a correlacionar, debido a que *no podrá determinarse si corresponde subsumirlos o no en ese caso genérico*.

La textura abierta de las normas jurídicas o derrotabilidad, en cambio, concierne básicamente al carácter de la correlación de una solución normativa a un caso genérico: frente a un caso individual *cuya subsunción dentro de un cierto caso genérico no está puesta en duda*, podría todavía discutirse si ha de correlacionársele determinada solución normativa si se interpreta que las propiedades que definen el caso genérico constituyen solo una condición contribuyente, no suficiente, para la derivación de la solución normativa prevista.

Considerando la norma expresada mediante la formulación ‘Quien mate a una persona debe ser encarcelado’, frente a un caso individual en el que ya se ha establecido que se verifica el antecedente de dicha norma (es decir, el predicado ‘matar a una persona’), podría aún discreparse sobre si corresponde o no la aplicación de la consecuencia normativa prevista en la norma. Ello será así si se entiende que las propiedades que definen el caso genérico no bastan para efectuar tal derivación, pues se requiere además que no se verifiquen ciertos supuestos de excepción, como podría serlo que el autor del hecho sea menor de edad. En ese caso la norma presupondría implícitamente que el autor del hecho debe ser mayor de edad; si no lo es, su solución se vería ‘derrotada’, en el sentido de que sus consecuencias no serían lógicamente derivables.

En el ámbito del derecho, la derrotabilidad de las normas jurídicas es una tesis que ha sido defendida con una amplia variedad de argumentos diferentes. Aquí solo examinaremos brevemente dos de ellos: uno relacionado con la discusión sobre la relevancia normativa y las lagunas axiológicas que comentáramos en el módulo precedente, y el otro relacionado con los conflictos entre normas.

Una de las líneas de razonamiento empleadas con mayor frecuencia para sostener la idea del carácter derrotable de las normas jurídicas ha sido la siguiente: el proceso de reformulación e incorporación de excepciones en las normas jurídicas nunca podría considerarse completo, debido a que para decidir cualquier caso sería necesario evaluar la relevancia o irrelevancia de cada una de sus características particulares y, por ello, no sería posible invocar una regla predeterminada que declare la irrelevancia de cualquier característica de la situación que resulte diferente de aquellas que componen una lista ya cerrada.¹⁴⁴

Por esta razón, las normas jurídicas serían derrotables en el sentido de que estarían sujetas a excepciones implícitas que no resultarían taxativamente enumerables, de modo que solo suministrarían soluciones para los casos normales. De acuerdo con esta idea, la derrotabilidad sería un problema asociado a la imposibilidad por parte de la autoridad normativa de prever contingencias anormales o excepcionales al momento de dictar sus normas. La aceptación de una norma jurídica como inderrotable solo sería racional si se considerara toda posible característica de la situación en la que las propiedades que definen el caso genérico contemplado por la norma pudieran verificarse, y se juzgara que se debe actuar del mismo modo en todas ellas porque el resto de sus propiedades resultan normativamente irrelevantes.¹⁴⁵ Sin embargo, al promulgar normas las autoridades normativas solo podrían prever los casos normales. Sería imposible tomar en cuenta toda posible característica de los casos particulares para evaluar su relevancia o irrelevancia normativa. Por consiguiente, las normas jurídicas no podrían interpretarse como inderrotables porque ello implicaría una exclusión ciega y por adelantado de la posible relevancia de propiedades distintas de aquellas que fueron expresamente consideradas por la autoridad normativa.¹⁴⁶

Así, MacCormick ha sostenido que la derrotabilidad constituiría un problema omnipresente en la articulación del derecho: el de los límites de precisión o exhaustividad de su formulación. El derecho tiene que ser enunciado en términos generales, pero las condiciones formuladas en términos generales siempre podrían omitir referencia a alguna circunstancia que podría resultar relevante en cierto caso. Sería extremadamente difícil intentar una formulación de todas las condiciones que pueden hacer variar las soluciones establecidas en las normas jurídicas, de modo que ellas dejarían muchas condiciones subyacentes sin enunciar, especialmente las que solo se revelan en casos excepcionales.¹⁴⁷

Hemos visto en el módulo precedente el modo en el que, con la ayuda de la distinción entre los conceptos prescriptivo y descriptivos de permisión, era posible mostrar una ambigüedad en el principio 'Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido' y, con ello, rechazar la tesis de la necesaria completitud de los sistemas jurídicos. De manera análoga, el argumento que estamos considerando aquí, que defiende el carácter derrotable de las normas jurídicas con fundamento en la irracionalidad de reputar irrelevantes aquellas propiedades que no han sido expresamente contempladas como relevantes, puede ser examinado con mayor rigor con la ayuda de las diferentes nociones de irrelevancia normativa antes presentadas.

Recuérdese que sostener que en sentido prescriptivo una propiedad es normativamente relevante significa prescribir que un caso y su complementario *deben tener* distinto estatus normativo, en tanto que sostener que es una propiedad es normativamente relevante en sentido descriptivo es afirmar que de acuerdo con cierto sistema normativo un caso y su complementario *tienen de hecho* diferente estatus normativo.¹⁴⁸ Afirmar que una propiedad es descriptivamente irrelevante, en cambio, resulta un enunciado ambiguo: en sentido positivo una propiedad es descriptivamente

irrelevante si de acuerdo con cierto sistema normativo se ha correlacionado tanto el caso en que esa propiedad está presente como su caso complementario con la misma solución normativa, mientras que en sentido negativo una propiedad es descriptivamente irrelevante si de acuerdo con cierto sistema normativo no es cierto que exista una diferencia en las soluciones normativas entre el caso definido por tal propiedad y su complementario.¹⁴⁹

Teniendo estas distinciones en consideración, ha de observarse en primer lugar respecto de este argumento en apoyo de la derrotabilidad de las normas jurídicas que las autoridades jurídicas formulan ciertas oraciones a partir de las cuales se pueden identificar qué propiedades han sido expresamente consideradas como normativamente relevantes. Pero esas formulaciones normativas están sujetas a interpretación, y sería evidentemente un error hablar de relevancia normativa en el nivel de las formulaciones de normas, dado que tal cosa solo tiene sentido una vez que tales formulaciones han sido interpretadas. Ahora, cuando se identifica o asigna un significado a las formulaciones normativas, el intérprete puede tomar como relevantes no solo aquellas propiedades expresamente contempladas por las autoridades normativas sino también otras que puedan identificarse como tales a partir de otras expresiones de la autoridad o de otras fuentes del derecho admitidas como válidas. En otras palabras, el intérprete puede predicar la existencia de lagunas axiológicas entendido ello como la formulación de un enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas, que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa, identificando propiedades implícitamente relevantes, tal como vimos en el módulo precedente.

Esto podría llevar a pensar que el argumento aquí considerado para sostener el carácter derrotable de las normas jurídicas se centra en la posibilidad de que el intérprete incorpore propiedades relevantes implícitas en adición de aquellas expresamente consideradas como tales por las autoridades. Sin embargo, el problema reaparecería ahora en el nivel del intérprete: de acuerdo con cierta atribución de significado a las formulaciones normativas, existirán algunas propiedades relevantes (expresamente tomadas como tales por las autoridades normativas o implícitamente derivadas por el intérprete). La cuestión será ahora determinar qué ocurre con el resto de las propiedades concebibles: ¿deben ser tomadas como irrelevantes? Parecería que la posibilidad de introducir excepciones sobre la base de propiedades que no han sido tomadas en consideración aún no se ha eliminado. Como puede apreciarse, el problema no concierne a la posibilidad de incorporación de excepciones implícitas por parte del intérprete en el sentido aquí considerado.

En segundo lugar, no cabe duda de que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre es posible asignar relevancia normativa *prescriptiva* a ciertas propiedades que no fueron tomadas en cuenta por las autoridades. En otras palabras, si frente al conjunto de las propiedades que *son* relevantes de acuerdo con cierta norma, estimamos que el legislador ha omitido atribuir relevancia a ciertas propiedades que a nuestro juicio *deberían* serlo, ello equivaldría a decir que existe una laguna axiológica en el sistema normativo de referencia en el sentido de un enunciado de crítica formulado desde el punto de vista interno de cierto sistema axiológico. No obstante, el argumento considerado en apoyo de la derrotabilidad de las normas jurídicas no se refiere a lo que el sistema normativo *debería decir* sino en lo que realmente *dice*. Dicho argumento sostiene, como vimos, que las normas jurídicas *son* derrotables porque, como la evaluación de cualquier caso requeriría determinar la relevancia o irrelevancia de todas y cada una de sus características particulares, todas las normas jurídicas estarían abiertas a un número indeterminado de posibles excepciones.

Fuera de estas dos situaciones, esto es, los casos en los que podemos predicar la existencia de una laguna axiológica, ya sea entendida como un enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que identifica ciertas propiedades como implícitamente relevantes, ya sea como un enunciado de crítica respecto de un sistema normativo por haber omitido atribuir relevancia a propiedades que deberían serlo desde cierta perspectiva axiológica, el carácter aparentemente persuasivo del argumento considerado pierde gran parte de su fuerza.

Las autoridades normativas toman en cuenta ciertas propiedades, asignando (expresa o implícitamente) relevancia normativa a algunas de ellas y descartando otras como normativamente irrelevantes. En un análisis descriptivo del sistema normativo resultante, habrá ciertas propiedades descriptivamente relevantes y las restantes serán descriptivamente irrelevantes. Si el sistema no tiene defectos lógicos, esto es, si resulta completo y consistente, las nociones positiva y negativa de irrelevancia normativa serán coextensivas. En caso contrario, esas dos nociones de irrelevancia deben ser distinguidas, pero en cualquier caso las categorías de relevancia descriptiva e irrelevancia descriptiva negativa resultan conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. De manera que, si restringimos nuestra atención a un análisis descriptivo de los sistemas normativos, como por definición una propiedad solo puede ser considerada descriptivamente relevante en un cierto sistema normativo si sus normas establecen una diferencia en la calificación normativa de cierta acción en función de su presencia o ausencia, una vez que todas las normas del sistema han sido identificadas, todas las propiedades que no son descriptivamente relevantes son irrelevantes en sentido negativo.

Las cosas son diferentes cuando se cambia el enfoque y se asocia la idea de la derrotabilidad, no con un análisis descriptivo de los sistemas normativos, esto es, con la *identificación* de sus normas, sino con la *aplicación* de tales normas a problemas prácticos. En una lectura prescriptiva de la noción de irrelevancia, el enunciado 'Toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante' puede ser entendido como una directiva dirigida a los órganos jurisdiccionales en el sentido de que no deberían asignarle relevancia a ninguna otra propiedad que no haya sido explícitamente tomada como tal por el legislador. La presencia en un sistema jurídico de una regla de clausura de este tipo es obviamente una cuestión contingente, pero en caso de existir, el sistema en cuestión establecería lo que Schauer denomina un *modelo atrincherado* de aplicación de normas, de acuerdo con el cual los jueces carecerían de competencia para introducir excepciones en la aplicación de las normas generales fuera de aquellas expresamente introducidas por el legislador a través de otras normas generales.¹⁵⁰

Cuando los jueces se enfrentan al problema de determinar si una cierta propiedad debería ser considerada relevante para su decisión, y tal propiedad es descriptivamente irrelevante en sentido negativo de acuerdo con el sistema, puede ser que el sistema contenga o no una regla de clausura de la relevancia. Si existe una regla como esa, la propiedad en cuestión deberá ser considerada irrelevante. Y si el juez, a pesar de ello, decide tomarla como relevante para su decisión, estará dejando de lado la solución determinada por el sistema normativo. Por otra parte, si el sistema no contiene una regla de clausura de la relevancia, el juez no tendrá la obligación de considerarla irrelevante, pero si decide considerarla relevante, no podrá justificar su relevancia —ni su decisión— en las normas del sistema, debiendo en consecuencia recurrir a pautas extrasistemáticas a tal fin.¹⁵¹

En síntesis, es preciso revisar esta idea de que la aplicación de las normas jurídicas siempre exige una decisión discrecional por parte de los órganos jurisdiccionales entre alternativas abiertas

respecto de la relevancia o irrelevancia de toda propiedad que presenten los casos particulares, más allá de aquellas que han sido contempladas por el sistema. Ella 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 podrían tomar en cuenta para justificar sus decisiones. Pero esto es enteramente compatible con la tesis de que, restringiendo el análisis a la identificación de las normas jurídicas, esto es, sin tomar en cuenta otros posibles sistemas normativos que puedan competir con las soluciones jurídicas al momento de la toma de decisiones en casos particulares, todo sistema jurídico correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones normativas a ciertos casos.

Un segundo argumento en defensa de la tesis fuerte del carácter derrotable de –al menos algunas– normas jurídicas podría esquematizarse del siguiente modo. En nuestro análisis previo asumimos que, como las normas jurídicas promulgadas constituyen un conjunto finito, por vía de la revisión del antecedente de cada norma tomando en cuenta el resto de las normas promulgadas y las relaciones de preferencia que se reconozca entre ellas, sería posible identificar todas las excepciones que deberían introducirse en cada norma jurídica en función de lo previsto en las demás.¹⁵² Esta idea, no obstante, ha sido controvertida sobre la base de considerar que la identificación de todas las posibles excepciones a la solución correlacionada a cierto caso por una cierta norma jurídica exigiría contar con una jerarquía completa del conjunto de todas las normas jurídicas, de modo tal que para cualquier par de ellas que establecieran soluciones normativas incompatibles para casos lógicamente independientes existiera un criterio predeterminado de preferencia que asignara superioridad a una de ellas sobre la otra. Por contraste, si una cierta norma no registrara relaciones de preferencia con todas las restantes normas jurídicas, la solución normativa en ella prevista sería meramente derrotable. En otras palabras, si con relación a cierta norma N_1 existiera al menos otra norma N_2 en el sistema con una solución incompatible, y no existiera una relación de preferencia establecida entre ellas, como no podría excluirse la posibilidad de que N_2 introduzca una excepción respecto de N_1 , esta última debería ser considerada como meramente derrotable.

Algunos autores se han valido de esta idea para trazar una distinción cualitativa entre dos tipos de normas: las *reglas* –entendidas como normas inderrotables– y los *principios* –entendidos como normas derrotables– y han sostenido que los sistemas jurídicos serían un complejo conjunto de ambos tipos de elementos.¹⁵³ Bajo el presupuesto de que las ordenaciones jerárquicas en los sistemas jurídicos son ordinariamente incompletas, las reglas jurídicas –aquellas normas que tienen relaciones de preferencia preestablecidas con cualquier otra norma del sistema– coexistirían con los principios –aquellas normas que carecen de relaciones de preferencia preestablecidas con al menos una norma del sistema.

Este argumento es tan poco convincente como el anterior. Sea SJ un sistema jurídico integrado por las siguientes tres normas: N_1 correlaciona la obligación de llevar a cabo la acción s en el caso p ; N_2 prohíbe llevar a cabo la acción s en el caso q , y N_3 reputa facultativo llevar a cabo la acción s en el caso r . Supóngase adicionalmente que de acuerdo con SJ , N_1 es preferida sobre N_3 para cualquier caso de conflicto entre ambas y, de manera similar, N_2 es preferida sobre N_3 para cualquier caso de conflicto entre ambas, mientras que no se encuentra establecido ningún criterio de preferencia entre N_1 y N_2 . En el enfoque considerado, N_1 y N_2 serían normas derrotables, mientras que la revisión de N_3 incluyendo las excepciones introducidas por N_1 y N_2 sería una norma inderrotable. Utilizando el símbolo $>$ para representar un condicional derrotable y el símbolo \rightarrow para representar un condicional inderrotable, tendríamos:

$N_1: p > Os$
 $N_2: q > PHs$
 $N_3: (r \wedge \sim p \wedge \sim q) \rightarrow Fs$

A pesar de las apariencias, esta reconstrucción resulta inadecuada. Un análisis simple de todos los casos posibles definidos por las propiedades p , q y r alcanza para advertir que no existe aquí ninguna razón que justifique la introducción de la noción de derrotabilidad:

			N_1	N_2	N_3
p	q	r	Os	PHs	
$\sim p$	q	r		PHs	
p	$\sim q$	r	Os		
$\sim p$	$\sim q$	r			Fs
p	q	$\sim r$	Os	PHs	
$\sim p$	q	$\sim r$		PHs	
p	$\sim q$	$\sim r$	Os		
$\sim p$	$\sim q$	$\sim r$			

Tal como lo ilustra la tabla, este sistema es en realidad inconsistente en los casos de ocurrencia conjunta de p y q , dado que ambos casos se encuentran correlacionados con soluciones normativas incompatibles y no existen ningún criterio general de preferencia aceptado entre N_1 y N_2 a fin de resolver el conflicto. En cambio, dado que tanto N_1 como N_2 son preferidas a N_3 , la solución Fs solo es derivable en el caso 4, no en los tres anteriores a pesar de que todos esos casos son casos r . En consecuencia, una reconstrucción satisfactoria de SJ sería:

$N_1': p \rightarrow Os$
 $N_2': q \rightarrow PHs$
 $N_3: (r \wedge \sim p \wedge \sim q) \rightarrow Fs$

donde las tres normas consideradas son inderrotables. En otras palabras, cuando un sistema normativo no contiene una ordenación jerárquica que resuelva de manera unívoca cualquier posible conflicto normativo, de ello no se sigue que contendrá normas derrotables sino más bien que algunos de sus conflictos normativos permanecerán irresueltos. Tiene perfecto sentido utilizar la noción de derrotabilidad antes de considerar criterios jerárquicos entre las normas, pero una vez que tales criterios han sido considerados, la circunstancia de que resulten insuficientes para asignar una respuesta unívoca a cualquier posible conflicto no puede ser utilizada como argumento para justificar la conclusión de que las normas jurídicas poseen carácter derrotable.

Una posible objeción al análisis precedente podría consistir en sostener que en él la inderrotabilidad está siendo presupuesta, dado que a fin de concluir que existe una genuina contradicción normativa entre dos normas condicionales sería necesario interpretar que el antecedente de cada una de ellas expresa una condición suficiente para la solución normativa en ellas prevista.¹⁵⁴ Esto es correcto, pero hay al menos dos razones que lo justifican. En primer lugar, al considerarse ordenaciones entre normas en el planteo del ejemplo se está asumiendo que ellas pueden dar lugar a soluciones incompatibles, con lo que también en la postulación del caso se presupone que en las normas en juego sus antecedentes constituyen condiciones suficientes para la derivación de las consecuencias en ellas previstas. Si no fuera así, esto es, si no se asumiera que

sus antecedentes expresan condiciones suficientes para derivar las soluciones en ellas previstas, aunque esas soluciones sean entre sí incompatibles las tres normas serían perfectamente consistentes. En segundo lugar, si una cierta norma correlaciona una solución normativa con un caso genérico, para bloquear la derivación de tal solución en alguna instancia de dicho caso genérico se requiere de argumentos adicionales. Por consiguiente, una norma puede ser estimada como derrotable en la medida en que algún factor adicional la derrote. Las normas generales pueden desde luego estar sujetas a diversas excepciones, pero cada una de tales excepciones debe estar justificada mediante razones, y el único tipo de razones que puede justificarlas son otras normas generales. Esta idea se ve reflejada en la siguiente definición:

Una regla (por ejemplo, 'se debe hacer A dado B') es *derrotable* en un sistema normativo S si y solo si S contiene otra regla que establece que no se debe hacer A dado B y C o que está permitido no hacer A dado B y C. En tales casos la segunda regla *derrota* la primera.¹⁵⁵

La incompatibilidad entre soluciones normativas es una condición necesaria pero no suficiente de la derrotabilidad. Si no existen razones para asignar prioridad a una norma sobre otra en caso de conflicto, no parece sensato sostener que la primera *derrota* la segunda. En supuestos semejantes tiene sentido hablar de indeterminación del sistema normativo bajo consideración; no obstante, esta indeterminación no es producto de la derrotabilidad sino la simple consecuencia de la ausencia de un criterio general para resolver el conflicto.

Como puede apreciarse, al menos los argumentos considerados no parecen aptos para brindar apoyo a la tesis fuerte de que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de encontrarse sujetas a excepciones no exhaustivamente especificables.

12.4. Las naturalezas jurídicas

La búsqueda de significados 'verdaderos', 'reales' o 'intrínsecos' es un lugar común en el ámbito de la interpretación del derecho. En la dogmática jurídica es bastante usual que se parta del presupuesto ficticio de que el orden jurídico es autosuficiente y que el lenguaje del derecho es siempre preciso y no sufre problemas como la ambigüedad y la vaguedad.

Dentro de este marco se ubica la llamada búsqueda de la 'naturaleza jurídica' de alguna institución o hecho que es de interés para los estudiosos de cierta rama del derecho. En muchas ocasiones, cuando los juristas se enfrentan, por ejemplo, a un caso de vaguedad o de laguna con relación a alguna institución jurídica, en lugar de intentar clarificar cuáles son los criterios de uso existentes con relación a los términos problemáticos o directamente explicitar una definición estipulativa, se preguntan por su 'verdadera naturaleza jurídica' con la ilusión de que esa búsqueda aportará, al decir de Carrió, una clave de acceso a todos los hechos relevantes acerca del objeto x en una fórmula breve.¹⁵⁶

Por ejemplo, en nuestro país en materia de contratos se discutía frente al Código Civil de Vélez Sarsfield cuál era la 'naturaleza jurídica' del contrato de garaje. Se trataba de un contrato que no estaba específicamente regulado en el código, lo cual generaba dudas respecto de la solución jurídica que debía otorgarse a casos de controversia a su respecto. Para algunos, su 'naturaleza jurídica' era la de un contrato de depósito, razón por la cual entendían que eran las normas de este

último tipo de contratos, que sí se encontraban regulados por el Código Civil, las que debían aplicarse a los supuestos de controversia. Para otros, en cambio, su 'naturaleza jurídica' era la de un contrato locación, y era a las normas de este último a las que debía recurrirse para solucionar los casos problemáticos.¹⁵⁷ Como puede apreciarse, bajo el ropaje de haber descubierto la supuesta 'verdadera naturaleza jurídica' de una institución, lo que se hace es presentar una definición estipulativa como si fuese la única correcta, pretendiendo justificarse de tal suerte la extensión de la aplicación de una norma a casos no previstos originariamente por ella.

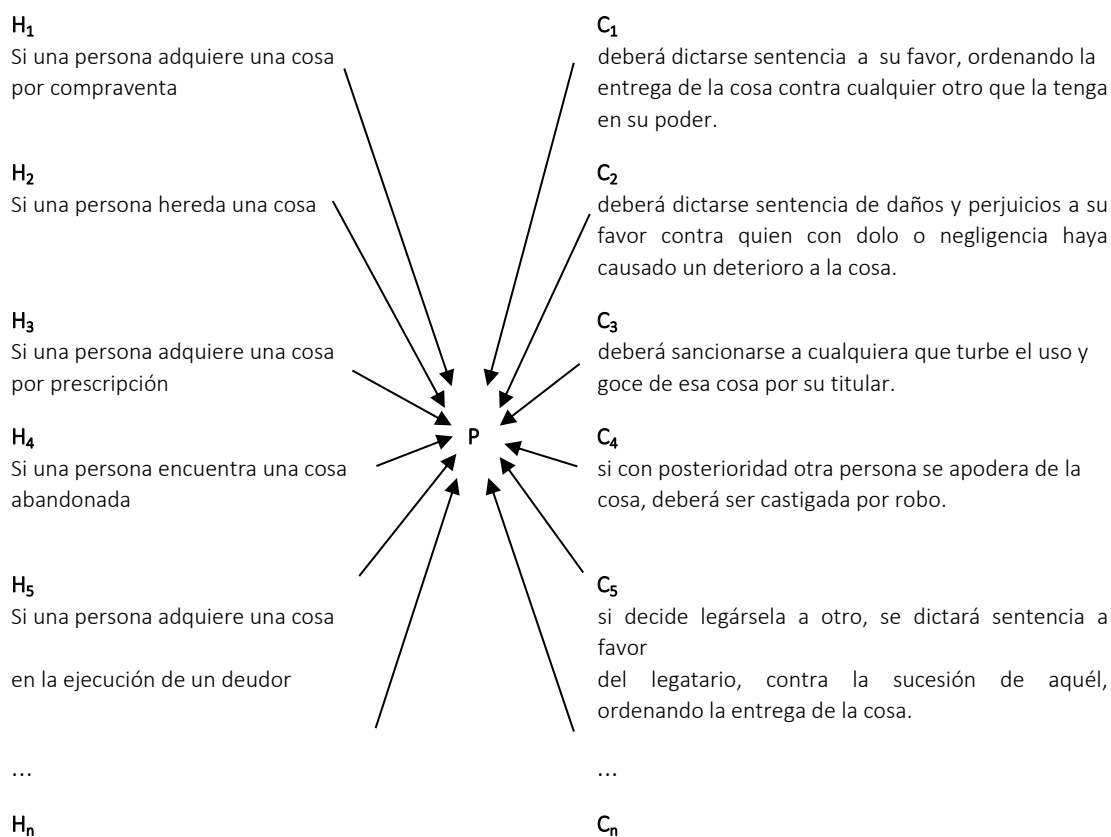
En otras ocasiones, el recurso a las 'naturalezas jurídicas' se transforma en una sofisticada herramienta de uso ideológico del lenguaje. Un claro ejemplo de ello puede apreciarse en la discusión de larga data en el ámbito del derecho de familia acerca de la 'verdadera naturaleza jurídica' del matrimonio. Para la doctrina contractualista tradicional, la 'naturaleza jurídica' del matrimonio es la de un contrato civil, que responde a la libre voluntad de los contrayentes. Como los contratos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual es obligatorio lo que las partes convienen libremente siempre y cuando no se transgreda con ello normas de orden público, de acuerdo con este enfoque en principio cualquier persona con la capacidad legal exigida podría contraer matrimonio, incluso aunque fuesen del mismo sexo, y los cónyuges estarían habilitados para rescindir o disolver su matrimonio de la misma manera en que las partes de cualquier contrato pueden rescindir o revocarlo a voluntad.

Para otros, la verdadera naturaleza del matrimonio sería la de una institución, esto es, al decir de Hauriou, una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, a cuyo fin se organiza un poder que requiere órganos, y los miembros del grupo social interesados en la realización de esta idea producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos.¹⁵⁸ Así, la autonomía de la voluntad quedaría restringida al acto del consentimiento, no rigiendo en cambio la relación matrimonial que surge a partir de ese acto, y como institución fundacional de la familia solo podría configurarse como la unión de un hombre y una mujer y no podría ser rescindido ni estar sujeto a modalidades.

Respecto de este recurso tradicional de la dogmática, se puede argumentar que no solo no existe algo que sea una 'esencia' o 'verdadera naturaleza' de ciertos términos o institutos del derecho sino, más aun, que muchos términos jurídicos de uso cotidiano (como 'matrimonio', 'propiedad', 'desalojo', 'depósito', etc.) no denotan nada en particular, de manera que esa búsqueda de su 'verdadera naturaleza' no es más que una quimera.

Como ha mostrado elocuentemente Alf Ross, términos semejantes carecen de *referencia semántica* y no cumplen otra función que la de permitir canalizar relaciones entre ciertos hechos condicionantes y ciertas consecuencias normativas. Esta idea es presentada por Ross a través de una alegoría: cuenta que en una imaginaria tribu primitiva sus miembros creen que en caso de que se viole un cierto tabú, como si se ingiere comida preparada para el jefe de la tribu, se mata a un animal tótem o un hombre se encuentra con su suegra, surge lo que se denomina *tû-tû*, que sería algo así como una fuerza muy peligrosa que amenaza a toda la tribu, razón por la cual quien esté en *tû-tû* debe ser sometido a una ceremonia de purificación.¹⁵⁹ Ross afirma que una expresión semejante no se corresponde con ninguna realidad, no tiene ninguna *referencia semántica*, esto es, no existe ningún objeto o entidad que satisfaga su denotación. En los hechos solo se puede constatar la violación del tabú y sus consecuencias, de manera que la expresión *tû-tû* operaría simplemente como un nexo entre la disyunción de todas las violaciones de un tabú y la conjunción de todas las consecuencias que esas violaciones tienen previstas según las normas de la tribu.

De manera similar, expresiones como ‘derecho subjetivo’, y otros muchos términos que se utilizan en el lenguaje jurídico, no serían para Ross más que una simple técnica de presentación de una pluralidad disyunta de hechos condicionantes y una pluralidad conjunta de consecuencias jurídicas. Tomando como ejemplo el derecho de propiedad, podría esquematizarse esto del siguiente modo:



Aquí H₁, ..., H_n serían los diferentes hechos condicionantes, P representaría el concepto de propiedad, y C₁, ..., C_n las distintas consecuencias jurídicas.

El uso de conceptos como el de derecho subjetivo no sería entonces más que un instrumento de representación de diferentes directivas de conducta, que clarificaría la exposición de las relaciones de correspondencia entre ciertos supuestos de hecho y ciertas consecuencias normativas. Su uso simplificaría el lenguaje jurídico, pero resultaría, a la vez, totalmente prescindible.¹⁶⁰ Como la lista de hechos y consecuencias podría variar de un sistema jurídico a otro, la idea de que la apelación a una ‘naturaleza jurídica’ común a todos los casos de uso de una cierta expresión puede permitir resolver casos de controversia, no solo se apoya en un presupuesto falso, sino que se revela claramente como un caso arquetípico de uso ideológico del lenguaje.

13. Interpretación y argumentación

13.1. Interpretación literal, extensiva y restrictiva

Las normas jurídicas se expresan básicamente en el lenguaje natural, si bien con algunos términos técnicos, a fin de hacerlas conocer a sus destinatarios. Debido a ello, a la hora de interpretar las formulaciones dadas a conocer por la autoridad normativa lo más natural resultaría atenerse al 'significado propio' de las expresiones que la componen, que es lo que ordinariamente se conoce como *interpretación literal* (a veces también se la califica como *gramatical o declarativa*). Si en cambio nos apartamos del sentido ordinario que poseen las formulaciones normativas, se habla de *interpretación correctora o sustitutiva*, la cual admite dos subclases: la *interpretación extensiva*, que amplía el sentido propio de las palabras del legislador, y la *interpretación restrictiva*, que lo acota o restringe.

De acuerdo con esta presentación simplificada, las nociones de interpretación literal e interpretación correctora son mutuamente excluyentes, es decir, una interpretación no puede ser a la vez literal y correctora, y son también conjuntamente exhaustivas, puesto que no podría haber una interpretación que no fuese literal ni correctora. Por otra parte, de las caracterizaciones ofrecidas surge con claridad que ambas nociones son lógicamente interdependientes, debido a que la interpretación correctora se define por oposición a la interpretación literal, siendo esta última la noción más básica.¹⁶¹

Una posible caracterización de la interpretación literal sería decir que ella consiste en atribuir a una formulación normativa el significado que resulta del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales del lenguaje natural en la que está formulada.¹⁶² En esta caracterización se ha sustituido la referencia al 'significado propio' de las palabras por el que resulta del uso y las reglas del lenguaje, lo cual constituye un avance ya que deja de lado la reminiscencia esencialista de que las palabras poseen un significado intrínseco independiente del uso que hacemos de ellas.¹⁶³

De todas maneras, la caracterización anterior sigue siendo problemática por varias razones. En primer lugar, no todas las expresiones lingüísticas que aparecen en las formulaciones normativas tienen las mismas características. Deberíamos por lo menos diferenciar tres tipos de expresiones:

a) aquellas que resultan de uso común, sin pertenecer a ningún lenguaje científico o técnico ('calle', 'mesa', etc.);

b) aquellas que no se emplean en el lenguaje corriente sino solo en el ámbito de cierta disciplina científica o técnica ('hipotenusa', 'enfiteusis', etc.);

c) aquellas que se utilizan con diferentes sentidos tanto en el lenguaje ordinario como en el lenguaje especializado de alguna disciplina científica o técnica ('avería', 'repetir').¹⁶⁴

¿Deberíamos entender que cuando se afirma que la interpretación literal consiste en asignar a las formulaciones normativas el significado determinado por el uso común, eso significa que cuando aparecen en ellas expresiones del tipo b) no podemos acudir a las convenciones existentes en cierto dominio técnico o científico específico? ¿Y qué hay de las expresiones de tipo c)? ¿Siempre debe prevalecer el significado ordinario, incluso frente a términos a los que el propio legislador o las convenciones prevalecientes entre los juristas asignan un sentido diferente?¹⁶⁵

Una segunda dificultad concierne al marco temporal de referencia al hablar del uso común u ordinario. Siendo que los usos y las reglas lingüísticas no son inmutables, sino que varían en el

tiempo, el resultado de remitirse a los usos lingüísticos variará según se tome en consideración el momento de la producción o el de la aplicación de las normas.

Haciendo jugar solo estas dos variables (uso común/uso especializado, momento de la producción/momento de la aplicación), lo que deba entenderse por interpretación literal se expande en cuatro posibles alternativas:

i) A las formulaciones normativas se les debe asignar el significado que resulte del uso ordinario de las palabras y las reglas gramaticales del lenguaje natural en el que se las expresa, vigentes al tiempo de su producción.

ii) A las formulaciones normativas se les debe asignar el significado que resulte del uso ordinario de las palabras y las reglas gramaticales del lenguaje natural en el que se las expresa, vigentes al tiempo de su aplicación.

iii) A las formulaciones normativas se les debe asignar el significado que resulte del uso especializado de las palabras y las reglas gramaticales del lenguaje natural en el que se las expresa, vigentes al tiempo de su producción.

iv) A las formulaciones normativas se les debe asignar el significado que resulte del uso especializado de las palabras y las reglas gramaticales del lenguaje natural en el que se las expresa, vigentes al tiempo de su aplicación.¹⁶⁶

A estas primeras ambigüedades debe adicionarse el hecho de que en la terminología de los juristas la expresión 'significado literal' se emplea con muchas connotaciones sutilmente diferentes, por lo cual, si se nos permite un juego de palabras, cabría postular que no existe un significado literal de 'significado literal'. Entre ellas cabe distinguir al menos las siguientes:¹⁶⁷

a) En ocasiones, por 'significado literal' se entiende el significado *prima facie* de un enunciado, aquel que es posible captar o comprender en forma inmediata por intuición lingüística. Este sentido se opone a un significado no inmediato, oculto, cuya identificación requeriría mayor reflexión. Contra esta caracterización podría objetarse que no todo significado inmediato es literal, ya que a veces, por caso, lo que comprendemos de manera inmediata o irreflexiva a partir de una formulación lingüística no es su sentido usual sino algún significado metafórico, y tampoco todo significado literal es inmediato, puesto que si la autoridad normativa emplea términos técnico-jurídicos especiales, nada comprendemos de manera inmediata sin conocer esos significados especiales.

b) Otras veces se entiende la expresión 'significado literal' como el significado *aparente* de una formulación normativa, para distinguirlo del significado profundo, 'correcto' o 'verdadero' que correspondería asignarle. En realidad, no parece que con esto se quiera decir algo distinto del significado inmediato o *prima facie*, solo que en este caso se le atribuye una connotación negativa para contrastarlo con otro que se asume como el correcto, lo que obviamente requiere de justificación adicional.

c) También hay casos en los que se emplea la expresión 'significado literal' de una cierta expresión lingüística para aludir a una expresión idéntica, que repite exactamente las mismas palabras de la formulación a interpretar. Desde luego, esta noción es enteramente trivial y está desprovista de todo poder explicativo.

d) Hay quienes definen el 'significado literal' como el significado no correctivo, esto es, aquel que no extiende ni reduce el significado de una formulación normativa. Al comienzo de este punto

se dijo que es bastante usual oponer la interpretación literal a la correctora, pudiendo esta última ser extensiva o restrictiva. No obstante, no es posible *definir* 'significado literal' como un significado no correctivo sin incurrir en circularidad si no se dispone de una caracterización independiente 'significado correctivo'. Y al menos a primera vista parecería que no se dispone de una caracterización independiente semejante, sino que más bien un significado se estima como extensivo o restrictivo respecto de otro más básico, que normalmente identificamos como el literal. Volveremos de todos modos sobre esta cuestión.

e) A veces por 'significado literal' de una formulación normativa se entiende aquel que resulta de la utilización de un argumento *a contrario* en función interpretativa (no productiva o creativa). Como luego veremos, el uso interpretativo del argumento *a contrario* se traduce en la máxima '*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*', esto es, el legislador ha dicho exactamente lo que pretendía decir, y en cuanto a lo que no ha dicho, no ha pretendido decirlo, pues si hubiera querido decirlo lo habría hecho. Ahora, si esto es así, entonces lo que se estaría haciendo al emplear de tal modo la argumentación *a contrario* sería excluir que se les asigne a las palabras un significado más amplio o más restringido que el que corresponde al uso ordinario o al uso especializado de los juristas, con lo cual se estaría presuponiendo en verdad el sentido que comentaremos a continuación.

f) Finalmente, a veces se considera que 'significado literal' es sinónimo de significado determinado exclusivamente por las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje, esto es, sin tomar en consideración el contexto de emisión de las formulaciones normativas de que se trate. Esto puede sonar en principio plausible, pero pensar en un significado enteramente acontextual de una cierta expresión resulta problemático por un conjunto de razones independientes. Primero, por la posible presencia de anáforas (expresiones que toman su significado y referencia de otra que las antecede) o de indexicales ('yo', 'aquí', 'hoy'). Segundo, porque como hemos visto, sin información adicional sobre el contexto de emisión no es posible determinar si una cierta expresión lingüística ('Está prohibido fumar') expresa una norma o una proposición normativa. Tercero, porque en muchos casos el significado resultante de las reglas sintácticas y semánticas es subdeterminado: como lo muestra entre otros Searle, el principio fregeano de composicionalidad del significado, según el cual el significado de un enunciado es una función del significado de las expresiones que lo componen, no puede determinar por sí solo el significado de los enunciados si no es tomando en cuenta un fondo de presuposiciones compartidas.¹⁶⁸

Debido a ello, habría que corregir el último de los sentidos diciendo más bien que el significado literal es el determinado por las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje ordinario, complementadas con los usos especializados jurídicos o no jurídicos que puedan resultar relevantes, más aquellos elementos contextuales que sirvan para aclarar ese significado, es decir, para resolver los problemas de ambigüedad o subdeterminación.¹⁶⁹

Si se admite esta caracterización de la interpretación literal, como se indicó al comienzo, podría decirse que aquella interpretación que no es literal es correctora, ya sea extensiva o restrictiva. De acuerdo con esto, podría decirse que una interpretación I_1 es restrictiva respecto de la interpretación literal I si la primera excluye al menos un caso que I incluye, y una interpretación I_1 es extensiva respecto de la interpretación literal I si la primera incluye al menos un caso que I excluye. En otras palabras, partiendo de la interpretación literal I que sería la interpretación básica, cualquier interpretación o bien coincide con I , o bien es restrictiva o extensiva respecto de ella con relación a cierto caso. Desde este punto de vista, si la calificación de extensiva o restrictiva se relativiza a ciertos casos, podría ocurrir que una misma interpretación I_1 sea extensiva respecto de

la interpretación literal I con relación a cierto caso y restrictiva respecto de I con relación a otro caso.

En la propuesta antecedente, las nociones de interpretación extensiva y restrictiva se caracterizan por contraste con la interpretación literal. No obstante, como alternativa se podría caracterizar a las nociones de interpretación extensiva y restrictiva por contraste recíproco de una y otra, ya sea porque debido a las dificultades apuntadas antes se abandona el concepto de interpretación literal, ya sea porque se estima que tanto la interpretación extensiva como la restrictiva quedan comprendidas dentro del marco general de la interpretación literal. De acuerdo con esta segunda alternativa, se podría sostener que una interpretación I_1 es restrictiva respecto de otra interpretación extensiva I_2 cuando I_1 excluye al menos caso incluido en I_2 y, correlativamente, una interpretación I_1 sería extensiva respecto de otra interpretación restrictiva I_2 cuando I_1 incluye al menos caso que resulta excluido por I_2 . En abstracto, solo podría decirse que una interpretación es desde este punto de vista restrictiva frente a otra extensiva si la primera excluye ciertos casos incluidos en la segunda, y la segunda, a su vez, no excluye ningún caso que la primera comprende. Y, desde luego, así concebida la distinción habría muchos casos de inconmensurabilidad, esto es, en los que no podríamos calificar a una interpretación como extensiva o restrictiva en abstracto frente a otra. Si en cambio este criterio de distinción se relativiza a cierto caso, se sigue que cualquier interpretación será o bien restrictiva o bien extensiva o bien equivalente comparándola con cualquier otra respecto de cierto caso. Pero bajo esta forma de entender la distinción, siendo ella relativa a un caso y a otra interpretación, podría ocurrir que una cierta interpretación I_1 resulte al mismo tiempo extensiva respecto de una interpretación I_2 y restrictiva respecto de una interpretación I_3 , e igualmente podría ocurrir que I_1 resulte restrictiva respecto de una interpretación I_2 con relación a un caso C_1 y extensiva respecto de esa misma interpretación I_2 con relación a otro caso C_2 .¹⁷⁰

13.2. La interpretación según su autor

En el derecho es posible distinguir actores con diferentes funciones y distintos objetivos, por lo que deberían evaluarse las características que asume la interpretación jurídica según quién sea su autor. Como los roles que cumplen los distintos protagonistas del derecho son diferentes, cabe suponer que esto tendrá su impronta en diferencias en cuanto a la actividad que cumplen como intérpretes de las normas jurídicas desde sus distintas perspectivas.

Una clasificación interesante de tipos de interpretación de acuerdo con la calidad del sujeto que oficia de intérprete es la propuesta por Kelsen entre lo que denomina *interpretación auténtica* e *interpretación no auténtica*. La interpretación auténtica sería aquella llevada a cabo por cualquier órgano encargado de la aplicación de normas; la interpretación no auténtica sería la que llevan a cabo quienes no revisten tal carácter, por ejemplo, un jurista o cualquier ciudadano.¹⁷¹ Estos dos tipos de interpretación resultan, como es obvio, conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes.

Con respecto a esta dicotomía es importante aclarar que, como para Kelsen en cualquiera de los diferentes niveles jerárquicos del derecho (salvo en los casos límite de la pura aplicación de una sentencia judicial por las fuerzas de seguridad y la pura creación de la primera constitución histórica), todo acto sería tanto de creación como de aplicación de normas, la interpretación auténtica comprendería tanto la que llevan a cabo los jueces cuando, al justificar sus decisiones

frente a casos particulares, deben interpretar las normas generales, como la que desarrollan los legisladores o los órganos de la administración.¹⁷²

La *interpretación legislativa* no solo se verifica porque la actividad que cumplen los legisladores supone la aplicación de ciertas normas jurídicas que regulan la producción del derecho y que, por ello, necesitan a su vez ser interpretadas, sino que además el legislador muchas veces se ve obligado a aclarar o precisar el alcance de las normas dictadas por él mismo como medio para eliminar o al menos disminuir imprecisiones, ambigüedades u otros defectos, o simplemente cuando quiere asignarle un sentido especial a cierta expresión utilizada. Cuando la precisión del significado de cierta formulación normativa se efectúa por medio del dictado de otra formulación normativa, ella tiene una fuerza vinculante de la que carecen las sugerencias de interpretación ofrecidas por los juristas o estudiosos del derecho. Como ejemplo de esto último puede citarse el Título XIII del Código Penal Argentino, que se ocupa de definir cómo han de entenderse algunos de los términos que contiene el propio Código Penal. Por ejemplo:

Queda comprendido en el concepto de 'violencia', el uso de medios hipnóticos o narcóticos (artículo 78, Código Penal Argentino).

Dejando de lado la actividad interpretativa cumplida por los legisladores, los tipos de interpretación de mayor relevancia son la *interpretación judicial*, que constituiría el caso paradigmático de interpretación auténtica, y la *interpretación doctrinaria*, que sería el caso paradigmático de interpretación no auténtica.

La interpretación judicial, esto es, la llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales también es calificada a veces como *interpretación operativa*, expresión con la cual se alude a su finalidad orientada a la aplicación de normas, por contraste con la interpretación doctrinaria, que tendría más bien una finalidad expositiva y sistematizadora. La interpretación judicial, al igual que la legislativa, se distingue de las que desarrollan otros sujetos por los efectos que el sistema jurídico le atribuye a sus resultados, lo cual justifica al menos en parte la taxonomía kelseniana al ubicarlas a ambas como supuestos de interpretación auténtica. Así, la interpretación judicial no solo resulta vinculante para las partes en un litigio, sino que además el sentido que le acuerdan los jueces de cierta jerarquía a las normas jurídicas puede ser de seguimiento obligatorio para órganos jurisdiccionales de inferior rango.

Por *interpretación doctrinaria* se entiende aquella que efectúan los juristas, esto es, quienes se dedican al estudio de una cierta rama del derecho. La finalidad de la tarea de los juristas es principalmente describir y sistematizar el material normativo, así como brindar pautas generales de interpretación. Tales pautas serán, como ya se examinó, producto de una actividad de tipo cognoscitivo frente a los casos claros, asumiendo entonces carácter declarativo o informativo y pudiendo en consecuencia evaluárselas como correctas o incorrectas. En cambio, frente a los casos problemáticos asumirá el carácter de sugerencias o propuestas, careciendo de toda fuerza vinculante más allá de las razones que puedan ofrecerse en su apoyo.

Algunos autores consideran que lo que distingue a la interpretación judicial de la doctrinaria no es solo la calidad de los sujetos involucrados en cada caso, sino además su objeto: mientras la interpretación doctrinaria sería una interpretación *en abstracto*, u 'orientada a los textos', en el sentido de que consistiría en la identificación del contenido de sentido expresada por un texto normativo sin referencia a ningún supuesto de hecho concreto, la interpretación judicial sería una

interpretación *en concreto*, u 'orientada a los hechos', pues consistiría en la subsunción de un supuesto de hecho en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto.¹⁷³ Sobre esta idea, no cabe duda de que los jueces en general interpretan las normas para aplicarlas a casos particulares, en tanto que los juristas suelen brindar pautas de interpretación sin considerar casos particulares. Sin embargo, la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto sufre problemas similares a los que puntualizáramos en el módulo II respecto de la distinción entre conflictos normativos en abstracto y conflictos normativos en concreto: la actividad interpretativa que cumplen los jueces, más allá de que se lleve a cabo en general a fin de proceder a la aplicación de una norma a un caso individual, esto es, a fin de decidir la subsunción de un caso individual en un caso genérico, consiste igualmente en determinar el significado de las normas generales que ha de aplicar y, por ende, un proceso de subsunción genérica, de identificación del alcance de cierto caso genérico. Por otra parte, ni siquiera es correcto sostener que los jueces siempre interpretan para aplicar normas a casos particulares: piénsese en los casos en los que se les acuerda potestad para controlar la constitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes*, esto es, no circunscriptos a un caso particular. E igualmente, nada impide que pueda haber supuestos en los que la interpretación doctrinaria se oriente a casos individuales.

13.3. Directivas de interpretación

Como veremos más adelante,¹⁷⁴ las actividades que cumplen los jueces y los juristas se encuentran sujetas a mayores exigencias de racionalidad que las que pesan sobre otros actores jurídicos. Esa mayor exigencia los coloca frente a una seria dificultad práctica cuando se enfrentan a casos problemáticos, a situaciones en las que la actividad interpretativa no puede alcanzar un resultado unívoco. En tales casos, en la atribución de significado a una formulación normativa, jueces y juristas recurren comúnmente a un repertorio de recursos para intentar justificar la existencia de un único significado 'correcto' o 'verdadero', evidenciando así una marcada inclinación por una concepción esencialista del lenguaje.

La función de esos recursos utilizados por los juristas consiste en conferir visos de objetividad a la tarea de selección de uno entre diferentes posibles sentidos de una formulación normativa, tarea que más allá de los casos claros comporta una decisión valorativa no sujeta a pautas objetivas. Es usual que la doctrina se refiera a esos recursos como diferentes 'elementos', 'métodos', 'cánones', 'técnicas' o 'directivas' de interpretación. Todas estas expresiones sugieren que su utilización permitiría conducir a un resultado unívoco en la interpretación de cualquier texto legal.

La idea de que la utilización de ciertas técnicas o métodos de interpretación habilitaría a alcanzar una única interpretación correcta de cualquier norma jurídica no es solo un presupuesto asumido por muchos juristas y teóricos del derecho, sino que muchas veces se concreta en explícitas directivas impartidas por el legislador sobre el método a seguir para asignar sentido a sus expresiones. Como ejemplo considérense los artículos 3 y 4 del Código Civil español:

Artículo 3: '1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las

normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita’.

Artículo 4: ‘1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón ...’.

En el mismo sentido, el artículo 2 del Código Civil y Comercial argentino dispone:

Artículo 2: ‘Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento’.

Un ejemplo clásico de esta visión de las directivas de interpretación en el derecho es la ofrecida por F.C. von Savigny, quien distinguía cuatro ‘elementos’ que el intérprete debía tomar en cuenta al dotar de sentido a cierto texto legal, dado que su ‘significado correcto’ dependería de ellos. Estos elementos eran, a su juicio, un *elemento gramatical*, consistente en el lenguaje de las leyes, las palabras empleadas por el legislador para comunicar su pensamiento; un *elemento lógico*, consistente en la descomposición del pensamiento del legislador o las relaciones lógicas entre las distintas partes de la ley; un *elemento histórico*, consistente en el estado del derecho sobre la materia en la época de promulgación de la ley, y finalmente, un *elemento sistemático*, consistente en el lazo que ligaría las instituciones y reglas de derecho en una unidad.¹⁷⁵

Un modelo de análisis de las directivas de interpretación de similares características es el propuesto por Robert Alexy.¹⁷⁶ Como lo observa Chiassoni, se trata de un modelo normativo, puesto que pretende establecer qué condiciones deben ser satisfechas en un estado constitucional y democrático de derecho para considerar racionalmente justificadas las premisas normativas de los razonamientos judiciales.¹⁷⁷

Los argumentos que deberían utilizarse a tal fin serían, según Alexy, de cuatro tipos básicos: a) argumentos lingüísticos, b) argumentos genéticos, c) argumentos sistemáticos y d) argumentos prácticos generales. A los primeros tres los califica como institucionales, pues su fuerza dependería de un sistema jurídico con las características propias de un estado constitucional de derecho, en tanto que a los últimos los califica como sustanciales, pues su fuerza dependería de cierta concepción de ética normativa.

Entre los argumentos lingüísticos se contarían los argumentos semánticos, basados en el significado común o técnico de las palabras, y los argumentos sintácticos, referidos a la estructura gramatical de las normas. Los genéticos serían los que apelan a la voluntad del legislador histórico. Los sistemáticos, basados en la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico, conformarían un conjunto heterogéneo que incluiría: i) argumentos de coherencia; ii) argumentos contextuales, fundados en el lugar que ocupa la disposición entre las fuentes del derecho (*sede materiae*); iii) argumentos sistemático-conceptuales, centrados en la claridad, unidad formal y completitud sistemática; iv) argumentos que apelan a principios; v) argumentos jurídicos especiales, como el analógico, el *a contrario*, el *a fortiori* y el *ad absurdum*; vi) argumentos centrados en los precedentes judiciales; vii) argumentos históricos, basados en la sistematicidad diacrónica del ordenamiento jurídico, y viii) argumentos comparativos a partir de la sistematicidad entre

ordenamientos diversos. Los argumentos prácticos generales comprenderían los argumentos teleológicos, que se centrarían en las consecuencias de la interpretación y se basarían en una idea de bien, y los argumentos deontológicos, que se centrarían en lo que es justo con independencia de sus consecuencias.

La primera regla interpretativa de acuerdo con Alexy sería la de la completitud de la argumentación interpretativa, que establecería que los jueces deben siempre utilizar todos los argumentos que resulten pertinentes para la interpretación de cierta disposición. La regla de la formulación exhaustiva de los argumentos, que reflejaría la exigencia de sinceridad argumentativa, establecería que los argumentos deberían formularse de manera exhaustiva, explicitando sus presupuestos de hecho y los datos empíricos sobre los que se basa. Estas dos reglas procedimentales se complementarían con reglas de precedencia entre argumentos, que deberían en general ajustarse a dos meta-exigencias: que las preferencias entre argumentos no deben instituirse *ad hoc* sino mediante normas universales, y que ellas deben tomarse como pautas presuntivas, fijando preferencias derrotables, cuyo peso no podría establecerse *a priori*.

Las reglas de precedencia establecerían, en primer lugar, que los argumentos institucionales deberían preferirse a los argumentos prácticos generales en caso de discordancia. En caso de discordancias entre argumentos institucionales, los lingüísticos deberían preferirse a los genéticos y sistemáticos, y los genéticos a los sistemáticos, todo ello siempre con carácter derrotable. Una situación problemática se presentaría cuando todos los argumentos institucionales pertinentes convergen en una solución que resulta incompatible con la solución unívoca que se sigue de los argumentos prácticos generales. En tal hipótesis, si se confiriera preferencia a los segundos, ello significaría optar por una interpretación correctora.

Pese a que Alexy reconoce que, por diferentes razones, pueden existir situaciones en las que las reglas interpretativas no ofrezcan un método que permita alcanzar resultados unívocos,¹⁷⁸ de todos modos considera que ellas poseen al menos una *pretensión de corrección*.

Sin embargo, resulta claro que estos distintos 'métodos', 'técnicas' o 'elementos' 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 autores como Alexy 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 métodos para encontrar una única interpretación 'correcta' o 'verdadera' de las formulaciones normativas dadas a conocer por el legislador cuando ellas resultan imprecisas o ambiguas.

Vale aclarar que lo señalado en el párrafo antecedente no debe confundirse con la igualmente infundada tesis de que ninguna conclusión interpretativa puede considerarse objetivamente correcta, 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 ocasiones ellos converjan en una misma interpretación, o que al menos frente a ciertos casos, todas las interpretaciones admisibles concuerden.

De todos modos, más allá de esta salvedad, en adelante prescindiremos de utilizar expresiones como 'directivas', 'métodos', o 'técnicas' de interpretación, que como se dijo parecen sugerir que ellas ofrecen una vía para alcanzar *la* única interpretación correcta, y utilizaremos en cambio la expresión 'argumentos interpretativos' para referirnos a los diversos recursos retóricos que los juristas emplean en el dominio de la interpretación.

13.4. Argumentos interpretativos

Siguiendo a Riccardo Guastini, los diferentes argumentos interpretativos pueden ser clasificados según brinden apoyo a una interpretación literal o a una interpretación correctora, y en este último caso, a una interpretación extensiva o restrictiva.¹⁷⁹

Entre los argumentos que permitirían justificar una interpretación literal de las formulaciones normativas se contarían, en primer lugar, el *argumento del lenguaje común*, que sostiene que debe privilegiarse el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales comúnmente aceptadas y, en segundo lugar, el *argumento a contrario en función puramente interpretativa*, que ya hemos comentado. Para poner un ejemplo, frente al artículo 18.1 de la Constitución italiana, que reza: 'Los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente ...', el uso de un argumento interpretativo *a contrario* indicaría que ese texto debe entenderse en el sentido de que *solo* los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente, y nada podría concluirse sobre los no ciudadanos.¹⁸⁰

Entre los argumentos que permitirían justificar una interpretación correctora en general, esto es, no en particular una extensiva o restrictiva, sino cualquiera de ellas, se contaría en primer lugar el *argumento de la intención del legislador*. Este argumento tiene dos versiones: una subjetiva y otra objetiva, que dan cuenta de dos diversas actitudes interpretativas que generalmente se asumen frente a un texto lingüístico. En la versión subjetiva, el elemento decisivo sería determinar la *intención histórica del legislador*, es decir, la intención perseguida por los miembros de la legislatura en el proceso de su promulgación. En esta versión se acude para justificar una cierta interpretación de un texto legal a las exposiciones de motivos, los debates parlamentarios, u otros antecedentes legislativos que permitan dilucidar cuál habría sido la intención efectiva de las autoridades normativas. En algunos casos parecería existir suficiente prueba de la intención subjetiva del legislador histórico, pero desde luego que esto no es lo usual. Frecuentemente los 'trabajos preparatorios' de una ley no proveen prueba adecuada de ninguna intención en particular, o contienen tantos enunciados de intención contradictorios como para abrir un amplio margen de elección. En verdad, resulta prácticamente imposible acceder a la voluntad o intención genuina del autor de una norma, sobre todo cuando ella es el resultado de un acto que se imputa a un órgano colegiado. La versión objetiva busca en cambio determinar el significado de un texto legal considerando, no ya la intención del legislador histórico sino más bien la *ratio legis*, esto es, la intención del legislador pero concebido este como un ser racional ideal, responsable de la promulgación de ese conjunto de formulaciones normativas en las circunstancias políticas relevantes. De manera que, desde este punto de vista, la interpretación se independiza de lo que podría haber sido la intención histórica del legislador, persiguiéndose la identificación del fin

objetivo de la ley, asumiéndose que toda persona razonable adoptaría, en las circunstancias interpretativas actuales, la interpretación que se corresponde con esa intención objetiva, que ordinariamente no es sino una proyección de los propósitos del propio intérprete.

Otro tipo de argumento empleado para justificar interpretaciones correctoras es el *argumento apagógico o ad absurdum*, que apelando a la supuesta 'razonabilidad' del legislador impediría atribuir a una formulación normativa un significado que consista en una norma absurda en cualquier sentido. También el *argumento de la naturaleza de las cosas*, que justificaría apartarse de la interpretación literal por falta de adecuación a la realidad debido a un cambio en las circunstancias de hecho.

El grupo más importantes de argumentos que se utilizarían en apoyo de una interpretación correctora en general sería el de los *argumentos sistemáticos*. La idea básica de este tipo de argumentos consistiría en determinar el sentido de una formulación normativa tomando en cuenta no solo el significado de los términos que la conforman, sino también su articulación con otros textos legales. Esta articulación con otros textos permitiría, frente a una formulación normativa con varios significados, privilegiar aquel que resulte congruente con otras disposiciones.

Los argumentos sistemáticos asumen diversas formas. Entre las más importantes de ellas se cuentan las siguientes: a) el *argumento sistemático a rúbrica*, que establece que, dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debería ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que la incluyen; b) el *argumento sistemático de combinación*, que articula diferentes fragmentos de normas expresadas por distintas formulaciones para obtener una norma completa; c) el *argumento sistemático sedes materiae*, que establece que, dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debería ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte; d) el *argumento sistemático de la constancia terminológica*, que presume que el legislador siempre emplea un mismo término con el mismo significado con independencia de su ubicación y, recíprocamente, que cuando emplea términos diferentes no podría asignárseles el mismo significado; e) el *argumento sistemático ab coherencia en sentido estricto*, que establecería que, dado un cierto texto legal, debería evitarse obtener de una de sus formulaciones una norma incompatible con otras derivables del mismo texto (coherencia horizontal), y f) el *argumento sistemático ab coherencia en sentido amplio*, o de *interpretación conforme*, que establecería que, dadas dos formulaciones normativas ordenadas jerárquicamente, se debería evitar obtener de una de las formulaciones normativas del texto subordinado una norma incompatible con aquellas derivables del texto supraordenado (coherencia vertical).

Los *argumentos evolutivos o del significado actualizado* también permitirían justificar, según las circunstancias, interpretaciones extensivas o restrictivas, ya que la evolución del conocimiento o las costumbres podría ampliar a restringir el alcance que antes se les acordaba a los textos legales. Lo mismo acontecería con el *argumento teleológico* y el *argumento pragmático*. El primero acudiría a la evaluación de las consecuencias que se seguirían de las distintas interpretaciones posibles de un cierto texto legal para seleccionar aquella que posea las consecuencias más valiosas o, al menos, para descartar aquellas que posean las consecuencias que se reputen más disvaliosas. Se trata, como es obvio, de un procedimiento que posee una carga de discrecionalidad muy alta, ya que diferentes intérpretes pueden asignar consecuencias diferentes a una misma norma y, sobre todo, pueden valorar de manera muy distinta esas consecuencias. El argumento pragmático, por su parte, establecería que, dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados,

ella debería ser interpretada optando por aquel que la haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo de los significados que la conviertan en ineficaz a ese respecto.

Entre los argumentos utilizados para intentar justificar una interpretación correctora específicamente de tipo extensiva se ubicarían el *argumento a fortiori* en sus dos variantes, *a maiore ad minus* o *a minore ad maius*, y el *argumento a pari o a simili*, argumentos que luego examinaremos con detalle. Y entre los utilizados para intentar justificar una interpretación correctora específicamente de tipo restrictiva se ubicarían el *argumento a contrario en función puramente interpretativa*, que ya comentamos, y el *argumento de la disociación*, que privilegiaría una interpretación restrictiva de las formulaciones normativas, estableciendo distinciones implícitas en la clase de casos que surgirían de los términos utilizados por el legislador a efectos de concretar las normas, rechazando en consecuencia que ciertos casos individuales sean subsumibles en ellas.¹⁸¹

Por la particular importancia que poseen para proponer soluciones para casos no previstos, esto es, no para justificar una cierta lectura de una formulación normativa preexistente, sino más bien para producir directamente una norma nueva, merecen un análisis detenido los *argumentos a fortiori*, *a pari* y *a contrario*.

En uno de sus primeros trabajos, Carlos Alchourrón evaluó las críticas dirigidas contra la utilización de la lógica formal para el esclarecimiento de los problemas jurídicos, en particular para el análisis de ciertas formas de argumentación jurídica como los argumentos por analogía.¹⁸²

Es bueno recordar aquí que un razonamiento se considera lógicamente válido cuando, si sus premisas son verdaderas, entonces necesariamente lo es también su conclusión. Para que un razonamiento sea válido no se exige que las premisas sean verdaderas sino que su verdad se presenta a título de hipótesis: si lo son, entonces su conclusión no podrá ser falsa; si no lo son, el valor de verdad de la conclusión podrá ser cualquiera. La validez de un razonamiento garantiza la verdad de la conclusión solo en caso de que sus premisas sean correctas.

Alchourrón sostiene que los argumentos por analogía, tal como se los utiliza en el discurso jurídico, no son lógicamente válidos. No obstante, la lógica de relaciones permitiría dar cuenta de que, en ciertas circunstancias, tales argumentos pueden conducir a conclusiones perfectamente justificadas. Para ello sería preciso, sin embargo, poner de manifiesto cuáles son los presupuestos necesarios y suficientes para que constituyan formas válidas de argumentación. Esto permitiría advertir que en su uso jurídico corriente se los emplea presuponiendo ciertas premisas cuya verdad difícilmente podría justificarse.

Entre los distintos tipos de razonamientos por analogía deben distinguirse aquellos que se denominan razonamientos *a fortiori* –que se apoyan en relaciones cuantitativas de comparación– y aquellos que se denominan razonamientos *a pari* o *a simili* –que se apoyan en una relación de semejanza. A su vez, los primeros pueden ir de lo más a lo menos –*ad maiore ad minus*– o de lo menos a lo más –*a minore ad maius*.

De acuerdo con Alchourrón, lo que los juristas califican como argumentos *a fortiori* tendría una estructura semejante a la siguiente: ‘Como los préstamos con un interés de un 12 % anual están permitidos, con mayor razón (*a fortiori*) están permitidos los préstamos con un interés del 8 % anual’. Una inferencia de este tipo –razonamiento *a fortiori a maiore ad minus*– consta de dos

enunciados, uno como premisa y el otro como conclusión, afirmándose en cada uno que cierta conducta está permitida. Sin embargo, resulta obvio que en ella se toma en consideración alguna relación especial entre las dos acciones para poder afirmar, a partir de la permisión de la primera, la permisión de la segunda. De tal manera, el razonamiento opera con una premisa implícita, cuya verdad se da por sobreentendida: los préstamos al 8 % de interés anual son menos onerosos que los préstamos al 12 % de interés anual. Esta relación ('ser menos oneroso que') es irreflexiva (x no es menos oneroso que x), asimétrica (si x es menos oneroso que y , y no es menos oneroso que x) y transitiva (si x es menos oneroso que y , e y es menos oneroso que z , entonces x es menos oneroso que z).

Este tipo de razonamientos usados por los juristas guarda cierto parecido con los razonamientos *a fortiori* de la lógica escolástica, pero con una importante diferencia: si bien los últimos eran lógicamente válidos, este no lo es. Y ello por cuanto el carácter permitido de una conducta es una propiedad que puede o no ser *heredada* a través de la relación 'ser (un préstamo) más/menos oneroso que'. Para que un razonamiento de esta especie sea lógicamente válido, se requeriría de una tercera premisa que afirme que la propiedad 'permitido' es hereditaria con respecto a la relación en cuestión, esto es, que se transmite de un elemento a otro a través de esa relación. En el caso del ejemplo, que la calidad de 'permitido' que posea un préstamo se transmite a los préstamos menos onerosos. Este carácter hereditario pretendería expresarse en el derecho mediante el adagio 'quien tiene derecho a lo más, tiene derecho a lo menos'.

Si utilizamos P para representar la calificación normativa permitido, x para representar a los préstamos al 12% de interés anual, y para representar a los préstamos al 8% de interés anual, R para representar a la relación 'ser más oneroso que' y Her para el carácter hereditario de la propiedad a través de la relación aludida, la estructura completa de un razonamiento *a fortiori a maiore ad minus* para ser válido sería:

Px	Están permitidos los préstamos al 12% de interés anual.
Rxy	Los préstamos al 12% de interés anual son más onerosos que los préstamos al 8% de interés anual.
$Her(P, R)$	Están permitidos los préstamos menos onerosos que los préstamos permitidos.
$\frac{P}{Py}$	Están permitidos los préstamos al 8% de interés anual.

Este razonamiento sí sería válido, puesto que la verdad de la conclusión se sigue lógicamente de la verdad las premisas: si es verdad que los préstamos al 12% anual están permitidos, si es verdad que los préstamos al 12% anual son más onerosos que los préstamos al 8% anual y si, por último, es verdad que si un préstamo está permitido, esa calificación normativa se transmite a (es heredada por) otro préstamo menos oneroso que el primero, es lógicamente correcto concluir que los préstamos al 8% de interés anual están permitidos.

Por esta razón, aunque la mayoría de las argumentaciones jurídicas *a fortiori* resultarían inválidas desde el punto de vista lógico, algunas de ellas podrían admitirse como válidas, en la medida en que estas premisas implícitas fuesen correctas. En particular, debe destacarse que la tercera premisa no es verdadera por razones lógicas: que una calificación normativa se transmita (se herede) de un elemento a otro si se da cierta relación es una pauta valorativa contingente que puede variar de un sistema jurídico a otro y también dentro de un mismo sistema jurídico en distintas situaciones o contextos. Además, cambiando la relación R cambiará el contenido de dicha premisa, pudiendo en ciertos casos ser verdadera en un sistema jurídico y no en otros. Finalmente,

Alchourrón pone de relieve que esta premisa implícita que reputa hereditaria la calificación normativa permitido a través de la relación aquí considerada no tiene el mismo alcance que pretende darse al adagio ‘quien tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos’, dado que este último significaría que la propiedad permitido es hereditaria con referencia a *toda* relación que indique mayor magnitud, lo cual podría perfectamente ser falso –de hecho es de presumir que sería falso en la mayoría de los sistemas jurídicos– y pese a ello tener algunos casos particulares verdaderos –como podría ser el caso de los préstamos más y menos onerosos.

Para demostrar esto, Alchourrón utiliza el siguiente ejemplo: si en una comunidad se impusiera a sus habitantes la obligación de entregar al Estado como mínimo el 25 % de sus ingresos, en dicha situación estaría permitido entregar el 25 %, pero no lo estaría entregar menos. Por ello, la propiedad permitido no sería hereditaria con referencia a la relación ‘ser una entrega de dinero mayor que’, pues en este caso se podría entregar más pero no menos. Situaciones semejantes ponen de manifiesto que el adagio es falso en la amplitud con la que se lo formula, pero ello no significaría que no pudiesen existir casos en los que fuese correcto afirmar el carácter hereditario de ciertas propiedades respecto de ciertas relaciones, lo que permitiría construir ciertas argumentaciones *a fortiori* correctas.

Para completar lagunas normativas, los juristas recurren a menudo a otra forma de argumentación que resulta inversa a la anterior. Un razonamiento *a fortiori a minore ad maius* de carácter permisivo, que pretende apoyarse en la máxima ‘quien puede lo menos puede lo más’, debería ajustarse a la estructura siguiente para ser válido:

P_y	Está permitido aportar al Estado el 25% de los ingresos.
R_{xy}	Un aporte del 50% de los ingresos es un aporte mayor que uno del 25%.
$Her (P, Conv R)$	Están permitidos los aportes mayores a los aportes permitidos.
P_x	Están permitidos los aportes al Estado del 50% de los ingresos.

Aquí P sigue simbolizando permitido, x representa aportar al Estado el 50% de los ingresos, y representa aportar al Estado un 25% de los ingresos, R la ‘ser mayor que’, $Conv R$ la relación conversa de R , es decir, ‘ser menor que’ y Her la hereditariadad, indicando $Her (P, Conv R)$ que la permisión es hereditaria, no respecto de la relación R sino de su relación conversa.

Un razonamiento con esta estructura resultaría válido por cuanto, si es cierto que está permitido aportar el 25% de los ingresos, si es cierto que un aporte del 50% es mayor que uno del 25%, y si es cierto que si un aporte está permitido, esa calificación normativa se transmite a (es heredada por) un aporte mayor que el primero, es lógicamente correcto concluir que los aportes del 50% de los ingresos están permitidos. Claro que para ello sería necesario que todas estas premisas fuesen correctas, algo que no se encontraría acreditado en la mayor parte de los casos de uso de esta forma de argumentación.

Alchourrón finaliza su análisis considerando a los razonamientos *a pari* o *a simili*. Aquí, si P representa la calificación normativa permitido, x representa ser un préstamo al 12% de interés anual, y representa ser un préstamos al 1% de interés mensual, S una relación –que podemos llamar de *semejanza*– consistente en ‘ser tan oneroso como’ o ‘ser igualmente oneroso que’, reflexiva (x es tan oneroso como x), simétrica (si x es tan oneroso como y , y es tan oneroso como x) y transitiva (si x es tan oneroso como y , e y es tan oneroso como z , entonces x es tan oneroso como

z), y Her representa el carácter hereditario de la propiedad P por la relación considerada, un razonamiento *a pari* permisivo para ser válido debería adecuarse al siguiente esquema:

Px	Están permitidos los préstamos al 12% de interés anual.
Sxy	Un préstamo al 12% anual es tan oneroso como uno al 1% mensual.
$Her (P, S)$	Están permitidos los préstamos tan onerosos como los préstamos permitidos.
<hr/>	
Py	Están permitidos los préstamos al 1% de interés mensual.

Este razonamiento es lógicamente impecable, por cuanto puede inferirse válidamente que los préstamos al 1% de interés mensual están permitidos siempre que sean verdaderas las tres premisas del argumento, lo cual suele soslayarse en el uso jurídico corriente puesto que en él se presenta a la conclusión como si pudiese derivarse directamente de la primera premisa.¹⁸³

Manuel Atienza ha formulado algunas objeciones contra este análisis de Alchourrón de los razonamientos por analogía.¹⁸⁴ En primer lugar, Atienza sostiene que el aforismo ‘quien puede lo más, puede lo menos’ sí podría considerarse como una ley lógica (de la lógica de normas) si se interpretara que el operador lógico con que se corresponde el ‘puede’ del aforismo en cuestión no es la permisión simple (P) sino la doble permisión o facultamiento (F). Si se lo entendiera en esta forma, según Atienza:

... el aforismo sí que parece servir sin excepciones para la función que se le atribuye en la argumentación jurídica, pues el carácter ‘facultativo’ de una acción es siempre heredable a través de cualquier relación de cantidad.¹⁸⁵

En tal sentido, cuestiona el ejemplo de Alchourrón –si estuviese permitido aportar el 25 % de los ingresos pero no menos, la propiedad permitida no sería hereditaria con respecto a la relación ‘ser una entrega de dinero mayor que’–, señalando que en él se presupondría que la permisión de pagar el 25% de los ingresos deriva de la obligación de efectuar dicho pago, tratándose en consecuencia de una permisión simple. Si en cambio fuera facultativo pagar un 25% de los ingresos, entonces también lo sería pagar una cantidad inferior.

Es tan fuerte la tesis de Atienza –el carácter facultativo de una acción sería siempre heredable a través de cualquier relación de cantidad– que basta con analizar un par de contraejemplos para advertir su falsedad. Supóngase que en un cierto ordenamiento jurídico estuviese permitida la tenencia de estupefacientes siempre que ella fuese para consumo personal, estando prohibida en caso contrario. Dicha permisión sería un claro ejemplo de ‘permisión doble’: estaría permitido tener estupefacientes para consumo personal tanto como no tenerlos. Supóngase también que en dicho ordenamiento se interpreta que constituye ‘tenencia para consumo personal’ la tenencia de hasta un gramo de cocaína. Si Atienza estuviera en lo cierto, sería lógicamente correcto el siguiente razonamiento:

Fy	Es facultativa la tenencia de 1 gramo de cocaína.
Rxy	La tenencia de 10 toneladas de cocaína es superior a la tenencia de 1 gramo de cocaína.
$Her (F, Conv R)$	Es facultativa la tenencia de cocaína en cantidad superior a la permitida.
Fx	Es facultativa la tenencia de 10 toneladas de cocaína.

Pero esto es absurdo, lo cual pone de manifiesto que la tesis de Atienza es insostenible, al menos con la amplitud con la que se la formula. Sin embargo, se podría pensar que el aforismo de que ‘quien puede lo más, puede lo menos’, en el sentido restringido que daría fundamento a razonamientos *a maiore ad minus* –y no *a minore ad maius* como el anterior–, sí es una verdad lógica, si se interpreta el ‘puede’ como ‘está facultado a’. Sin embargo, esto tampoco es correcto. Considérese el ordenamiento normativo de una universidad según el cual un estudiante debe dejar pasar dos turnos de examen en el caso de que sea reprobado en una materia antes de poder volver a presentarse a rendirla. En tal caso, siguiendo la postura de Atienza, habría que admitir como correcto el siguiente razonamiento:

<i>Fx</i>	Es facultativo dejar pasar tres turnos de examen luego de ser reprobado.
<i>Rxy</i>	Dejar pasar tres turnos de examen es un plazo más extenso que dejar pasar dos turnos de examen.
<i>Her (F, R)</i>	Es facultativo dejar pasar menos turnos de examen que los que se faculta dejar pasar.
<hr/> <i>Fy</i>	Es facultativo dejar pasar dos turnos de examen luego de ser reprobado.

En este ejemplo se ve claramente que si bien la primera premisa es verdadera, ya que está tan permitido dejar pasar tres turnos de examen como no dejar pasar tres turnos de examen sino solo dos, la conclusión es sin embargo falsa en razón de la falsedad de la tercera premisa, que según Atienza sería una ley lógica. El contraejemplo de Alchourrón funciona exactamente igual que este. Atienza malinterpreta que la expresión ‘tener derecho’ es tomada por Alchourrón solo en el sentido de simple permisión, cuando en verdad lo que se pretende poner de manifiesto en su ejemplo es que si se obliga a pagar como mínimo el 25 % de los ingresos, pagar más es facultativo.

En segundo lugar, Atienza sostiene que, al considerar a la relación que interviene en los argumentos *a pari* como una relación de equivalencia, Alchourrón se apartaría de lo que realmente suelen entender los juristas por argumento *a pari*, *a simili* o por analogía:

En tales argumentos, la relación que entra en juego no es una relación de equivalencia, sino una relación de semejanza, esto es, una relación reflexiva y simétrica, pero no transitiva. En conclusión, opino que los análisis que ofrece Alchourrón tanto de los argumentos *a pari* como de los argumentos *a fortiori* ... no pueden entenderse como referidos a los argumentos jurídicos por analogía, salvo que se pretenda efectuar una redefinición del concepto de ‘argumento jurídico por analogía’ que no se corresponda exactamente con el significado que tiene en el uso común jurídico.¹⁸⁶

En realidad Alchourrón no caracteriza a la relación que interviene en los razonamientos *a pari* como una relación de equivalencia *con relación a cualquier propiedad*, como parece presuponer Atienza. Lo que dice es que la costumbre de considerar a los razonamientos *a fortiori* y a los *a pari* conjuntamente surge del uso de conceptos comparativos. Para caracterizar desde el punto de vista lógico a tales conceptos es menester utilizar relaciones transitivas y asimétricas, como las que figuran en los razonamientos *a fortiori*, como así también relaciones transitivas, simétricas y reflexivas, tales como las que aparecen en los razonamientos *a pari*. Este último tipo de relaciones, sostiene Alchourrón, pertenecen a las llamadas en lógica *relaciones de equivalencia*, que son aquellas que establecen igualdad *en algún sentido*. Se denomina *identidad* a la relación lógica que determina igualdad en todo sentido. Pero la relación *S* considerada en los argumentos *a pari* no es

una relación de identidad: con ella se indica que dos situaciones *comparten en el mismo grado una misma propiedad* –en el ejemplo, igual onerosidad entre préstamos.¹⁸⁷

Si bien aquellas situaciones entre las cuales se pretende trazar una analogía serán semejantes en algún sentido pero no idénticas –pues de ser así a nadie se le ocurriría formular un razonamiento por analogía, sino que podría efectuar deducciones más directas–, si son semejantes poseerán al menos una propiedad en común. Para predicar identidad entre dos individuos, se toman en cuenta todas las propiedades de ambos y lo que se afirma es que serán idénticos si y solo si no existe ninguna propiedad que los diferencie.¹⁸⁸ Cuando se predica semejanza entre dos individuos, lo que se sostiene es que existe al menos una propiedad que ambos comparten.¹⁸⁹ La identidad es reflexiva, simétrica y transitiva. La semejanza, en cambio, es reflexiva, simétrica y no transitiva. Pero cuando puede decirse que dos individuos son semejantes en algún sentido, también puede establecerse entre ambos una relación de equivalencia respecto de la o las propiedades que ambos comparten, o que comparten en el mismo grado: si *x* posee la propiedad *P* –o la posee en cierto grado– e *y* posee la propiedad *P* –o la posee en el mismo grado que *x*– entonces *x* posee la propiedad *P* tanto como *y* –o bien *x* posee la propiedad *P* en el mismo grado que *y*. Esta relación de equivalencia –relativa a la propiedad *P*– es reflexiva, simétrica y transitiva: si *x* posee la propiedad *P* tanto como –en el mismo grado que– *y*, e *y* posee la propiedad *P* tanto como –en el mismo grado que– *z*, entonces *x* posee la propiedad *P* tanto como –en el mismo grado que– *z*. De manera que nada hay en el análisis de Alchourrón que obligue a redefinir lo que se interpreta por ‘razonamiento jurídico por analogía’, sino que, por el contrario, su estudio es uno de los que mayor esclarecimiento ha aportado para el análisis de este tipo de argumentaciones en el derecho.

Los argumentos *a contrario* en función no interpretativa sino productora son otras de las formas de argumentación a las que suelen recurrir los juristas para intentar superar las lagunas normativas, ofreciendo soluciones para un caso no regulado derivadas a partir de la regulación establecida para otros casos. Pero si en los razonamientos por analogía esa derivación se apoya en el parecido que media entre el caso no regulado y otros que sí han recibido una solución, en el de los argumentos *a contrario* la derivación de la solución para el caso no regulado se apoya en las diferencias que median entre ambos. Suponiendo que existe en un sistema jurídico una norma que establece que, dada la circunstancia *p*, es obligatorio el acto *q*, y si en un cierto caso no se ha dado la circunstancia *p*, razonando *a contrario* los juristas suelen concluir que el acto *q* no resulta obligatorio.

Dada la norma ‘si es día festivo, debe usarse sombrero’, un razonamiento *a contrario* semejante permitiría concluir que si no es un día festivo, no es obligatorio usar sombrero. Como se verá enseguida –y se advierte por mera intuición– esto no es necesariamente cierto, razón por la cual el problema que presenta el uso de estos razonamientos en la argumentación de los juristas es, en definitiva, el mismo que se indicó respecto de los razonamientos por analogía: la conclusión que pretende extraerse a partir de ellos solo se justificaría si fuesen correctas ciertas premisas implícitas que en la mayoría de sus casos de uso no lo son.

Supóngase un sistema jurídico compuesto por dos normas: una que establece que es obligatorio usar traje si se reviste la calidad de alumno y se rinde un examen; otra que establece que no es obligatorio usar traje si no se reviste el carácter de alumno y no se rinde examen. ¿Cuál será la solución normativa derivable en este sistema para un caso en que se verifica la primera circunstancia, esto es, que el sujeto reviste el carácter de alumno, pero no la segunda, es decir, que no está rindiendo un examen? Razonando *a contrario* a partir de la primera norma habría que colegir que si el legislador consideró que usar traje debía ser obligatorio en caso de estar presentes

ambas circunstancias, no habiéndose comprobado la segunda, entonces no es obligatorio usar traje. Razonando del mismo modo pero a partir de la segunda norma podría sostenerse que si el legislador consideró que no debía reputarse obligatorio usar traje si no se daban ni la primera ni la segunda circunstancia, habiéndose dado la primera, entonces resulta obligatorio usar traje. Con ello, un caso en el cual el sujeto revista el carácter de alumno pero no esté rindiendo un examen recibiría dos soluciones contradictorias utilizando el mismo esquema de razonamiento a partir de un sistema normativo consistente.

Los argumentos *a contrario* constituyen algo así como la contracara de la interpretación de los derechos y obligaciones establecidos por las normas jurídicas con carácter meramente derrotable, esto es, sujetas a excepciones no taxativamente enumerables. Tanto unos como otras se amparan en las dificultades en la interpretación de los enunciados condicionales del lenguaje natural. En ellos resulta a veces difícil determinar si la verdad del antecedente es condición necesaria de la verdad del consecuente, si simplemente se trata de una condición contribuyente (una condición necesaria de una condición suficiente), o si se trata de una condición suficiente y a la vez necesaria. Como la mayoría de los enunciados de los sistemas jurídicos presentan una estructura condicional, se prestan a estas tres diversas interpretaciones. Si se entiende que en ellos la verdad del antecedente es condición suficiente del consecuente, pero no necesaria, no se podrá razonar *a contrario* ni tampoco considerar que la obligación establecida en el consecuente de la norma es una obligación derrotable. Si en cambio se interpreta que la verdad del antecedente es una condición contribuyente, la obligación resultará derrotable. Si se entiende que la verdad del antecedente es condición suficiente y necesaria del consecuente, entonces –solo entonces– será válido un razonamiento *a contrario*.

Siguiendo a Fiedler, podría decirse que muchas veces resulta, desde el punto de vista pragmático, perfectamente sensato sostener una interpretación de los enunciados jurídicos de conformidad con la cual las condiciones especificadas por el legislador para el surgimiento de cierta consecuencia normativa sean a la vez necesarias y suficientes.¹⁹⁰ Es que si el legislador ha establecido que dada cierta condición *p* entonces debe ser *q*, si hubiese querido que no dándose *p* también deba ser *q*, lo habría dicho expresamente. Por ello parece razonable interpretar, en tal caso, que si no se da *p*, no debe ser *q*.

No obstante, si la interpretación adecuada de la formulación dada a conocer por el legislador es la de un simple condicional, esta inferencia es lógicamente inválida y puede llegarse con su utilización a derivar soluciones contradictorias incluso a partir de un conjunto consistente de enunciados, tal como ya se advirtió. La simple lógica proposicional revela que de un enunciado de la forma ‘si *p* es verdadero, entonces *q* también lo es’ y de la falsedad de su antecedente no puede derivarse la falsedad del consecuente, inferencia inválida que se conoce con el nombre de *falacia de negación del antecedente*. Pero si se contara con la premisa adicional de que el antecedente no solo es condición suficiente del consecuente sino también condición necesaria –es decir, si no solo valiera ‘si es verdadero *p*, entonces es verdadero *q*’ sino también ‘si es verdadero *q*, entonces es verdadero *p*’– no habría inconveniente en derivar la falsedad del consecuente. En un ejemplo, el razonamiento que concluyera en que si no es un día festivo, no es obligatorio usar sombrero a partir de la norma ‘Si es día festivo, debe usarse sombrero’, únicamente sería válido si en el sistema existiera una indicación adicional que estableciese que el hecho de que se trate de un día festivo es condición *necesaria y suficiente* para calificar como obligatoria a la conducta de usar sombrero. Solo en este caso podría justificarse una conclusión mediante esta forma de argumentación. De modo que podría concluirse que, al igual que en el caso de los razonamientos *a fortiori* y *a pari*, la

lógica permite dar cuenta de las circunstancias bajo las cuales argumentos de este tipo pueden conducir a conclusiones perfectamente justificadas, aun cuando del modo en el que ordinariamente se los utiliza constituyan formas inválidas de argumentación.

14. Interpretación, indeterminación y desacuerdos

14.1. Derecho y desacuerdos

En su libro *Justice in Robes* Ronald Dworkin presentó de una manera renovada su posición sobre el problema de las relaciones entre el derecho y la moral, y aprovechó la ocasión para precisar su crítica al positivismo jurídico,¹⁹¹ esto es, aquella concepción según la cual la existencia y el contenido del derecho puede identificarse a partir de hechos sociales complejos, sin que sea requerida una evaluación moral de su contenido, de manera tal que no existiría una conexión necesaria entre el derecho y la moral.¹⁹²

Uno de los puntos más llamativos de la crítica de Dworkin es la afirmación de que el positivismo en general, y la teoría de Herbert Hart en particular, tendría consecuencias contraintuitivas en el plano normativo o práctico. Para ejemplificarlo, Dworkin plantea el siguiente caso imaginario: la señora Sorenson ha consumido durante muchos años un medicamento que es fabricado por distintas compañías farmacéuticas y cuyo nombre genérico es '*inventum*'. El *inventum* posee graves efectos colaterales que no fueron descubiertos debido a la negligencia de sus fabricantes, los que le han provocado a la señora Sorenson serios problemas cardíacos. La peculiaridad del caso está dada porque la señora Sorenson no puede probar cuál o cuáles de todas las compañías que fabrican *inventum* son las que han causado su padecimiento: indudablemente tomó pastillas hechas por una o más de tales compañías farmacéuticas, pero también sin lugar a dudas no consumió pastillas fabricadas por algunas de ellas. Los abogados de la señora Sorenson demandan a todas las compañías farmacéuticas que fabricaron *inventum* durante el periodo en el que ella tomó la droga para que reparen los daños provocados en proporción a la porción del mercado de ventas que poseía cada una durante los años relevantes.

Dworkin considera que desde una concepción positivista del derecho como la de Hart debería solucionarse este caso rechazando la demanda de la señora Sorenson. Debido al alcance de la tesis de las fuentes sociales, para los positivistas solo sería posible incorporar valores morales en la argumentación jurídica cuando ciertas fuentes sociales dispongan que ellos son parte del derecho. Como por hipótesis ninguna ley o decisión judicial anterior habría considerado pertinente a la moral en el caso de la señora Sorenson, Dworkin afirma que para la teoría de Hart ningún juicio moral o deliberación normativa debería participar en la evaluación de si la señora Sorenson tiene derecho a lo que reclama. En lo que le concierne al derecho, por lo tanto, Hart sostendría que su demanda debería ser rechazada.¹⁹³

Para mostrar por qué la crítica Dworkin carece de asidero, Timothy Endicott¹⁹⁴ ha propuesto reconstruirla como un argumento con la siguiente estructura:

i) Hart sostiene que el contenido del derecho puede identificarse haciendo referencia a fuentes sociales.

ii) No puede identificarse un derecho subjetivo de carácter jurídico de la señora Sorenson a la reparación de sus perjuicios haciendo referencia a fuentes sociales.

iii) Por lo tanto, Hart tendría que decir que en lo que concierne al derecho, la demanda de la señora Sorenson debería ser rechazada.

Endicott sostiene que la primera y más directa razón por la que este argumento carecería de solidez es que la conclusión no se seguiría de las premisas i) y ii). No se podría concluir sin más que en lo que concierne al derecho la demanda de la señora Sorenson debe ser rechazada, aunque se conceda que no existen fuentes sociales que respalden su reclamo, porque el derecho podría conferir competencia a los tribunales para crear nuevos derechos subjetivos. La posibilidad de que los jueces creen derecho no solo es tomada en cuenta por Hart, sino que es considerada como un rasgo central de la naturaleza del derecho al señalar, por ejemplo, que la doctrina del precedente es compatible con dos formas de actividad creativa o legislativa: limitar la regla que surge del precedente o ampliar la regla descartando una restricción que figuraba en ella tal como había sido formulada en casos anteriores.

Una segunda razón que aduce Endicott consistiría en que la premisa ii) no se encontraría debidamente fundada. Desarrolla esta idea reconociendo que podría pensarse que Hart sostiene el punto de vista de que no existe un derecho subjetivo a la reparación en el caso de la señora Sorenson porque afirma que la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del derecho. Sin embargo, la información que brinda Dworkin acerca del caso de la señora Sorenson no permitiría afirmar que no sea posible identificar un derecho subjetivo a la reparación en el caso analizado por referencia a fuentes sociales: todo dependería, por supuesto, de lo que establezca el derecho de la jurisdicción de la señora Sorenson. Pero aunque ninguna decisión haya sido tomada con anterioridad a favor o en contra de la demanda, cualquier abogado podría imaginar cómo construir argumentos en uno u otro sentido apoyados en fuentes sociales. En otras palabras, que ninguna decisión se haya tomado con anterioridad al respecto no significa que no puedan construirse argumentos que se apoyen en fuentes sociales.

Es necesario remarcar dos cuestiones respecto de la forma en que Endicott aborda esta crítica de Dworkin a la teoría de Hart. En primer lugar, es correcto afirmar que iii) no se sigue de i) y ii), y se pueden aceptar las dos razones expuestas por Endicott como formas adecuadas de mostrar tal cosa. Pero, en segundo lugar, esta forma de reconstruir la crítica de Dworkin a Hart, así como el intento de respuesta, no parecen constituir una forma satisfactoria de defender al positivismo del desafío que representa la crítica de Dworkin. Aunque las dos razones que sugiere Endicott para mostrar que no puede considerarse debidamente justificada la conclusión del argumento resultan correctas, conviene observar con detenimiento qué consecuencias se siguen de ellas en el marco más amplio del desafío de Dworkin al positivismo jurídico. Con relación a la primera razón, esto es, que la conclusión no se sigue de las premisas, Endicott acierta al destacar que conferir potestad a los jueces para que en ciertos casos modifiquen el contenido del derecho no parece algo que vaya necesariamente en contra del ideal de la legalidad o del estado de derecho, siempre que esto último se interprete de una forma distinta a como propone Dworkin, quien parece identificarlo con la idea de que el poder coercitivo del estado debe ser ejercido solo de acuerdo con pautas establecidas con anterioridad a tal ejercicio. Sin embargo, Endicott parece suponer que si los jueces hacen uso de esa competencia, su decisión tiene como resultado la modificación del sistema jurídico. Esto es problemático, en primer lugar, porque un sistema jurídico puede conferir a los

jueces la potestad para colmar posibles lagunas del sistema a fin de justificar sus decisiones, pero ello de por sí no significa que los autorice a modificar el derecho: para que su actividad tenga como resultado la modificación del sistema se requiere, además, que el alcance de su decisión no se restrinja al caso individual, lo que dependerá contingentemente de la configuración de las reglas secundarias del sistema. Pero, en segundo lugar, la argumentación de Endicott parece conceder algo importante: que en realidad no existe un derecho subjetivo jurídico a la reparación de los daños sufridos por la señora Sorenson que sea *preexistente a la decisión judicial*. La teoría de Dworkin parecería correr con la ventaja de que permite decir que tal derecho subjetivo jurídico es, aunque sea de algún modo misterioso, preexistente a la decisión.

En lo que se refiere a la segunda razón, esto es, que la premisa ii) resultaría infundada, hay que tener aún más cuidado. Seguramente cualquier abogado medianamente apto en el arte de la argumentación puede encontrar algún argumento que tenga apoyo más o menos cercano en alguna fuente social para afirmar o negar el derecho que alega la señora Sorenson. Decir esto puede servir para mostrar que la tesis de las fuentes sociales no implica iii), pero también podría servir para dar apoyo a la posición de Dworkin en cuestiones de mayor relevancia que forman parte de su desafío al positivismo ¿De qué forma se puede establecer la existencia y contenido del derecho a partir de la tesis de las fuentes sociales en casos en los que existe un desacuerdo persistente acerca de lo que el derecho exige, si tales fuentes permiten justificar soluciones no solo distintas sino también incompatibles?¹⁹⁵

De todos modos, el principal desacuerdo de la reconstrucción de Endicott es que parece otorgar demasiada consideración a un aspecto más bien menor del desafío de Dworkin al positivismo. La crítica de Dworkin a Hart, en el aspecto que toma en cuenta Endicott, se parece más a un artificio retórico o a una provocación gratuita que a un argumento, porque simplifica a la teoría hartiana de manera inaceptable para una discusión intelectual sincera. Nada en la teoría de Hart apoya el punto de vista de que, de acuerdo con el derecho, la demanda de la señora Sorenson deba ser rechazada. Dworkin pretende mostrar con su ejemplo que la teoría de Hart se encuentra necesariamente comprometida con valores morales y, por ello, que no es posible una teoría del derecho valorativamente neutral. Más allá de que ambas cosas son altamente controvertibles, lo sorprendente es que la propia teoría de Dworkin, que sí se autoproclama comprometida con ciertos valores morales y que no es valorativamente neutral, no permite derivar una consecuencia normativa tan fuerte como la que Dworkin atribuye a Hart. En efecto, Dworkin reconoce que aunque se adopte su teoría, no podría derivarse de ella una solución para el caso de la señora Sorenson en tanto no se resuelva la cuestión de si el juez debe decidir el caso de acuerdo con el derecho o debe apartarse de él para decidir de acuerdo con la moral.¹⁹⁶ Este contraste entre una teoría que pretende ser valorativamente neutral, como la de Hart y que, sin embargo, permitiría derivar directamente conclusiones normativas, y una teoría moralmente comprometida como la de Dworkin, que no permite tal cosa, es un claro síntoma de que no se trata de una crítica sincera que posea credenciales suficientes para considerarse como un argumento.

Un análisis más detenido de esta crítica de Dworkin no solo permitirá apreciar sus verdaderos alcances como objeción al positivismo, sino además reflexionar sobre las situaciones en las que existen desacuerdos entre juristas acerca de la interpretación de las normas jurídicas.

14.2. Clases naturales, conceptos interpretativos y conceptos determinados por el uso

Desde sus primeros artículos, que luego fueron recogidos en *Los derechos en serio*,¹⁹⁷ Dworkin ha sostenido que el positivismo distorsiona la reconstrucción de la actividad que desarrollan abogados y jueces y que, por tal razón, ofrece una visión inadecuada de la práctica de los sistemas jurídicos contemporáneos. En *El imperio del derecho* brinda una explicación de las razones que lo conducirían a ese error: el positivismo asumiría que el significado de todos los conceptos, incluso el significado de la expresión 'derecho', dependería exclusivamente de sus criterios de uso. Desde tal punto de vista, los positivistas considerarían que un análisis adecuado del concepto de derecho consistiría en esclarecer los criterios que comparten los abogados sobre qué afirmaciones acerca del derecho son verdaderas. Este presupuesto fue denominado por Dworkin como la falacia del 'aguijón semántico'.¹⁹⁸ En *La justicia vestida de toga* precisa esta idea, sosteniendo que como los filósofos del derecho se habrían vuelto más sofisticados en filosofía del lenguaje, sus argumentos originarios en contra del positivismo resultarían insuficientes y deberían ser refinados.¹⁹⁹

A tales fines, Dworkin distingue diferentes conceptos de derecho que tendrían relevancia a la hora investigar sus relaciones con la moral. En primer lugar, señala que se utiliza un *concepto doctrinario* de derecho cuando se expresan proposiciones jurídicas, esto es, afirmaciones acerca de lo que el derecho exige, permite y prohíbe. El uso de tales proposiciones implicaría que se comparten presupuestos acerca del tipo de argumentos que resultan relevantes para defenderlas y, también, acerca de las consecuencias que se siguen cuando ellas son verdaderas. En segundo lugar, se emplearía un *concepto sociológico* de derecho cuando se hace referencia a él como un particular tipo de estructura social, institución o patrón de conducta. Usando este concepto se preguntarían cosas tales como cuándo aparece por primera vez el derecho en las sociedades tribales primitivas o si el comercio es posible sin derecho. En tercer lugar, se utilizaría un *concepto taxonómico* de derecho cuando se clasifica a una regla o principio como jurídico y no como de otra clase. Según Dworkin, unos pocos filósofos del derecho utilizan este concepto al suponer que cualquier comunidad política que posee un derecho en el sentido sociológico también posee un conjunto de reglas y otras clases de pautas que son jurídicas, como algo opuesto a morales, consuetudinarias o alguna otra clase de pautas de conducta. Por último, se emplearía un *concepto ideal (aspirational)* de derecho cuando se hace referencia al ideal de la legalidad o del Estado de derecho.²⁰⁰

Es importante destacar que Dworkin considera que no se está aquí frente a una delimitación de diferentes usos de un único concepto: a su juicio, se trataría genuinamente de conceptos distintos, aunque fuertemente relacionados, y ello se pondría de manifiesto en que las instancias de cada uno de tales conceptos serían diferentes. Así, por caso, el concepto doctrinario tendría como instancias afirmaciones normativas válidas o proposiciones, mientras que el concepto sociológico tendría como instancias instituciones o patrones de conducta.²⁰¹

Antes de seguir convendría aclarar un punto. De estos diferentes conceptos de derecho que distingue Dworkin, queda perfectamente claro que el concepto ideal de derecho se encuentra, por así decirlo, *normativamente cargado*, en el sentido de que refleja una cierta concepción valorativa acerca de qué configuración deberían asumir nuestros sistemas jurídicos. Los conceptos taxonómico y sociológico, por contraste, serían puramente descriptivos de ciertas prácticas sociales. La pregunta relevante sería entonces ¿qué naturaleza tiene el concepto doctrinario de derecho? Como se dijo, para Dworkin el concepto doctrinario estaría asociado a la determinación de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Ahora, si las proposiciones jurídicas son entendidas como proposiciones normativas, esto es, como proposiciones acerca de la pertenencia de ciertas normas a un sistema jurídico, debería concluirse entonces que este concepto de derecho también sería puramente descriptivo. Pero para Dworkin las proposiciones jurídicas, aunque

susceptibles de verdad o falsedad, serían normativas no simplemente en el sentido de que describen normas, de ahí que considere que este concepto doctrinario es, igualmente, normativo.

Dworkin se preocupa por dejar en claro que su desafío al positivismo jurídico siempre habría tenido por objeto el concepto doctrinario de derecho y no el taxonómico.²⁰² En tal sentido, critica a los positivistas por confundir los conceptos de derecho que él propone diferenciar, con lo que también confundirían los problemas de diversa naturaleza que se deben enfrentar para dar cuenta de las relaciones entre el derecho y la moral. Con respecto a la forma de dar cuenta del concepto doctrinario –el que a su criterio resulta central para comprender la práctica del derecho– su crítica apunta al *positivismo doctrinario analítico*. Esta posición consideraría que una vez que entendemos adecuadamente el concepto doctrinario de derecho, sería posible advertir que es una verdad necesaria el que los hechos morales no figuran entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Para Dworkin esta concepción se diferencia de la suya en el nivel más fundamental de la teoría del derecho, el nivel semántico.²⁰³

En ese nivel de la teoría del derecho se debería establecer qué tipo de concepto es el concepto doctrinario de derecho en atención a su significado. Dworkin evalúa tres posibilidades al respecto. La primera es que se trate de un *concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso*, esto es, que las personas lo comparten cuando están de acuerdo sobre una definición (precisa o imprecisa) que expone el criterio para su aplicación correcta. Los conceptos de soltero o de triángulo, así como los conceptos sociológico y taxonómico de derecho, serían ejemplos de este tipo de conceptos. La segunda posibilidad es que constituya un *concepto de clase natural*, lo que implicaría que sería posible descubrir una estructura natural, física o biológica, que compartirían las instancias del concepto. El concepto de tigre y el de oro podrían considerarse ejemplos característicos de esta clase de conceptos. La tercera y última alternativa consistiría en que funcione como un *concepto interpretativo*, es decir, como un concepto que alentaría a reflexionar sobre lo que exige cierta práctica que se ha desarrollado, y que las personas podrían compartir a pesar de subsistir desacuerdos persistentes acerca del criterio de uso y de los casos que constituyen sus instancias particulares. Los conceptos políticos de libertad, igualdad, democracia y justicia, como así también el concepto doctrinario de derecho, serían a su criterio ejemplos de conceptos interpretativos.²⁰⁴

Dworkin sostiene que la práctica lingüística convergente determinaría, aunque de diferente forma, la aplicación correcta de los conceptos de clases naturales y de los determinados exclusivamente por sus criterios de uso. Las personas que comparten un concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso podrían, por supuesto, no estar de acuerdo y equivocarse acerca de si el criterio es de aplicación en un caso particular. En cambio, las personas que comparten un concepto de clase natural podrían equivocarse de una manera más fundamental: algunos o todos podrían equivocarse acerca de la naturaleza esencial de las propiedades del concepto, como habría ocurrido durante siglos sobre la composición del sonido; también podrían equivocarse sobre las instancias particulares de cierto concepto. Pero identificar tales errores presupondría una práctica convergente subyacente que ligaría el concepto a una clase natural en particular. Los conceptos interpretativos también requerirían que las personas compartan una práctica: esa práctica debería ser convergente en lo que concierne a tratar al concepto como interpretativo. Pero esto no significaría que exista acuerdo en la aplicación del concepto: las personas podrían compartir un concepto tal incluso cuando discrepan en extremo acerca de su aplicación. Por lo tanto, una teoría satisfactoria de un concepto interpretativo no podría meramente describir el criterio que la gente

utiliza para identificar sus instancias, sino que debería ser en sí misma una interpretación de la práctica en la cual figura el concepto.²⁰⁵

Con estas precisiones, Dworkin especifica el contenido de la falacia del agujón semántico que cometerían los positivistas analíticos en la actualidad. Ella radicaría en presuponer que todos los conceptos dependen de una práctica lingüística convergente, una práctica que señalaría la extensión del concepto a través de un criterio de aplicación compartido o por asociar el concepto a una clase natural diferenciada. La infección del agujón semántico consistiría en que todos los conceptos de derecho, incluido el doctrinario, dependerían de una práctica convergente en alguna de esas dos formas. En otras palabras, el positivismo analítico insistiría en sostener que el concepto doctrinario de derecho no es interpretativo sino de otra clase, cuya elucidación constituiría un proyecto enteramente conceptual o descriptivo en el que la moral sustantiva no tendría lugar.²⁰⁶

De acuerdo con Andrei Marmor, la forma más interesante de entender la argumentación de Dworkin consiste en señalar que existe una tensión irreconciliable entre el convencionalismo que subyace a la concepción positivista del derecho y el carácter controvertido del razonamiento jurídico.²⁰⁷ El positivismo jurídico afirmararía que las condiciones de validez jurídicas están determinadas por ciertas reglas o convenciones sociales que prevalecen en una comunidad. Tales convenciones identificarían qué acciones o procedimientos crean el derecho, es decir, identificarían las fuentes del derecho. En este contexto, una norma puede ser considerada como jurídicamente válida solo si su validez deriva de alguna fuente identificada por las reglas convencionales correspondientes. Para Dworkin, esta caracterización convencionalista de la validez jurídica sería incapaz de explicar cómo podría el derecho instituir deberes o derechos subjetivos en los casos controvertidos. Las convenciones se basan en un patrón de acuerdo, una convergencia de creencias; una vez que su aplicación se torna problemática, no habría fundamento alguno para seguir argumentando sobre la base de estas convenciones dado que por hipótesis habría cesado su fuerza vinculante. Por lo tanto, según la tesis convencionalista del positivismo jurídico, no existiría ninguna norma obligatoria en los casos controvertidos. Para Dworkin tal conclusión sería enteramente insatisfactoria, porque tanto los abogados como los jueces consideran que muchas normas son jurídicamente obligatorias a pesar de su innegable naturaleza problemática. Por ello, concluye que el positivismo resulta evidentemente falso al estar ligado a la concepción de que el derecho no puede ser objeto de controversia.

El problema central que traería aparejada la falacia del agujón semántico estaría dado, entonces, porque desde tales presupuestos no se podría dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. La hipótesis de la que parte Dworkin, esto es, que el concepto doctrinario de derecho sería un concepto interpretativo, permitiría explicar las formas de acuerdo y desacuerdo acerca del derecho que se verifican actualmente en la práctica jurídica, mientras que la hipótesis alternativa según la cual el concepto doctrinario de derecho es un concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso o un concepto de clase natural, no permitiría hacerlo.²⁰⁸

A partir de estas ideas se puede entender mejor lo que Dworkin parece presuponer al adjudicarle injustificadamente a Hart la solución antes comentada para el caso de la señora Sorenson: la tesis de las fuentes sociales, característica del positivismo defendido por Hart, estaría comprometida con la idea de que no existe regla jurídica alguna cuando el contenido del derecho es objeto de controversia. Si ello fuera así, no se podría afirmar que la señora Sorenson posee un derecho subjetivo de carácter jurídico a la reparación de los daños dado que no existiría una regla en tal

sentido, en la medida en que de acuerdo con el planteo del caso existiría una profunda controversia al respecto.

El desafío que Dworkin plantea al positivismo podría entonces reconstruirse de la siguiente forma:

(1) El positivismo defiende la tesis de las fuentes sociales, esto es, que la existencia y el contenido del derecho pueden identificarse por referencia a fuentes sociales.

(2) La tesis de las fuentes sociales implica que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo en la comunidad acerca de sus casos de aplicación correcta.

(3) Si se afirma la tesis de las fuentes sociales, entonces se incurre en la falacia del aguijón semántico: suponer que el concepto doctrinario de derecho no es un concepto interpretativo.

(4) Si se niega que el concepto doctrinario de derecho sea interpretativo, no se puede dar cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos existentes en la práctica jurídica.

Esta reconstrucción sirve para distinguir las diferentes estrategias de respuesta que el positivismo jurídico tiene a su disposición y para evaluar los méritos de cada una de ellas. En principio, el positivismo podría responder al desafío de Dworkin negando que la conclusión se siga de las premisas (esto es, que 4 se derive lógicamente de 1, 2 y 3) o rechazando alguna o algunas de ellas. La primera alternativa no parece demasiado tentadora porque concede a Dworkin demasiado: decir que existe algún error en la inferencia o que el argumento constituye una falacia deja en pie las premisas 2 y 3, que parecen bastante peligrosas para el positivismo jurídico por sí solas. La segunda alternativa parece un camino más prometedor, siempre que se tenga en claro cuáles son las consecuencias que se siguen de rechazar las distintas premisas.

Una primera forma de evitar la conclusión podría consistir en rechazar la premisa 1. De hecho, desde la originaria crítica de Dworkin al positivismo y, fundamentalmente, a partir del *Postscript* de Hart a *El concepto de derecho*,²⁰⁹ se ha abierto un fuerte debate en el interior del positivismo sobre cómo articular sus tesis básicas, incluida la tesis de las fuentes sociales. Sin embargo, se distorsionaría el debate si se considerara que alguna posición llega a negarla: más bien parece que las distintas posturas intentan precisar qué contenido corresponde otorgarle. Es cierto que una forma de presentar la actual disputa entre la versión *excluyente* y la versión *incluyente* del positivismo consiste en considerar que el primero afirma, mientras que el segundo niega, la tesis de las fuentes sociales. De acuerdo con esta presentación, cada una de estas posturas defiende una interpretación diferente de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, una fuerte (la de los positivistas excluyentes) y una débil (la de los positivistas incluyentes). Para los primeros, nunca se requeriría de una evaluación moral para determinar si una norma forma o no parte del derecho; para los segundos, en cambio, esta sería una cuestión contingente que dependería de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico. De conformidad con esta presentación de la polémica, ambas posturas coincidirían en rechazar la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, pero discreparían justamente en la aceptación por parte de los excluyentes y el rechazo por los incluyentes de la tesis de las fuentes sociales del derecho.²¹⁰

De todos modos, esta no parece ser una buena forma de entender el debate entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente. Coleman, por ejemplo, sostiene que el compromiso del

positivismo jurídico con la tesis de las fuentes sociales podría satisfacerse si se la redefine de manera que ella no requiera que toda norma tenga una fuente social (lo que sería el rasgo distintivo del positivismo excluyente), sino que se exija una fuente social solo para la regla que establece los criterios de validez jurídica.²¹¹ En similar sentido, Moreso considera que el positivismo incluyente no niega la tesis de las fuentes sociales, sino que afirma una versión débil de ella: la existencia y contenido del derecho en cierta sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales, esto es, un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, los que pueden contingentemente recurrir a consideraciones morales que, en tal caso, se tornarían jurídicamente válidas.²¹²

Si se descarta la alternativa de abandonar la tesis 1, otra forma de evitar la derivación de la conclusión de que el positivismo no podría dar cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos acerca del derecho podría consistir en rechazar la premisa 3. Para ello sería necesario mostrar que es posible sostener a la vez la tesis de las fuentes sociales y que el concepto doctrinario de derecho es interpretativo. Sin embargo, esta estrategia parece insatisfactoria por dos razones: por un lado, porque sigue concediendo demasiado a Dworkin, ya que implica aceptar su más que opinable concepción del significado y, por otro lado, porque no resulta suficiente para evitar la conclusión del desafío.

Con relación a lo primero, Dworkin postula la existencia de tres clases de conceptos: los que dependen exclusivamente de su criterio de uso, los de clases naturales y los interpretativos. Más allá de que toda su construcción parece hacer a un lado un respetable número de siglos de discusión filosófica, resulta difícil comprender cómo funcionan los conceptos interpretativos de acuerdo con la caracterización que propone Dworkin como categoría independiente de los conceptos de clases naturales.²¹³ Los ejemplos característicos de conceptos interpretativos están dados por los conceptos políticos, como justicia, igualdad, libertad, democracia, etc. Según su caracterización, los conceptos de clases naturales y los conceptos políticos comparten los siguientes rasgos: ambos se refieren a entidades reales, independientes de los sujetos, y las entidades a las que se refieren poseen una estructura profunda que permite explicar sus propiedades superficiales. A pesar de reconocer esas características comunes, Dworkin justifica su discriminación señalando que los conceptos de clases naturales y los políticos se distinguen por los siguientes rasgos. Por una parte, las entidades a las que se refieren serían diferentes: clases naturales en el primer caso y valores en el segundo. Por otra parte, la estructura profunda de las entidades a las que se refieren también serían distintas: las clases naturales tendrían una estructura física (ADN o estructura molecular), en tanto que los valores poseerían un núcleo normativo. Según Dworkin, las diferencias señaladas justificarían que los conceptos políticos se entiendan como conceptos interpretativos y que su elucidación no pueda ser descriptiva sino normativa.

Pero si se acepta que los conceptos de clases naturales y los políticos comparten las características señaladas, resulta difícil aceptar que tenga sentido la distinción entre ellos: respecto de ambos tipos se podría descubrir una estructura profunda que compartirían las instancias del concepto, y también en ambos casos algunas o todas las personas que comparten estos tipos de conceptos podrían equivocarse acerca de la naturaleza esencial de sus propiedades. El hecho de que las entidades a las que se refieren sean distintas no resultaría de relevancia desde el punto de vista semántico, como lo demuestra el hecho de que puedan coexistir dentro de la misma categoría (la de los conceptos que dependen exclusivamente de su criterio de uso) conceptos que se refieren a figuras geométricas como triángulo y conceptos que se refieren al estado civil de las personas

como soltero. De aceptarse esto, la discriminación entre tipos de conceptos que propone Dworkin se reduciría a dos categorías: aquellos que están determinados exclusivamente por sus criterios de uso y aquellos que no lo están porque se refieren a entidades que poseen propiedades esenciales. Y queda una seria duda respecto de si Dworkin no está presentando aquí equivocadamente como distintos tipos de conceptos lo que en realidad constituyen diferentes concepciones del significado o la referencia.

Ahora bien, más allá de lo anterior, la principal razón por la que debería descartarse la estrategia de negar la premisa 3 es que ello no resulta suficiente para evitar el peligro que supone el desafío de Dworkin para el positivismo. Y ello debido a que la intervención de la premisa 3 resulta relativamente prescindible a los fines del argumento: con las premisas 1 y 2 podría derivarse la siguiente conclusión alternativa:

(4') El positivismo no puede dar cuenta del nivel de desacuerdo que existe en la práctica jurídica.

Esto no parece en absoluto sorprendente: si la tesis de las fuentes sociales del positivismo implica que las *normas jurídicas* pueden identificarse a partir de ciertas convenciones sociales, y las normas jurídicas se expresan a través de ciertas expresiones lingüísticas, el positivismo estaría comprometido con una cierta concepción acerca de la interpretación de las normas jurídicas según la cual, a falta de acuerdo respecto de sus casos de aplicación, simplemente no habría norma, lo que conduce de manera directa a la dificultad señalada por Dworkin para dar cuenta de los desacuerdos acerca del derecho. La postura que se asuma respecto de las características del concepto de derecho sería entonces una cuestión de la que podría prescindirse.

14.3. Fuentes sociales y desacuerdos

El camino más satisfactorio que tendría el positivismo para responder al desafío de Dworkin sería rechazar la premisa 2. Para ello se debería explicar el alcance de la tesis de las fuentes sociales de manera que no implique necesariamente que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo respecto de sus casos de aplicación. No obstante, algunos positivistas de relieve parecen aceptar esa idea. Endicott, por ejemplo, considera que si bien Hart no sostiene expresamente que una regla existe solo cuando hay un acuerdo acerca de sus casos de aplicación, ello parecería derivarse implícitamente de su forma de concebir la tesis de las fuentes sociales y de la textura abierta del derecho; aunque, en última instancia, rechaza que tal derivación tenga justificación.²¹⁴ Marmor, en cambio, sí parece en algunos de sus escritos comprometerse expresamente con esta idea, por ejemplo, cuando sostiene:

... Las convenciones son lo que son porque existe una práctica de aplicarla a ciertos casos: es la aplicación de la regla lo que constituye su propia existencia. Una vez que no resulta claro a los sujetos normativos si la convención se aplica o no a cierto caso, no existe solución convencional sobre esa cuestión, y al menos en cuanto respecta a la convención, ese es el final de la historia. La gente puede tener diferentes opiniones sobre qué convención desearían tener en tales circunstancias (o sobre cómo les agradaría resolver el problema al que se enfrentan), pero no pueden sostener ningún argumento sensato sobre lo que la convención *realmente* exige en esos casos controvertidos. La única realidad que existe respecto de una convención es la práctica

real de su aplicación: una práctica social. En el caso de las reglas convencionales no existe ninguna brecha entre la regla y su aplicación, una brecha que pueda salvarse a través de un razonamiento interpretativo que privilegie una aplicación sobre otra. Cuando la aplicación de una convención no es clara, no existe convención sobre la cuestión.²¹⁵

Aquí Marmor afirma de manera explícita que una norma convencional está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares, en el sentido de que su existencia depende exclusivamente de dicha práctica.²¹⁶ El desafío de Dworkin al positivismo tiene la virtud de poner de relieve una dificultad que debe enfrentar quien defiende esta idea: si se considera que la tesis de las fuentes sociales implica aceptar que las normas jurídicas son convencionales en este sentido, la falta de acuerdo en la aplicación de una norma jurídica *siempre* indica que no existe una solución jurídica para tal caso, de lo que cabe concluir que el positivismo no podría afirmar que una norma jurídica existe a pesar de los desacuerdos acerca de su contenido.

Una forma distinta de interpretar la tesis de las fuentes sociales es la propuesta por Riccardo Guastini. Para el profesor italiano, el positivismo jurídico simplemente afirma que identificar un texto normativo como derecho es algo que se puede hacer sin valoraciones, pero nada diría sobre cómo determinar su contenido.²¹⁷ Para justificar estas consideraciones Guastini se apoya en una concepción escéptica de la interpretación, según la cual la legislación es fuente de formulaciones normativas, es decir, de símbolos a través de los cuales se expresan las normas jurídicas, y no de normas en sentido estricto, esto es, de significados que se atribuyen a las formulaciones normativas por medio de su interpretación:

En cierto sentido la interpretación es la verdadera fuente de las normas jurídicas, ya que 'solo son palabras lo que el legislador emite', y los textos legales 'no se interpretan a sí mismos'. Lo que quiero decir es que las autoridades legislativas no expresan significados (normas), sino textos, cuyos contenidos significativos normativos –esto es, las normas expresadas– han de ser detectados a través de la interpretación. Esto no significa decir que los textos legales no tengan *ningún significado en absoluto* antes de la interpretación. El escepticismo solo sostiene que antes de la interpretación los textos legales no tienen ningún significado *definitivo* puesto que son susceptibles de diversas interpretaciones.²¹⁸

Desde este punto de vista, los desacuerdos acerca del alcance y la aplicación de una norma jurídica nunca podrían afectar a la tesis de las fuentes sociales, dado que ella solo se referiría a las formulaciones normativas y no a las normas jurídicas en sentido estricto. Es cierto que por más que la formulación permanezca constante, cada vez que se modifique el significado que se le atribuye se modificará la norma jurídica y, con ello, el derecho. Pero más allá de tales cambios, se podría afirmar que el derecho existe a pesar de que se verifiquen profundos desacuerdos acerca de su contenido: los desacuerdos solo mostrarían que los textos jurídicos son susceptibles de interpretaciones sincrónicamente múltiples y diacrónicamente cambiantes.²¹⁹

Dworkin yerra al considerar que la tesis de las fuentes sociales *necesariamente* implica que la existencia de una norma jurídica depende del acuerdo acerca de sus casos de aplicación. Sin embargo, mostrar que Dworkin está equivocado en su desafío al positivismo no es suficiente para que el positivismo pueda sentirse a salvo. El problema de interpretar la tesis de las fuentes sociales como lo sugiere Guastini radica en que convierte al positivismo en una posición demasiado débil,

que resultaría compatible con el más ingenuo iusnaturalismo definicional. El rasgo característico de tal postura consiste en afirmar que una norma injusta no puede ser parte del derecho; pero en tanto las cualidades de justicia e injusticia son predicables de las normas y no de textos no interpretados, se podría sostener la tesis de las fuentes sociales siendo iusnaturalista en este sentido sin ningún tipo de conflicto.

Podría decirse, por contraste, que la interpretación de la tesis de las fuentes sociales que se sigue del párrafo citado de Marmor la vuelve demasiado exigente, mientras que la defendida por Guastini parece convertirla en algo casi trivial. Sin embargo, las dos señalan aspectos imprescindibles en la explicación de los desacuerdos jurídicos: aunque resulta exagerado sostener que los desacuerdos en los casos de aplicación siempre indican que no existe una solución jurídica, tanto los acuerdos como los desacuerdos en la aplicación de las normas deben ser tomados en cuenta en una caracterización positivista del derecho. De manera similar, decir que los hechos sociales solo sirven para identificar formulaciones normativas es insuficiente, pero representa un paso necesario para poder explicar el alcance de la tesis de las fuentes sociales. De todos modos, si las únicas dos formas de interpretar la tesis de las fuentes sociales fueran estas, tal como se mostrará a continuación el positivismo debería ser rechazado aunque Dworkin esté –como lo está– equivocado.

Además de atribuir al positivismo como si fuese necesaria una interpretación de la tesis de las fuentes sociales que admite varias lecturas alternativas, Dworkin ni siquiera alcanza a advertir todas las consecuencias que se siguen de aceptar la idea de que una norma solo existe si hay acuerdo sobre sus casos de aplicación. En otras palabras, no parece ser consciente de que la incapacidad de explicar los desacuerdos es solo una de las facetas de un problema de mayor complejidad.

Existe un notorio paralelismo entre las concepciones que reducen todas las normas ya sea a reglas formuladas en el lenguaje, ya sea a regularidades de conducta, que criticáramos en el módulo I,²²⁰ y las interpretaciones de la tesis positivista de las fuentes sociales que hemos atribuido a Guastini y Marmor.²²¹ Así, en la versión defendida por Guastini, el positivismo le asignaría relevancia a ciertos hechos sociales para la identificación de ciertos textos, y las normas jurídicas serían el fruto de la interpretación de tales textos. Pero entonces, la existencia de las normas jurídicas dependería siempre de su formulación en el lenguaje, lo cual conduciría al regreso al infinito señalado por los argumentos de Wittgenstein y Sellars que reseñáramos. El escepticismo de Guastini en torno a la interpretación parece conducir al reconocimiento de que los textos legales son susceptibles de diversas interpretaciones entre las cuales no dispondríamos de pauta de corrección alguna. En definitiva, esta concepción resulta insatisfactoria porque no tomaría en cuenta que para identificar el contenido de las normas jurídicas es imprescindible aceptar la existencia de normas implícitas en la práctica, cuya existencia no depende de su formulación en el lenguaje.

La posición comentada de Marmor, por su parte, importa adoptar la forma alternativa de reduccionismo: las normas equivalen a regularidades. Al sostener que la única realidad de una norma convencional es la práctica de su aplicación, y siendo que esa práctica está conformada por un conjunto de aplicaciones que resultan compatibles con una multiplicidad de regularidades distintas, desde este punto de vista no es posible ofrecer respuesta alguna al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein.²²² Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer

ninguna pauta de corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con alguna regularidad en sus aplicaciones pasadas.

Como consecuencia de lo señalado hasta aquí, las versiones aceptables de la tesis de las fuentes sociales tienen que situarse en algún punto intermedio entre el umbral que fija la interpretación de Guastini y el techo que supone el punto de vista expuesto por Marmor. No pueden limitarse a sostener que las convenciones sociales solo permiten identificar textos, pero tampoco pueden considerar que las normas se identifiquen con los acuerdos respecto de sus casos de aplicación. Desde este punto de vista, además, se podría ofrecer una explicación de los desacuerdos acerca del derecho libre de las objeciones de Dworkin.

14.4. Diversidad de desacuerdos

Haciendo un breve repaso de lo expuesto, es posible puntualizar las siguientes equivocaciones en las que incurre Dworkin en su crítica al positivismo jurídico. Primero, reconstruye la teoría de Hart de una forma inaceptable en el marco de un debate sincero. Segundo, atribuye al positivismo como necesaria una cierta interpretación de la tesis de las fuentes sociales cuando ella admite varias lecturas alternativas, en particular una que solo muy pocos positivistas estarían dispuestos a aceptar. Tercero, piensa que la dificultad del positivismo para dar cuenta de los desacuerdos acerca del derecho deriva de la postura que asume respecto de las características del concepto de derecho cuando, en realidad, es independiente de esa cuestión. Cuarto, no advierte todas las consecuencias que se siguen de aceptar la idea de que una norma solo existe si hay acuerdo sobre sus casos de aplicación, que van mucho más allá de la imposibilidad de explicar los desacuerdos acerca del derecho. Resaltar estas equivocaciones resulta útil porque permite identificar el camino que puede recorrer el positivismo para dar cuenta de los desacuerdos sobre el derecho y plantear algunas dudas en torno a la propuesta alternativa de Dworkin.

La tesis de las fuentes sociales, que constituye un rasgo característico del positivismo jurídico, supone adoptar una concepción convencionalista acerca del derecho, al menos en el sentido de que existen ciertas prácticas sociales compartidas de identificación y reconocimiento de su contenido.²²³ Pero el acuerdo que resulta relevante para identificar el contenido del derecho desde tal concepción no es un acuerdo explícito sobre los casos de aplicación de las reglas jurídicas, sino el que recae sobre los criterios que guían el uso de tales reglas. De conformidad con lo que Juan Carlos Bayón califica como *convencionalismo profundo*, para poder afirmar que una comunidad comparte efectivamente ciertos criterios de corrección no es necesario que cada uno (y ni siquiera que alguno) de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones efectivas.²²⁴ La existencia de criterios públicos se muestra o exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de las reglas jurídicas, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso, pero esto solo requiere un conocimiento tácito de los criterios de corrección, por lo que a cada individuo no tienen que resultarles perfectamente transparentes. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica en un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que esa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, porque es el trasfondo de criterios

compartidos lo que define como correctas a las aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas.²²⁵

Si el convencionalismo que subyace a la tesis de las fuentes sociales se entiende de esta manera, entonces el positivismo puede explicar los desacuerdos acerca del derecho de una forma mucho más interesante que la que supone Dworkin. La distinción entre los casos de aplicación de una regla y los criterios que guían su aplicación permite discriminar dos formas distintas de acuerdos y desacuerdos. Un acuerdo o desacuerdo es *superficial* cuando se refiere a los casos de aplicación de una regla, mientras que es *profundo* cuando recae sobre los criterios que guían tales aplicaciones. La combinación que puede presentarse entre estas formas de acuerdo y desacuerdo permite diferenciar cuatro situaciones:

- a) acuerdo superficial y acuerdo profundo;
- b) desacuerdo superficial y desacuerdo profundo;
- c) acuerdo superficial y desacuerdo profundo;
- d) desacuerdo superficial y acuerdo profundo.

El reduccionismo convencionalista de Marmor asumiría, por ejemplo, que la discrepancia de los juristas acerca de si el derecho le permite reclamar a la señora Sorenson la reparación de los daños sufridos por el consumo de *inventum* a todas las compañías que producían la droga durante el tiempo que ella la consumió, implica necesariamente que no hay una solución jurídica para ese caso porque todo desacuerdo superficial implica la existencia de un desacuerdo profundo. En otras palabras, se trata aquí a todas las situaciones de tipo d) como si fueran de tipo b). Adoptando el convencionalismo profundo, en cambio, el positivismo afirmararía que puede existir una solución jurídica para el caso a pesar de los desacuerdos: todo dependería de que en la práctica de aplicar las reglas sobre responsabilidad civil en la comunidad de la señora Sorenson pudieran identificarse acuerdos acerca de los criterios que guían la aplicación de tales reglas. Identificados tales acuerdos, sería posible admitir que existe una solución jurídica para el caso porque al desacuerdo superficial subyacería un acuerdo profundo, es decir, se trataría de una situación de tipo d). En tal caso, podría afirmarse que la señora Sorenson poseía un derecho a la indemnización de los daños preexistente a la decisión del juez, y si el juez no se lo reconoce su decisión sería por tal razón equivocada.

Si en cambio no existen tales acuerdos acerca de los criterios que guían la aplicación de las reglas, entonces no podría afirmarse que haya una solución jurídica para el caso de la señora Sorenson que sea preexistente a la decisión del juez. Se trataría, pues, de una situación de tipo b). De todos modos, conviene aclarar que esto no implica de ninguna forma que el positivismo deba afirmar que la señora Sorenson no tiene derecho a la indemnización que reclama: las reglas secundarias del sistema jurídico podrían autorizar al juez a decidir discrecionalmente o a tomar en cuenta normas morales para morigerar la aplicación de las reglas jurídicas, cuando de su aplicación resulten consecuencias injustas. También es posible que las reglas de cambio tomen como fundamento para incorporar una regla al sistema el hecho de que un juez la emplee para justificar una excepción en alguna de las ya existentes.²²⁶ Aunque estas alternativas no permitan decir que el derecho a la indemnización es preexistente a la decisión, sí hace posible afirmar que ese derecho subjetivo tiene carácter jurídico.

Seguramente estas respuestas no dejarían satisfecho a Dworkin, porque desde su punto de vista el juez estaría obligado reconocer el derecho que reclama la señora Sorenson en virtud de una norma que no posee origen social, pero que forma parte del derecho en virtud de sus méritos sustantivos. Lo interesante de su forma de explicar los desacuerdos es que, además de suponer el rechazo del positivismo, posee una similitud y dos diferencias con la explicación que propone el convencionalismo profundo. La similitud consiste en presuponer la existencia de criterios de corrección que son independientes del acuerdo en los casos de aplicación de las reglas. La primera diferencia reside en que el criterio de corrección que utiliza permite identificar una solución jurídica correcta en cualquier caso individual, cualquiera sea el nivel de desacuerdo que exista en la práctica. Esto parece conducirlo a una forma de reduccionismo similar a la de Marmor pero de signo contrario, porque en la lectura dworkiniana se interpreta que a todo desacuerdo superficial subyace siempre un acuerdo profundo. En otras palabras, todas las situaciones de tipo b) se tratan como si fueran de tipo d). Claro está que Dworkin no aceptaría esta presentación, porque la segunda diferencia entre su posición y la del convencionalismo profundo radica en que su criterio de corrección no sería un criterio meramente convencional.

Una vez demostrado que el positivismo puede explicar los desacuerdos acerca del derecho desde sus propios compromisos conceptuales, e identificadas las principales diferencias con la propuesta de Dworkin, salen a la luz los importantes desafíos que se presentan a la teoría interpretativa que propone como alternativa. Y aunque exponer esos desafíos de forma precisa es una tarea que no puede abordarse en estas páginas, lo dicho hasta aquí permite al menos dejar señaladas algunas dudas. Por una parte, no resulta claro por qué habría que darle la razón a Dworkin en su insistente proclama de que su teoría interpretativa de la única respuesta correcta refleja de mejor manera las intuiciones de los juristas. Si bien es cierto que abogados y jueces muchas veces consideran que el derecho existe a pesar de persistentes desacuerdos acerca de la aplicación de las reglas jurídicas, parece exagerado que ello obligue admitir apriorísticamente que todos los desacuerdos que puedan presentarse en la práctica del derecho, en cualquier comunidad y acerca de la aplicación de cualquier regla, son en todos los casos superficiales porque siempre existe un criterio sustantivo que determina una respuesta correcta. Por otra parte, como algunos autores ya lo han señalado con precisión,²²⁷ su concepción de la única respuesta correcta parece exigir compromisos semánticos y metaéticos mucho más robustos que los que Dworkin pretende asumir explícitamente. Si eso es correcto, entonces habría que evaluar con precisión si su explicación de los desacuerdos puede satisfacer la doble exigencia de ser internamente consistente con la abstinencia metafísica que invoca y, a la vez, no colapsar con alguna de las explicaciones internamente consistentes que pueden brindar las distintas versiones del positivismo y el iusnaturalismo.

Las dudas expresadas presuponen que el enfrentamiento entre el positivismo y la teoría interpretativa de Dworkin es un desacuerdo teórico, en el sentido de que discrepan acerca de cuál es la mejor forma de dar cuenta de los desacuerdos en la práctica jurídica. Las posiciones serían irreconciliables en este punto porque el positivismo considera que la naturaleza convencional del derecho implica que el derecho tiene ciertos límites, mientras Dworkin sostiene que la práctica interpretativa permite siempre identificar una única respuesta correcta. Recientemente Moreso ha sugerido entender la propuesta de Dworkin como una invitación a tratar los desacuerdos acerca del derecho como si fuesen genuinos, como una invitación para revisar el fundamento subyacente al derecho con el fin de encontrar un equilibrio reflexivo entre la práctica jurídica y nuestras convicciones normativas.²²⁸ Si se acepta esta sugerencia, el enfrentamiento entre el positivismo y la

teoría dworkiniana desaparece por completo, porque el primero sería una propuesta teórica o conceptual y la segunda tendría carácter normativo.

De todos modos, la posición de Dworkin sigue despertando serios reparos aunque se la entienda de esa forma. Si bien parece saludable recomendar a jueces y juristas que se esfuercen por identificar una solución derivable del derecho en casos donde los desacuerdos son persistentes, resulta dudoso que sea saludable exigir ese esfuerzo aun en los casos en los que existe un desacuerdo profundo. No solo porque insistir en que se debe encontrar una respuesta correcta cuando no existe acuerdo sobre los criterios que guían la aplicación de las reglas es pedir algo imposible, sino porque se corre el riesgo de que a través de una falacia bastante común pueda llegarse a pensar que la respuesta que de hecho se dé en esos casos es la respuesta correcta. Los límites del importante rol institucional que deben desempeñar los jueces en las democracias constitucionales contemporáneas parecieran desvanecerse si se acepta esa idea.

15. El conocimiento del derecho

15.1. La posibilidad de una 'ciencia' del derecho

Existe una íntima vinculación entre el conocimiento científico y la idea de racionalidad, debido a lo cual una forma posible de encarar el análisis de las características que asume el estudio del derecho consiste en considerar qué ha de entenderse por racionalidad en el campo jurídico.

No obstante, hablar en términos generales de racionalidad en el derecho resulta confuso y fuente de disputas, muchas de las cuales tienen su origen en una presentación inadecuada del problema. En primer lugar, la expresión 'racionalidad' es utilizada en muchos sentidos diversos y, evidentemente, la delimitación de la cuestión dependerá de la caracterización que se adopte. Con todo, existe un importante núcleo de significado que asocia la noción de racionalidad con una cierta adecuación de medios a fines –sería racional la elección del medio más adecuado para la obtención de cierta finalidad. De acuerdo con este sentido, las dificultades en la caracterización del concepto de racionalidad en el derecho pueden ser analizadas como producto de un obstáculo básico: en el derecho convergen actores con diferentes funciones y distintos objetivos, por lo que las pautas de racionalidad entendida en este sentido no pueden ser juzgadas respecto de todos ellos con la misma vara.

Las funciones que cumplen los diferentes operadores del derecho, esto es, básicamente los abogados, los jueces, los legisladores y los juristas, son distintas y, en consecuencia, el discurso de cada uno de ellos está enmarcado por diferentes contextos de racionalidad. Si la actividad del *jurista*, es decir, quien se dedica al estudio de una cierta rama del derecho, consiste primordialmente en brindar pautas generales de interpretación, describir y sistematizar el material normativo, los argumentos que emplee en apoyo de sus dichos deberán guardar un cierto margen de objetividad y rigor que no puede exigirse, por ejemplo, al *abogado litigante*, si su función básica está dada por la defensa de los intereses de sus clientes en situaciones de conflicto, sean ellas ante los tribunales o no. La racionalidad de la argumentación en el caso de los abogados litigantes debería medirse en función de dicho objetivo: la persuasión sobre la legitimidad de los intereses de ciertas personas, y no tendría entonces sentido descartar *a priori* ningún procedimiento retórico que pudiera resultar eficaz a tal fin.

Algo similar ocurre si se compara la actividad que desarrollan los *jueces*, esto es, quienes tienen el deber de resolver mediante una decisión con autoridad las disputas que se les someten a juzgamiento, y los *legisladores*, es decir, los encargados de la promulgación de normas generales que constituirán el fundamento de las decisiones de los primeros. La exigencia de justificación expresa de las decisiones judiciales le confiere a la función jurisdiccional una nota peculiar respecto de la función legislativa, aun cuando pueda considerarse que aplicación y creación de derecho son conceptos correlativos. Tal diferencia se revela en el papel desempeñado por los considerandos de la ley, que no forman parte de ella y no son necesarios, frente a los considerandos de las decisiones judiciales, que sí forman parte necesaria de las sentencias.²²⁹ Una sentencia carente de fundamentación representa el paradigma de la sentencia arbitraria y permite su impugnación mediante la vía recursiva.

La justificación de una determinada norma general por parte del legislador, en cambio, sea a través de los debates parlamentarios, sea a través de la exposición de los motivos a que obedece su dictado, si bien por cierto puede ser cuestionada, no puede serlo en el mismo nivel en el que puede controvertirse la justificación de una decisión judicial.

Estas breves consideraciones permiten advertir que, frente al diferente papel que juega cada uno de sus protagonistas, se vuelve utópica la posibilidad de hallar un criterio único para apreciar críticamente la racionalidad en el derecho. Y dada la importancia del punto de vista de cada uno de sus operadores, sería erróneo privilegiar a uno de ellos sobre los demás a tales fines. En tal sentido, Raz ha criticado a Ronald Dworkin, quien identifica al derecho con la perspectiva de la práctica jurídica, esto es, con los litigios actuales o potenciales ante los tribunales.

Desde la perspectiva del jurista práctico, el derecho consiste en efecto nada más que en aquello que resulte apropiado para que los tribunales funden sus decisiones ... En cualquier caso, debe plantearse una pregunta distinta: ¿cuáles de todas esas consideraciones son parte del derecho? Dworkin, sin embargo, no se detiene a plantear esta pregunta. Asume, sin cuestionamiento alguno, sin formular nunca su presuposición ni suministrar razón alguna en su apoyo, que todo aquello que los tribunales emplean legítimamente como fundamentos de sus decisiones son normas jurídicas ... Desde la perspectiva del jurista práctico, toda consideración que forme parte de los razonamientos jurídicos resultan igualmente relevantes. Un abogado debe tomar en cuenta no solo la legislación y la jurisprudencia sino también cualquier otra consideración que pueda resultar relevante en el razonamiento judicial ... Sin embargo, hay algo intrínsecamente implausible en la adopción de la perspectiva del jurista práctico como postulado metodológico básico. No hay duda de la importancia de la profesión de abogado y del sistema judicial en una sociedad. Resulta plenamente adecuado hacerlos objeto de un estudio separado y considerar que la teoría jurídica es justamente ese estudio. No obstante, es irrazonable estudiar tales instituciones exclusivamente desde la perspectiva del jurista práctico. Su importancia en la sociedad resulta de su interacción con otras instituciones sociales y de su posición central en el contexto más amplio de la sociedad. El derecho resulta de interés para los estudiantes de la sociedad en general, y la filosofía jurídica, especialmente cuando examina la naturaleza del derecho, debe alejarse de la perspectiva del jurista práctico, no para ignorarla, sino para evaluar la actividad de los abogados y los tribunales situados en la perspectiva más amplia de la organización social y las instituciones políticas en general.²³⁰

Con esta salvedad de que ninguno de estos diferentes puntos de vista puede ser soslayado, corresponde decir que, si se analizan las actividades que cada uno de los protagonistas del derecho desempeñan, puede apreciarse que las exigencias de racionalidad respecto de la labor de jueces y juristas son más fuertes que las que cabe formular a los restantes participantes del discurso jurídico. Ello es así debido a que, tanto en la actividad que cumplen los jueces como en la que llevan a cabo los estudiosos del derecho, parece requerirse un grado de objetividad más elevado que el que cabría demandar de legisladores y abogados litigantes. Las decisiones de los jueces deben ser objetivas, en el sentido de que deben justificarse en criterios generales universalizables, de modo que frente a casos semejantes, la solución debería ser la misma. Los estudios de los juristas, por su parte, deben ofrecer una visión objetiva de las normas que conforman el derecho positivo, más allá de que, además, el jurista evalúe la justicia o conveniencia de las soluciones normativas que aquel suministra.

Esa mayor exigencia de objetividad en el caso de los jueces y los juristas los coloca frente a una seria dificultad cuando han de operar con sistemas jurídicos defectuosos. Como lo sostienen Alchourrón y Bulygin, respecto de la actividad judicial es corriente que los sistemas jurídicos consagren los siguientes tres principios:²³¹

a) *El principio de inexcusabilidad*: Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia. Esta exigencia muchas veces aparece en el derecho positivo en la forma de una prohibición de abstenerse de decidir un caso, y pese a que cada juez está obligado a resolver solo los casos que caen dentro de su competencia, se supone que la competencia de todos los jueces, tomados en conjunto, es exhaustiva. De modo que se supone que para todos y cada uno de los casos existe un juez con competencia y con la obligación de brindar una solución.

b) *El principio de justificación*: Una decisión judicial requiere un fundamento o razón; los jueces deben exponer las razones de sus decisiones. Esta exigencia también se encuentra incluida ordinariamente en el derecho positivo en la forma de obligaciones impuestas sobre los jueces por reglas de procedimiento. Se exige que las decisiones judiciales no sean arbitrarias y que los jueces ofrezcan las razones que justifican la decisión que adoptan. La finalidad de este principio es la eliminación de las posibles fuentes de injusticias que podrían infectar a las decisiones judiciales carentes de razones suficientes.

c) *El principio de legalidad*: Las decisiones judiciales deben ser fundadas en normas jurídicas positivas. Este principio es complementario del anterior y sostiene que cada decisión no solo requiere de ciertos fundamentos, sino de fundamentos de una clase especial: deben ser normas jurídicas generales. El juez en principio no debe ir más allá de la esfera del derecho positivo, apelando al derecho de otro Estado o a normas no jurídicas (por ejemplo, normas morales), excepto en los casos en los que el propio derecho lo autoriza a hacerlo. E incluso en esos casos, el fundamento último de la decisión será una norma jurídica del sistema.

Más adelante se analizarán en detalle estos tres principios, que no son exigencias puramente racionales sino que se siguen de una cierta concepción ideológica acerca del derecho —la concepción del Estado de Derecho. Lo importante es advertir aquí que ellos conjuntamente implican que los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de los límites de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas. Ahora bien, este

deber supone que en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver de manera unívoca todo caso posible. De lo contrario, un juez no podría satisfacer conjuntamente todas estas exigencias. Pero nada obsta a que en un cierto sistema jurídico existan lagunas, esto es, casos no previstos, o contradicciones entre sus normas. En tales situaciones, los jueces no tendrán más remedio que incumplir algunas de estas exigencias: o no resolverán el caso que se les somete a juzgamiento, o lo harán pero apelando para su justificación a una norma no jurídica.

También los juristas se ven precisados a alcanzar ciertos ideales racionales en su tarea de interpretación y sistematización de normas: la completitud, la coherencia, la independencia de los sistemas jurídicos, así como la justicia de sus soluciones desde alguna perspectiva valorativa. El jurista debe esforzarse por encontrar una interpretación de los textos legales tal que el sistema normativo resultante concrete estos ideales. Pero ocurre que los sistemas jurídicos reales no poseen estas características: adolecen de contradicciones, lagunas, redundancias, y desde distintos sistemas axiológicos se valorará de modo diverso la justicia de sus soluciones. En principio no es función del jurista la de modificar las normas de los sistemas jurídicos, sino que debería limitarse a describirlas y sistematizarlas con la mayor objetividad y neutralidad posible. Ello, por cierto, si se acepta que el objetivo fundamental de su trabajo no se centra en que nos diga cómo solucionaría él un caso, sino en que nos muestre cuáles son los criterios para su solución que surgen de las normas generales dictadas por el legislador, del sentido concordante de las decisiones jurisdiccionales previas, o de cualquier otra fuente de derecho que se admita para la introducción de normas generales en el sistema. Dentro de estos límites, solo podría aspirar a superar por vía de reformulación las redundancias, identificar las contradicciones y lagunas y sugerir propuestas para futuras reformas que las eliminen, brindando su opinión acerca de la conformidad de las normas positivas con el sistema axiológico al cual adscriba. Si el jurista se limitara a esto, el resultado de su labor pondría de manifiesto los defectos del sistema, esto es, su falta de adecuación a los ideales de completitud y coherencia y al deber moral de justicia.

En otras palabras, si el jurista se mantiene en el plano de la descripción de las normas del sistema, limitación que parece perfectamente racional siempre y cuando se acepte la concepción antes esbozada de la función que desempeña, nos presentará un sistema defectuoso. En cambio, si asume como propia la tarea de modificar el sistema para adecuarlo a los ideales mencionados en lugar de alertar al legislador para que sea él quien lo haga, estará presentándonos el sistema que desde su perspectiva *debería ser* en lugar de aquel que *es*.

Esto ha conducido a que los juristas encubran las propuestas de corrección de las deficiencias de los sistemas jurídicos bajo la apariencia de estar reconstruyendo lo que el sistema dice, es decir, confundiendo el plano ideal con la realidad, que muchas veces está muy lejos del ideal perseguido. Por tal motivo, el estatus de los desarrollos teóricos acerca del derecho ha estado siempre sometido a una fuerte controversia respecto de su 'cientificidad', habida cuenta de que bajo la apariencia de una descripción imparcial y objetiva de las normas de un sistema jurídico, los juristas habitualmente prescriben cómo deberían solucionarse las controversias jurídicas desde cierto punto de vista valorativo, lo cual parece difícil de conciliar con la pretensión de objetividad propia de toda actividad científica. Por desgracia, esto hace que la sola mención de la posibilidad de una 'ciencia del derecho' ante un auditorio compuesto por cultores de otras ciencias provoque inmediatamente reacciones adversas, que transitan desde simples muecas de incredulidad hasta las más aparatosas carcajadas.

Ocurre que, en términos generales, la metodología de los estudiosos del derecho presenta deficiencias endémicas tan poco conciliables con el desenvolvimiento actual de las discusiones epistemológicas que parecen ubicarla en lo que Kuhn denominaría *estadio pre-paradigmático*.²³² La concepción del lenguaje presupuesta por la mayoría de los trabajos de los juristas y su impunidad para salvar el abismo entre el plano descriptivo y el prescriptivo, presentando propuestas de modificación de los sistemas jurídicos como si fuesen derivaciones de lo que ‘en verdad’ el sistema dice, no son más que dos amplias caracterizaciones que encubren una variadísima gama de recursos por demás cuestionables.

15.2. La dogmática jurídica

El problemático carácter del estudio del derecho puede ser comprendido con mayor claridad si se analizan sus condicionamientos históricos y sus presupuestos.

Es corriente utilizar la expresión ‘dogmática jurídica’ para hacer referencia a la actividad que desarrollan los estudiosos del derecho en la tradición jurídica continental europea.²³³ En países con una tradición jurídica distinta, en los que la administración de justicia está organizada sobre otras bases, como es el caso de la mayoría de los países anglosajones –sistemas del *Common Law*– en los que tienen mayor peso en la justificación de las decisiones judiciales los *precedentes* de casos semejantes resueltos por otros jueces que el derecho legislado, las elaboraciones de los juristas revisten escasa relevancia, hasta el punto de que la idea de una ‘ciencia jurídica’ resulta totalmente extraña y pocos filósofos del derecho se preocupan por analizar su metodología y presupuestos epistemológicos. Siguiendo a Nino, en tales sistemas jurídicos la función que cumplen los juristas de suministrar pautas para las decisiones judiciales se concreta en forma mucho más atenuada, y los escritores y profesores de derecho –cuyas contribuciones son calificadas con la expresión *jurisprudencia*, que en castellano tiene una connotación diferente a la que recibe en inglés– suelen limitarse a describir y sistematizar las reglas legislativas y jurisprudenciales vigentes.²³⁴

Cuando hacia el siglo XVII comenzó a discriminarse entre ciencias racionales y ciencias empíricas, el estudio del derecho fue ubicado en Europa Continental entre las primeras. Las corrientes iusnaturalistas racionalistas predominantes allí en dicha época, con exponentes como Grocio y Puffendorf, entre otros, presentaban la elaboración de detallados sistemas de derecho natural, conformados por principios morales que consideraban autoevidentes y que hacían las veces de axiomas a partir de los cuales se deducían lógicamente las normas jurídicas. Los juristas desatendían a las normas positivas vigentes entonces, que se hallaban muy dispersas, eran producto de muy diversas fuentes y que, por ello, ofrecían soluciones muchas veces contradictorias, dejando además grandes campos de la actividad social sin regular. Estudiaban más bien las normas que *debían regir* según los postulados del derecho natural.

Hacia el siglo XIX, se inició en Europa Continental el proceso de la *codificación*, que consistió en la elaboración de amplios cuerpos de leyes con pretensiones de exhaustividad en reemplazo de aquel cúmulo de normas dispersas y con ámbitos de aplicación parcialmente superpuestos, en consonancia con el fenómeno de la consolidación de los Estados nacionales. Este proceso –que no tuvo correlato semejante en los países anglosajones– provocó un cambio tan radical respecto de la pobre realidad jurídica preexistente que generó una reacción de idealización de la actividad legislativa. Los nuevos códigos tuvieron un impacto profundo en la teoría jurídica puesto que los juristas debieron dar cuenta de este nuevo derecho positivo, que se aproximaba

considerablemente a los sistemas por ellos propugnados ya que, en gran medida, tales códigos fueron moldeados siguiendo los desarrollos teóricos de la época.

Así es que se fue consolidando entre los juristas la idea de que su tarea no consistía en evaluar críticamente la ley positiva sino en adoptarla como dogma, esto es, como punto de partida incuestionable, con el fin de interpretarla correctamente y exponer sus consecuencias. En otras palabras, la codificación produjo un giro en la actividad de los juristas, quienes dejaron de lado los principios pretendidamente universales y eternos del derecho natural y los sustituyeron por las normas del derecho positivo. Las normas emanadas del legislador pasaron a constituir en esta nueva etapa los axiomas de la ciencia del derecho. Ante la nueva realidad de la codificación, los juristas no modificaron sus métodos sino que se abocaron a la tarea de aprehenderla a partir de la misma metodología de corte abstracto y metafísico propia del iusnaturalismo racionalista, concibiendo su labor como eminentemente deductiva. Esto importó traspolar al nuevo derecho positivo de las características formales que se atribuían anteriormente a los sistemas ideales del derecho natural.

La creencia de que la legislación era la fuente principal del derecho y que los nuevos códigos eran el producto de un legislador racional, que conformaban un orden jurídico preciso, completo y coherente, autosuficiente para resolver cualquier caso concebible sin acudir a premisas que no se pudieran extraer del derecho positivo, se volvieron presupuestos no sujetos a comprobación intersubjetiva, constituyéndose en un dogma para la mayor parte de los emprendimientos teóricos de entonces en materia jurídica. Esto hizo que el discurso de la dogmática jurídica no asumiera un carácter puramente cognoscitivo y que adoptara como finalidad la reformulación del derecho positivo a fin de adecuarlo a esos ideales de precisión, completitud y coherencia y a determinadas preferencias axiológicas.

La escuela de la *jurisprudencia de conceptos*, inspirada por Savigny y desarrollada por Ihering, suministró las bases teóricas de esta pretensión de construir una ciencia del derecho puramente racional, que no obstante tomara como base el derecho históricamente vigente en cierto ámbito.²³⁵ Desde este punto de vista, se proclamaba a la legislación como la única fuente de derecho, pero se asumía que la función de la teoría jurídica no consistía simplemente en describir el contenido de la legislación, sino en descubrir las soluciones implícitas en ella a través del análisis, la clasificación y la combinación de ciertos conceptos inherentes a todo sistema jurídico. De modo que si bien no se admitía que existiese más derecho que el derecho positivo, se incluían en él elementos no positivos que supuestamente respondían a una estructura universal y permanente común a todo derecho. Para los partidarios de esta corriente, la ciencia jurídica no debía recurrir a consideraciones axiológicas, sociológicas o económicas, sino que su función era mostrar las soluciones que se deducían del sistema jurídico una vez que este era sometido al filtro del análisis conceptual, siendo irrelevantes tanto el valor moral de las soluciones inferidas como sus consecuencias en el plano social.

Aunque en ciertos aspectos esta perspectiva fue morigerada, sobre todo a partir de la crítica de otras escuelas como la de la *jurisprudencia de intereses* o la del *derecho libre*, los presupuestos básicos de los que partía el conceptualismo han sobrevivido hasta hoy en la dogmática jurídica. Esos presupuestos son, fundamentalmente, el principio de que los jueces están moralmente obligados a aplicar toda norma positiva cualquiera sea su contenido (tesis del legalismo), que no hay otro derecho positivo que el que se origina en la legislación (tesis de la ley) y la concepción de la tarea judicial como meramente declarativa del derecho preexistente (tesis de la subsunción).²³⁶

Así, puede decirse que persiste en la actualidad en la mayoría de los juristas esta idea de que el derecho positivo es un sistema autosuficiente para resolver cualquier caso concebible, que no presenta lagunas, contradicciones u otro tipo de indeterminaciones, por lo que toda solución jurídica siempre podría fundarse en una norma del derecho positivo, sin recurrir a consideraciones extrajurídicas. Por cierto que, como ya se examinó, esto no es lo que ocurre en la práctica, dado que los sistemas jurídicos no son ni completos, ni consistentes, ni precisos ni autosuficientes, y muchas de sus soluciones son palmariamente injustas.

Para superar tales deficiencias, los juristas debieron elaborar un aparato conceptual que les permitiera hacer aparecer como implícitas o derivadas del derecho positivo soluciones que, en realidad, eran de su propia manufactura. Esta forma de enmascarar la función normativa de la dogmática tiene sus motivos. Existe una creencia muy difundida, apoyada por una cierta ideología política, según la cual la legislación es el único factor de cambios en el derecho, debiendo los jueces y, con mayor razón, los juristas abstenerse de invadir una esfera que no les compete. Desde esta concepción, el cometido primordial de la dogmática sería puramente descriptivo: los juristas deberían limitarse a describir el derecho y no modificarlo.

Lo que la dogmática jurídica hace es una verdadera reconstrucción del sistema positivo, tanto para eliminar sus indeterminaciones como para adecuarlo a ciertos ideales axiológicos subyacentes, pero tal cosa no es presentada como una propuesta de modificación del derecho vigente, sino que se recurre a una serie de construcciones y artilugios retóricos que intentan mostrar que esa es la 'verdadera' interpretación del sistema, o que ella se deriva lógicamente de él. Esto revela que se continúa asumiendo una visión esencialista de los conceptos jurídicos, según la cual ellos reflejarían la esencia de estructuras inherentes a la realidad.²³⁷

Quizás donde con mayor claridad puede apreciarse esta actividad de modificación encubierta de los sistemas jurídicos es en el desarrollo por parte de la dogmática de las denominadas 'teorías jurídicas', como la teoría general del delito, la teoría de la institución, la teoría del acto de comercio, o la del acto administrativo. Contra lo que podría suponerse, ellas no son teorías descriptivo-explicativas que se limiten a dar cuenta del contenido de ciertas regulaciones positivas: se trata de construcciones normativas que son utilizadas para justificar las normas positivas existentes e inferir soluciones para casos no previstos. Como parece obvio, esta función de suplir las posibles lagunas del sistema jurídico, que la dogmática asigna a las teorías que desarrolla, sería imposible si ellas tuviesen carácter puramente descriptivo, ya que solo de normas pueden derivarse otras normas. Nino analiza el ejemplo bien conocido de la teoría general del delito, que constituye uno de los productos más sofisticados de la dogmática jurídica. Ella se construye aparentemente a través del análisis del concepto de delito, al que se interpreta como una acción típica, antijurídica y culpable, y su desarrollo ulterior pretende constituir una descomposición de cada uno de los elementos de esa definición básica. No obstante, es fácil advertir que esta teoría parte de consideraciones valorativas y prescripciones incorporadas a la supuesta 'definición' de delito. No se trata de una genuina definición conceptual, que se limite a expresar la decisión de no llamar delito a algo que no sea una acción o que no sea típica, antijurídica o culpable, sino que consiste en un conjunto de prescripciones apoyadas en razones axiológicas, que están dirigidas a los legisladores y a los jueces y que indican la impropiedad de prescribir o aplicar penas con relación a hechos que no reúnan las propiedades mencionadas. A su vez, cada paso ulterior en la elaboración de la teoría está determinado por la necesidad de evitar soluciones axiológicamente insatisfactorias, aunque esto no sea reconocido explícitamente. De tal modo, la teoría permite

inferir soluciones para los casos no previstos por el derecho positivo, bajo la pretensión de que ella meramente expone un sistema de conceptos inherentes a todo orden jurídico.²³⁸

En lo que atañe a la interpretación, también es posible advertir cómo la dogmática intenta justificar que la 'única interpretación correcta' de las formulaciones normativas es aquella que se ajusta a sus preferencias valorativas, por más que esto no se exponga explícitamente. A tal fin, se recurre a ficticias argumentaciones basadas en la consistencia con otras normas, o referidas a la intención real o presunta del legislador –bajo la hipótesis de su racionalidad– a los antecedentes históricos que explican una cierta disposición, a las supuestas 'naturalezas jurídicas' que subyacerían a ciertos conceptos, a los 'principios generales del derecho' que se suponen intrínsecos a todo orden jurídico, o a 'métodos de interpretación' como los que hemos examinado, entre otros recursos retóricos. El arsenal de técnicas de esta especie con el que los juristas dogmáticos cuentan es muy rico y variado, pero siempre existen argumentos alternativos de esa misma clase para justificar soluciones opuestas, lo cual demuestra la futilidad de estos intentos y pone en evidencia las valoraciones que se esconden bajo su empleo.

El modo en el que la dogmática jurídica encubre las propuestas de corrección de las deficiencias de los sistemas jurídicos resulta insatisfactoria porque elude el control racional sobre las soluciones originales que se proponen y la discusión abierta de los presupuestos valorativos de tales soluciones.²³⁹ A juicio de Nino, frente a las deficiencias que presenta este tipo de teorización jurídica, se abren dos alternativas acerca de la forma en que debería encauzarse la labor de los juristas teóricos: una consistiría en tomar en serio su declarada pretensión de desarrollar una genuina ciencia del derecho, puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral, ofreciendo un modelo de actividad teórica que satisfaga esas exigencias.²⁴⁰ La otra consistiría en preservar y rescatar lo que los juristas efectivamente hacen, esto es, sus propuestas normativas de corrección de las deficiencias de los sistemas jurídicos a fin de proporcionar guías para la administración de la justicia.²⁴¹

15.3. Derecho y verdad

En una decisión ampliamente comentada, en agosto de 2009 la Corte Suprema de Justicia argentina declaró en el caso 'Arriola'²⁴² la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, que tipifica como delito la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Los argumentos empleados por la Corte en dicho caso se centraron fundamentalmente en los alcances del principio de reserva y del derecho a la privacidad contemplados por el artículo 19 de la Constitución Nacional y tutelados además por diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El carácter controvertido de la cuestión fue reconocido por la propia Corte al recordar que sus precedentes sobre el tema habían sido vacilantes, dado que en un primer pronunciamiento en la causa 'Colavini'²⁴³ de 1978 se inclinó por legitimar el referido delito; en 1986 en el fallo 'Bazterrica'²⁴⁴ y posteriormente en 'Capalbo' revocó dicha postura, decretando la inconstitucionalidad de la norma en juego; en 1990 en el caso 'Montalvo'²⁴⁵ regresó a la interpretación inicial y, finalmente –por ahora– en 'Arriola' volvió a sostener la doctrina de 'Bazterrica'.

De las muchas cuestiones que presentan estas decisiones para el análisis en este punto nos interesa resaltar solamente una, que está dada por las dificultades involucradas en la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos. El enunciado 'En

Argentina la tenencia de estupefacientes para consumo personal es delito' parece haber sido afirmado y negado sucesivamente en estos diferentes pronunciamientos de nuestro máximo tribunal.

Por cierto, el problema que abordó en estos fallos la Corte es sin duda muy complejo, un 'caso difícil', donde la dificultad básica a resolver era de carácter interpretativo. De hecho, resulta materia de controversia si frente a casos problemáticos como este el derecho está realmente determinado y, en consecuencia, si hay algo que pueda permitirnos establecer la verdad o falsedad de un enunciado acerca de lo que el derecho exige. Por otra parte, la Corte *decidió* en cada uno de los casos comentados si podía considerarse que la tenencia de estupefacientes para consumo personal era o no un delito, de modo que sus dichos no pueden tomarse como enunciados teóricos sobre el contenido del derecho. Pero pensemos en un ejemplo más simple: un enunciado, formulado por un profesor de derecho o por un ciudadano cualquiera, tan elemental como 'En Argentina está prohibido el homicidio'. ¿Cuál es la naturaleza de enunciados como este? ¿Son susceptibles de verdad o falsedad? Y, en caso de responderse afirmativamente, ¿de qué depende su verdad o falsedad? La importancia de estas preguntas está dada porque del tipo de respuesta que se ofrezca depende la misma posibilidad del conocimiento del derecho.

Intuitivamente responderíamos a estos interrogantes diciendo que, al menos frente a ciertos casos, es posible hacer afirmaciones verdaderas o falsas acerca del derecho, y que su verdad o falsedad depende fundamentalmente del contenido de las normas jurídicas. Sin embargo, cuando se profundiza el análisis, es posible advertir que justificar estas, o cualesquiera otras respuestas, obliga a tomar posición respecto de casi todos los problemas de la teoría jurídica, entre ellos primordialmente, qué concepción se asuma en torno a la identificación del derecho y las relaciones entre derecho y moral; qué concepción se asuma respecto de la interpretación de las normas jurídicas y la validez jurídica, y qué postura se adopte en torno a las relaciones entre la identificación y la aplicación del derecho, esto es, en torno a la teoría de la justificación de las decisiones judiciales.

Como punto de partida para la consideración del problema parece de la mayor importancia recordar la distinción postulada por von Wright entre *normas* y *proposiciones normativas*.²⁴⁶ Como hemos visto, mientras las normas constituyen el significado de oraciones usadas para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir ciertas conductas,²⁴⁷ las proposiciones normativas son proposiciones relativas a la existencia de una norma. Las proposiciones normativas son susceptibles de verdad o falsedad, dependiendo de que la norma en cuestión exista o no, pero en cambio no parece tener mayor sentido predicar tal cosa de las propias normas.

Aplicando esta distinción al análisis de los enunciados acerca del derecho, podríamos decir a primera vista que tales enunciados se refieren a la existencia de las normas jurídicas y, en consecuencia, expresan proposiciones normativas, susceptibles de verdad o falsedad. Siendo ello así, un enunciado como 'En Argentina está prohibido el homicidio', expresado no por una autoridad sino por un teórico del derecho, no expresaría una norma sino una proposición relativa a la existencia en el sistema jurídico argentino de una norma que prohíbe el homicidio.

Con toda la claridad que la distinción entre normas y proposiciones normativas permite introducir en el análisis de los sistemas jurídicos, existen de todos modos ciertas dificultades en esta proyección tan simple. Un primer problema ha sido agudamente presentado por Tecla Mazzarese,

quien controvierte la idea de que las proposiciones normativas posean valores de verdad.²⁴⁸ Su enfoque escéptico puede ser esquematizado en las siguientes tres tesis:

a) la noción de proposición normativa, más que constituir el contenido significativo de un único enunciado, es el resultado de una conjunción encubierta de al menos dos diferentes enunciados: i) un enunciado interpretativo ('La formulación normativa *Fn* expresa la norma *N*'), y ii) un enunciado de validez ('La formulación normativa *Fn* ha sido válidamente creada');

b) ni los enunciados interpretativos ni los enunciados de validez pueden ser concebidos como descriptivos;

c) ni los enunciados interpretativos ni los enunciados de validez pueden ser concebidos como verdaderos o falsos.

Para Mazzarese, un enunciado de validez expresaría que cierta formulación normativa ha sido válidamente creada, y ello comportaría una evaluación del acto de su promulgación de conformidad con ciertas normas, lo cual no constituiría una afirmación puramente descriptiva. Por otra parte, un enunciado interpretativo expresaría que cierta formulación normativa posee un determinado significado. Pero como desde el punto de vista realista o indeterminista radical que asume Mazzarese, no existiría una única interpretación que pueda considerarse 'correcta' o 'verdadera' respecto de ninguna formulación normativa, el proceso de identificación de la norma por ella expresada no podría dar un resultado unívoco y, consiguientemente, no sería posible atribuir un valor de verdad determinado a la proposición que afirme la pertenencia de tal norma a un cierto sistema normativo.

Por las razones ya expuestas al comentar críticamente la tesis de la indeterminación radical del derecho, no parece que los argumentos de Mazzarese resulten aptos para justificar la amplitud de la conclusión que de ellos pretende extraer –que las proposiciones normativas (esto es, *todas* las proposiciones normativas) carecen de valores de verdad. Sin embargo, sus ideas remarcan un aspecto importante de la intuición, puntualizada por diversos autores, de que los enunciados de la ciencia jurídica poseen una dimensión normativa que excede del hecho de que se refieran a normas. Los cometidos de la ciencia jurídica son complejos y, sin lugar a dudas, no todos –ni siquiera la mayoría– de sus enunciados pueden ser asimilados a proposiciones normativas en el sentido antes explicado. En consecuencia, debería aceptarse que muchos de los enunciados de la ciencia jurídica no son susceptibles de verdad o falsedad. Y ello es así debido a que dos de las más importantes funciones de la ciencia jurídica están dados por la adscripción de una cierta interpretación a formulaciones normativas problemáticas y por la evaluación de la compatibilidad de ciertas normas con otras de mayor jerarquía, actividades ambas que poseen un carácter incuestionablemente evaluativo, tal como lo resalta Mazzarese.

No es posible, por cierto, examinar aquí con detalle las diferentes posturas sostenidas desde la filosofía del derecho en torno a la naturaleza de los enunciados jurídicos. Lo que sí es menester puntualizar es que los dos ejes antes indicados (las concepciones de la interpretación y las concepciones de la validez jurídica) permiten ofrecer un cierto orden clasificatorio de esas distintas posiciones. Simplificando algo más complejo, podría decirse que en un extremo de la escala se ubicarían quienes, por una parte, defienden una tesis indeterminista en torno a la interpretación jurídica, en el sentido de que la operación de interpretar las normas jurídicas sería siempre decisoria y no cognoscitiva, pero paralelamente sostienen que los enunciados jurídicos serían

puramente descriptivos. Alf Ross y otros defensores del realismo jurídico podrían considerarse representativos de esta posición. Ross, por ejemplo, sostiene que los enunciados jurídicos no describen normas válidas sino normas *vigentes*, y decir que una norma está vigente es una afirmación puramente fáctica: consiste en sostener que ella será de hecho aplicada por los jueces para justificar sus decisiones en los casos que regula.²⁴⁹ En el extremo opuesto de este arco se hallarían quienes sostienen una concepción cognoscitivista de la interpretación jurídica, de acuerdo con la cual siempre existe una única respuesta correcta para todo caso, pero paralelamente consideran que los enunciados relativos a la validez de las normas jurídicas participan del mismo carácter de aquello a lo que se refieren, esto es, serían normativos, no descriptivos. Aquí podríamos ubicar a autores como Dworkin y a muchos teóricos del derecho natural.

Entre estos dos extremos es posible ubicar muchas posiciones intermedias. Por su significación, es importante comentar brevemente la de Hans Kelsen. Desde sus primeros trabajos Kelsen sostuvo enfáticamente la existencia de una diferencia tajante entre la categoría del *ser* (*Sein*) y la del *deber ser* (*Sollen*). Esta idea, como lo ha resaltado Bulygin,²⁵⁰ posee dos influencias filosóficas distintas que le otorgan, respectivamente, un matiz más fuerte y uno más débil. Por una parte, proviene de la idea de raíz kantiana de que el *deber ser* es una categoría especial del pensamiento, distinta del *ser* e irreducible a él, idea que predomina en sus primeros trabajos. Desde este punto de vista, Kelsen sostiene que la distinción entre *ser* y *deber ser* no puede ser explicada sino que se encuentra '*... inmediateamente dada a nuestra conciencia*'.²⁵¹ Esta versión de la distinción parece presentarse como una tesis ontológica: existen dos reinos o mundos radicalmente distintos: el 'mundo del *ser*' y el 'mundo del *deber ser*'. Cada uno de ellos se regiría por una lógica que le es propia: el mundo del *ser* se regiría por el *principio de causalidad*, mientras que el mundo del *deber ser* se regiría por el *principio de imputación*. Las relaciones que confieren orden a la naturaleza serían relaciones de causa-efecto, regidas por el principio de causalidad. En cambio, la ciencia del derecho no describiría del mismo modo su objeto. Según Kelsen, al describir un orden normativo se emplea el principio de imputación o atribución, el cual resultaría en cierto sentido análogo al de causalidad, pero a la vez tendría una característica diferencial a su respecto. Sería semejante al principio de causalidad por cuanto desempeñaría en los enunciados jurídicos una función semejante a la de este en las leyes de la naturaleza: enlazaría dos elementos. Pero la relación que se verificaría en los enunciados jurídicos tendría un significado diferente de la que se presenta en las leyes naturales, puesto que ellos no expresarían que si se produce un hecho *A*, entonces se produce un hecho *B*, sino que si se produce un hecho *A*, el hecho *B es debido*, sea que *B* se produzca o no en la realidad.²⁵² La diferencia resultaría del hecho de que el enlace entre el hecho antecedente y la consecuencia jurídica en los enunciados jurídicos habría sido establecido por la autoridad jurídica, esto es, por una norma instaurada en virtud de un acto de voluntad, mientras que en el caso de la ley natural la conexión resultaría independiente de toda intervención semejante.

En trabajos posteriores Kelsen presenta una versión debilitada de esta misma idea, que podría decirse que se limita a un plano meramente lingüístico. Aquí la distinción aparece como una diferencia entre dos diversos usos del lenguaje: prescripciones y descripciones, cada uno de ellos con una lógica propia, en el sentido de que de un conjunto de enunciados prescriptivos no pueden inferirse enunciados descriptivos, y viceversa. Esto implica la adscripción por parte de Kelsen a la idea de la imposibilidad lógica del salto entre *ser* y *deber ser* y la consiguiente condena de la *falacia naturalista*.²⁵³ De todos modos, incluso en esta última versión quedan resabios de una distinción más fuerte, no circunscripta a dos diversos usos del lenguaje. Esto se pone de manifiesto en el tratamiento que ofrece Kelsen de los denominados 'enunciados jurídicos' (*Rechtssätze*), esto es, de

enunciados que se refieren a normas jurídicas (*Rechtsnormen*), un punto que se vincula de manera directa con la concepción kelseniana de la ciencia del derecho.

Kelsen distingue entre ciencias fácticas (causales) y ciencias normativas, esto es, entre la sociología jurídica, por un lado, y la ciencia del derecho, por otro. La diferencia radicaría en el tipo de proposiciones usadas por cada una para la descripción de sus respectivos objetos. La ciencia del derecho sería normativa no solo en el sentido de que describe normas, sino en el sentido de que sus proposiciones serían ellas mismas *normativas* en un sentido peculiar.

La diferencia entre normas y enunciados jurídicos no se hallaba clara en los primeros trabajos de Kelsen. No obstante, al menos a partir de la *Teoría General del Derecho y el Estado*²⁵⁴ distingue entre enunciados jurídicos verdaderos o falsos (*rules of law*, tal como los denomina) y normas jurídicas, que carecen de valores de verdad.

Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina. Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no solo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones: en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta; no 'informa'.²⁵⁵

Pero si bien los enunciados jurídicos serían susceptibles de verdad o falsedad, Kelsen sostiene que ellos son *enunciados de deber*, no solo porque se refieren a normas jurídicas, sino porque en ellos se identifica una norma como *válida*, y decir que una norma es válida en la teoría kelseniana equivale a decir que es obligatorio hacer lo que ella dispone.²⁵⁶ Por tal motivo, los enunciados jurídicos no se limitarían a constatar un hecho empíricamente verificable, sino que tendrían una dimensión normativa: expresarían deberes, pero deberes a los que califica como 'descriptivos'.

15.4. El problemático carácter de los enunciados de la ciencia jurídica

La idea kelseniana de que los enunciados jurídicos son enunciados de deber, que no expresan deberes prescriptivos sino descriptivos, no parece más que el producto de una confusión derivada de la ambigüedad que sistemáticamente aqueja a las expresiones deónticas, que como ya se indicó son susceptibles de una lectura prescriptiva y una descriptiva. Tanto Alf Ross como Herbert Hart, entre otros, han criticado esta idea. De acuerdo con el primero, los enunciados de la ciencia del derecho, siendo susceptibles de verdad o falsedad, no podrían ser enunciados de deber. Kelsen emplearía un concepto de validez como fuerza obligatoria, que resultaría similar al empleado por las teorías iusnaturalistas, por lo cual las proposiciones de la ciencia jurídica, al ser relativas a la validez de las normas, tendrían un carácter normativo incompatible con una teoría positivista del derecho.²⁵⁷

Hart, por su parte, ha objetado la categoría de los deberes descriptivos que emplea Kelsen sobre la base de la distinción entre *uso* y *mención*.²⁵⁸ Afirma que al promulgar una ley la legislatura usaría

ciertas palabras, mientras que el jurista, al decirnos lo que significa la ley, mencionaría esas mismas palabras, de modo que en los enunciados de la ciencia jurídica la palabra 'deber' tendría lo que Hare denomina un *uso entrecorrido*.²⁵⁹ Pero frente al rechazo explícito de Kelsen a la pretensión de explicar la relación entre normas y enunciados jurídicos a partir de la distinción entre uso y mención, Hart repensó las categorías kelsenianas y trató de dar cuenta de ellas a través de una analogía con la relación que media entre quien habla una lengua extranjera y su intérprete. Supóngase un comandante extranjero que imparte una orden en un campo de prisioneros, la cual es traducida por el intérprete como '¡Pónganse de pie!'. El enunciado del intérprete no sería una orden, puesto que el intérprete no es una autoridad; tampoco se trataría de un enunciado metalingüístico que menciona las palabras originales y les correlaciona un significado (aunque la creencia en la verdad de ese enunciado metalingüístico debería estar presente en cualquier explicación de lo que hace el intérprete). Más bien, el enunciado del intérprete intenta *reproducir* la orden: se trataría de un uso especial del lenguaje, y frente a él uno podría decir, con Kelsen, que el empleo del modo imperativo del intérprete no fue 'prescriptivo' sino 'descriptivo'. Pese a ello, Hart señala que la lógica ha avanzado mucho en los últimos siglos –sobre todo en el dominio del análisis lógico del discurso normativo– como para conformarse con la problemática categoría de los 'deberes descriptivos' de Kelsen.

Las distinciones introducidas por Hart entre enunciados jurídicos formulados desde el *punto de vista interno* y desde el *punto de vista externo*, y por Raz entre *enunciados comprometidos* y *no comprometidos*, podrían considerarse como un intento por aclarar este problemático carácter que Kelsen asigna a los enunciados jurídicos. Hart diferencia los enunciados acerca del derecho formulados por quien acepta las reglas y las utiliza para la evaluación de la propia conducta y la ajena, de aquellos formulados por un observador externo, que no necesariamente acepta las reglas, y que puede limitarse a registrar meras regularidades de comportamiento de quienes siguen reglas, o también las actitudes de aceptación de quienes siguen las reglas.²⁶⁰ Solo los enunciados externos de este último tipo, esto es, aquellos que toman en cuenta el punto de vista interno de los aceptantes, permitirían describir a un sistema jurídico adecuadamente. Ahora bien, el simple hecho de que este tipo de enunciados *registre* tales actitudes de aceptación no poseería aptitud alguna para conferirles carácter normativo, de modo que debería admitirse que ellos resultarían susceptibles de verdad o falsedad.

El carácter de los enunciados no comprometidos de Raz es algo más problemático. De acuerdo con Raz, los estudiosos del derecho pueden utilizar el lenguaje normativo para describir el derecho y formular enunciados jurídicos sin asumir por ello la autoridad moral del derecho.²⁶¹ En esos enunciados se emplearían términos normativos y el hablante los formularía desde el punto de vista de quien acepta las reglas, pero sin que sea necesario que él mismo se comprometa con lo que ellas disponen. Tales enunciados podrían ejemplificarse con los consejos dados por un experto sobre un cierto sistema de reglas, que no obstante no las comparte –o, al menos, no es él mismo un seguidor de tales reglas, no se compromete con ellas– a una persona que sigue las reglas y tiene dudas acerca de lo que ellas exigen en un caso dado. Según Bayón, la admisión de la posibilidad de formular enunciados jurídicos imparciales, no comprometidos o 'desde un punto de vista hermenéutico', permitiría dar cuenta del modo en que es posible utilizar el lenguaje normativo en la descripción de un sistema jurídico sin que ello implique necesariamente la asunción de un compromiso valorativo en relación con él.²⁶²

No obstante, al referirse a este tipo de enunciados Raz los considera 'normativos',²⁶³ pese a sostener, paralelamente, que pueden ser verdaderos o falsos.²⁶⁴ En un sentido semejante, Hart

sostiene que se trataría de enunciados normativos pero que podrían ser usados para describir el derecho.²⁶⁵ No parece, pues, que nos hayamos alejado mucho de los ‘deberes descriptivos’ de Kelsen y, podría sostenerse entonces, al igual que con estos últimos, que lo único ‘normativo’ de los enunciados no comprometidos es que en ellos se emplean expresiones deónticas como ‘deber’ u ‘obligación’. Ahora bien, como hemos visto, las expresiones deónticas pueden ser usadas para expresar normas o proposiciones normativas, de modo que si se considera que los enunciados no comprometidos son verdaderos o falsos, ellos expresarían proposiciones normativas.²⁶⁶

Hay, sin embargo, un modo de concebir a los enunciados no comprometidos que resulta más fiel a la intuición que con ellos se trata de dar cuenta, y que consiste en asimilarlos a lo que von Wright califica como *normas técnicas*²⁶⁷ y Schauer *reglas de experiencia o instrucciones (rules of thumb)*.²⁶⁸ Los enunciados no comprometidos, al igual que las normas técnicas, tendrían una estructura profunda de carácter condicional, del tipo ‘*si quiere usted cumplir con este sistema de reglas, debe ...*’, donde en el antecedente se menciona el fin a alcanzar, el cual está supeditado a la voluntad del destinatario de la norma, y en el consecuente se enuncia la acción que tiene o no tiene que hacerse para lograr tal fin.²⁶⁹ Las normas técnicas no son susceptibles de verdad o falsedad, pero su eficacia depende de la verdad de un enunciado descriptivo presupuesto que afirma que la acción que la norma técnica recomienda es condición necesaria para lograr el fin presupuesto en ella (*proposición anankástica*).

En sentido semejante, hemos visto que Schauer sostiene que las reglas de experiencia serían optativas en dos sentidos: primero, porque solo se aplicarían si el agente desea lograr el éxito en determinada tarea –que en el caso de los enunciados no comprometidos consistiría en obedecer las normas de cierto sistema– de modo que serían hipotéticas, conteniendo explícita o implícitamente una cláusula ‘si ... entonces’ que limitaría su aplicación y, segundo, porque su fuerza para motivar la conducta dependería de que se considere que el resultado deseado se alcanzará si se cumple con lo que la regla prescribe. En caso contrario, la fuerza de la regla se evaporaría y nos sentiríamos libres para ignorarla. Así, las reglas de experiencia suministrarían directivas útiles para los casos habituales, pero no ejercerían presión normativa alguna si se estima que, a pesar de realizar el deber que ellas imponen, no se logrará el objetivo deseado. Esto último es coincidente con la idea de von Wright de que las normas técnicas son eficaces si la *proposición anankástica* que presuponen es verdadera; si en cambio ello no es así, la eficacia de la norma técnica desaparece o, lo que es lo mismo, su fuerza para motivar la conducta se diluye.²⁷⁰

Bajo esta interpretación los enunciados no comprometidos no serían en sí mismos susceptibles de verdad o falsedad: lo que resultaría susceptible de verdad o falsedad sería la información que presuponen sobre las normas del sistema jurídico considerado. Y se trataría de enunciados ‘normativos’ en el peculiar sentido que poseen las normas técnicas o reglas de experiencia: en tanto la información que brinden respecto de las normas del sistema sea correcta, podrían introducir una diferencia práctica para el destinatario. Pero en realidad no ofrecerían genuinas razones para actuar, sino más bien razones para creer que existen razones para actuar.²⁷¹

Muchos de los enunciados que formulan los juristas acerca de las normas de un sistema jurídico podrían ser interpretados de este modo. Como ya se indicó, las funciones que cumplen los juristas son complejas y muchos de sus enunciados no son susceptibles de verdad o falsedad. Sin embargo, si se rechaza una visión radicalmente escéptica de la interpretación jurídica, que implica la tesis de la absoluta indeterminación del derecho, y se asume que existe al menos un sentido de ‘validez’ en el que calificar a una norma como válida se limita a constatar que ella pertenece a un cierto

sistema normativo, debería admitirse la posibilidad de afirmar al menos *algunas* proposiciones normativas verdaderas acerca del contenido del derecho.

NOTAS AL MÓDULO III

¹ *Nix v. Hedden*, 149 U.S. 304 (1893).

² Cf. Tarello 1976; Guastini 2016: 327.

³ Cf. Schauer 1991: 62 y siguientes.

⁴ Vernengo 1996: 242.

⁵ Cf. Marmor 1992: 9 y siguientes.

⁶ Cf. Vernengo 1971: 37.

⁷ Cf. Guastini 1997, 2012.

⁸ CSJN, *Fallos* 323: 4130, 2000.

⁹ Considerando 10.

¹⁰ CSJN, *Fallos* 324: 2153, 2006.

¹¹ CSJN, *Fallos* 324: 2153, 2001.

¹² Considerando 30.

¹³ Cf. Hart 1977.

¹⁴ En el trabajo citado en la nota precedente.

¹⁵ Cf. Moreso 1997: 218 y siguientes.

¹⁶ Cf. Guastini 2012.

¹⁷ Cf. Guastini 2012.

¹⁸ Debe advertirse que, a diferencia del realismo semántico, el *realismo jurídico* asume una postura escéptica acerca de la interpretación.

¹⁹ Cf. Moore 1985.

²⁰ Cf. Brink 1988.

²¹ Cf. Kripke 1980.

²² Cf. Putnam 1973, 1975.

²³ Cf. Putnam 1973.

²⁴ Cf. Moore 1985.

²⁵ Moore 1985.

²⁶ Cf. Hart 1958: 607, 1965; Fuller 1958, 1964: 81-91.

²⁷ Véase, por ejemplo, CNCas. Penal, Sala III, 16/2/01, '*Vilches, Carlos A. s/Rec. de casación*', c. 2884, reg. 37/01, LL, 2001-E-778, por una parte, y CNCrim. y Corr., Sala IV, 24/2/06, '*Pérez, Damián*', c. 28.721, BCNCyC, N° 1/2006; más recientemente, CFCP, Sala II, 2012, '*Benítez Álvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación*', c. 15.268.

²⁸ Cf. Kuhn 1989: 28 y 1990: 311.

²⁹ Según Kuhn el cambio en la referencia sería característico de prácticamente todos los términos referenciales de la ciencia (cf. Kuhn 1990: 313).

³⁰ Cf. Marmor 1992: 143.

³¹ Cf. Devitt y Sterelny 1987: 63-65 y 72-75.

³² Devitt 1997: 119.

³³ Cf. Reimer 2003. En el mismo sentido, véase Fernández Moreno 2006: 65; Orlando 1999: 76-77.

³⁴ Para una excelente evaluación crítica de las diferentes teorías de la referencia y, en particular, de la teoría causal, véase Orlando 1999. Para una defensa de la teoría causal y su compatibilidad con el positivismo, véase Ramírez Ludueña 2015.

³⁵ Cf. Stavropoulos 2003. El propio Stavropoulos ha defendido una postura próxima a la de Dworkin con argumentos parcialmente independientes en Stavropoulos 1996.

³⁶ Cf. Dworkin 1986: 87-88.

³⁷ Cf. Dworkin 1986: 52.

³⁸ Cf. Dworkin 1986 capítulo 2, especialmente páginas 70-72.

³⁹ Cf. Dworkin 1985: 135-136.

⁴⁰ Cf. Dworkin 1985: 137.

⁴¹ Cf. Dworkin 1985: 135.

⁴² Cf. Dworkin 1985: 139-40 y Moreso 1997: 197.

⁴³ Cf. Dworkin 1985: 138.

⁴⁴ Cf. Dworkin 1986: 142.

⁴⁵ Cf. Dworkin 1977: 146-208 y 1985: 143-145.

⁴⁶ Cf. Dworkin 1982: 171.

⁴⁷ Dworkin 1977: 177

⁴⁸ Cf. Dworkin 1977: 146-208 y 1986: 239, 264-5.

⁴⁹ Mackie 1973: 165.

-
- ⁵⁰ Cf. Dworkin 1986: 78-85; 1996; 2004: 141-143; 2011: 40-68.
- ⁵¹ Cf. Dworkin 2004: 141-142.
- ⁵² Dworkin 1996: 89.
- ⁵³ Cf. Dworkin 1996: 92.
- ⁵⁴ Cf. Hume 1739: 339.
- ⁵⁵ Cf. Caracciolo 2003.
- ⁵⁶ Cf. Moreso 1997: 199 y Coleman y Leiter 1995: 274-276.
- ⁵⁷ Cf. Putnam 1981: 54-56. Putnam abandonó esta concepción de la verdad en trabajos posteriores (cf. Putnam 1995).
- ⁵⁸ Cf. Coleman y Leiter 1995: 263-264.
- ⁵⁹ Dworkin 1977: 177
- ⁶⁰ Dworkin 1986: 243.
- ⁶¹ Cf. Moreso 1997: 204.
- ⁶² Cf. Putnam 1981: 56.
- ⁶³ Cf. Marmor 1992: 52-4.
- ⁶⁴ Cf. Finnis 1987: 371, Marmor 1992: 54.
- ⁶⁵ Cf. Hart 1977.
- ⁶⁶ Cf. Leiter 2007: 22.
- ⁶⁷ Cf. Llewelyn 1950: 401.
- ⁶⁸ Tushnet 1984.
- ⁶⁹ Los realistas mencionaban entre los factores psicológicos o de idiosincrasia, por ejemplo, la inercia, la pereza, el deseo de agradar a otros miembros de la judicatura o a la gente y, entre los de carácter social, la presión de los colegas y la amenaza de juicio político (cf. Green 2005, donde se presenta un panorama general de la bibliografía de los realistas jurídicos a este respecto).
- ⁷⁰ Cf. Ross 1958: 96 y 132-133.
- ⁷¹ Cf. Green 1996 y Green 2005: 1917. No obstante, para una consideración crítica respecto de la fidelidad de la reconstrucción hartiana del realismo y, en consecuencia, de la pertinencia de sus objeciones, véase Leiter 2007: 60 y siguientes.
- ⁷² Hart 1961: 170.
- ⁷³ Cf. Hart 1961: 173-174. Para una crítica similar respecto de algunas versiones contemporáneas de la tesis de la indeterminación radical, véase Sollum 1987: 475.
- ⁷⁴ Cf. Leiter 2007: 18 y siguientes y Coleman y Leiter 1995: 216-217.
- ⁷⁵ Así, Singer afirma que ‘... *la determinación es necesaria para la ideología del Estado de Derecho, tanto para teóricos como para jueces. Es la única forma en que puede parecer que los jueces aplican el derecho en lugar de hacerlo*’ (Singer 1984). En un sentido similar, véase Unger 1983. Para un análisis del surgimiento y evolución de la corriente de los *Critical Legal Studies*, véase Kennedy 1992. Para una respuesta al argumento de Singer, véase Coleman y Leiter 1995.
- ⁷⁶ Cf. Kennedy 2005.
- ⁷⁷ Se conoce como *Corte Warren* a la conformación de la Corte Suprema norteamericana en el período 1953-1969. Se dictaron entonces fallos que importaron un quiebre en la jurisprudencia norteamericana respecto de la interpretación de diversos derechos fundamentales, entre los cuales se destacan *Brown v. Board of Education*, *Griswold v. Connecticut* y *Miranda v. Arizona*, entre otros.
- ⁷⁸ Véanse al respecto, entre otros, Calsamiglia 1992; Coleman y Leiter 1995: 223-224; Dworkin 1986: 272-273 y Sollum 1987: 498-502.
- ⁷⁹ Cf. Altman 1990: 90. Véase también Tushnet 1985: 688.
- ⁸⁰ Wittgenstein 1953, párrafos 201 y siguientes. Para una evaluación de las tesis wittgensteinianas y su interpretación escéptica, véase Baker y Hacker 1984 y 1985; Holtzman y Leich 1981 y, sobre todo, Kripke 1982. Entre los partidarios de la tesis de la indeterminación radical en el ámbito del derecho que han pretendido apoyarse en la lectura escéptica de Wittgenstein, véase Radin 1989; Tushnet 1988 y Yablon 1987.
- ⁸¹ Cf. Kripke 1982: 17-50.
- ⁸² Kripke 1982: 28.
- ⁸³ Cf. Bix 1993: 37-38.
- ⁸⁴ Cf. Bix 2012.
- ⁸⁵ Por ejemplo, Baker y Hacker 1984.
- ⁸⁶ Cf. Brandom 1994: 29 y McDowell 1984.
- ⁸⁷ Wittgenstein 1953, párrafo 201.
- ⁸⁸ Cf. Baker y Hacker 1984: 19-20.
- ⁸⁹ Cf. Baker y Hacker 1984: 98-105.
- ⁹⁰ Cf. Baker y Hacker 1984: 172.
- ⁹¹ McDowell 1984: 342.

-
- ⁹² Cf. Tushnet 2005: 102. En la actualidad pueden considerarse continuadores de esa línea a la *Critical Race Theory* y a la *Feminist Critical Theory*. Sobre estas corrientes pueden consultarse Williams 1989 y Minow 1987, respectivamente.
- ⁹³ Entre sus exponentes más destacados vale citar a Tarello (1974), Guastini (1990), Mazzaresse (1991) y Chiassoni (1988). Para una reciente y muy interesante compilación sobre el realismo genovés, véase Ferrer Beltrán y Ratti 2009.
- ⁹⁴ Cf. Bouvier 2012: 271.
- ⁹⁵ Cf. Chiassoni 2013.
- ⁹⁶ Cf. Guastini 2012.
- ⁹⁷ Cf. Guastini 2012: 52-53.
- ⁹⁸ Cf. Guastini 2012: 49.
- ⁹⁹ Cf. Kelsen 1960: 351 y siguientes.
- ¹⁰⁰ Cf. Ramírez Ludueña 2012.
- ¹⁰¹ En sentido similar, véase las críticas a Guastini de Ramírez Ludueña 2012.
- ¹⁰² Cf. Hart 1977.
- ¹⁰³ Cf. Iglesias Vila 1998: 132-133.
- ¹⁰⁴ Cf. Hart 1961: 150-159.
- ¹⁰⁵ Hart 1961: 152-153.
- ¹⁰⁶ Cf. Iglesias Vila 1998: 135.
- ¹⁰⁷ Cf. Schauer 1991: capítulo IX.
- ¹⁰⁸ Cf. Hart 1958: 607.
- ¹⁰⁹ Cf. Fuller 1958, 1964: 81-91.
- ¹¹⁰ Cf. Schauer 2008.
- ¹¹¹ Cf. Hart 1958.
- ¹¹² Cf. Marmor 1992: 136.
- ¹¹³ Cf. Schauer 1991: 218.
- ¹¹⁴ Cf. Waismann 1945.
- ¹¹⁵ Baker 1977: 37.
- ¹¹⁶ Cf. Bix 1993: 18.
- ¹¹⁷ Cf. Sainsbury 1996. En el mismo sentido Bix 1993: 20.
- ¹¹⁸ Hart 1961: 158.
- ¹¹⁹ Cf. Iglesias Vila 1998: 133.
- ¹²⁰ Cf. Bayón 2003: 56.
- ¹²¹ Cf. Bix 1993: 41 y Wittgenstein 1953: §431. Sobre este problema, véase lo que se dirá sobre el seguimiento de reglas, los criterios de corrección y los desacuerdos en los puntos 14.3 y 14.4.
- ¹²² Cf. Alchourrón 1996b.
- ¹²³ Sobre el punto, véase especialmente Ross 1958: 119 y siguientes.
- ¹²⁴ Cf. Alchourrón 1996b.
- ¹²⁵ Esta es la conocida paradoja de sorites (cf., por ejemplo, Sainsbury 1987: 40 y siguientes).
- ¹²⁶ Cf. Carrió 1986: 33.
- ¹²⁷ Cf. Wittgenstein 1953: párrafos 66-67.
- ¹²⁸ Cf. von Wright 1963b: 13.
- ¹²⁹ En razón de que muchas veces se las confunde, es importante aclarar que *precisión* y *exactitud* no son dos calificaciones equivalentes en lo que respecta a la estimación de un valor. La exactitud se refiere a la distancia del valor real. La precisión, en cambio, se refiere a la amplitud de la estimación. Si de algo que mide un metro estimamos que mide un metro, esa estimación es precisa y exacta. Si estimamos que mide entre ochenta centímetros y un metro veinte, es relativamente exacta, pero menos precisa, pues el rango de la estimación es bastante amplio. Si en cambio estimamos que mide entre un metro veinticinco y un metro veintiséis, es menos exacta pero más precisa.
- ¹³⁰ Cf. Endicott 2011. Para un estudio exhaustivo de la vaguedad en el derecho, véase Endicott 2001.
- ¹³¹ Cf. Endicott 2011.
- ¹³² Cf. Endicott 2011.
- ¹³³ Cf. Schauer 1991.
- ¹³⁴ Cf. Marmor 1992: 175.
- ¹³⁵ Cf. Rodríguez 2000.
- ¹³⁶ Waissman 1945.
- ¹³⁷ Cf. Austin 1953.
- ¹³⁸ Waissman 1945.
- ¹³⁹ Cf. Redondo 1997.
- ¹⁴⁰ Sobre el punto, véase especialmente Alchourrón y Bulygin 1989.

-
- ¹⁴¹ Sobre la incidencia del problema de la derrotabilidad en el derecho, véase Bayón y Rodríguez 2003 y Ferrer Beltrán y Ratti 2012.
- ¹⁴² Cf. Hart 1948-49; MacCormick 1995; Schauer 1991: 74-76, 115-118, y Schauer 1998.
- ¹⁴³ Cf. Hart 1948-49.
- ¹⁴⁴ Si bien con relación al dominio moral, el argumento es así presentado en Bayón 1991a: 346-353.
- ¹⁴⁵ Klaus Günther hace referencia a esta intuición como 'el ideal de la norma perfecta' (cf. Günther 1989).
- ¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, Hart 1961: 129-130.
- ¹⁴⁷ Cf. MacCormick 1995.
- ¹⁴⁸ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 153-154.
- ¹⁴⁹ Cf. Rodríguez 2000.
- ¹⁵⁰ Para una discusión de los argumentos a favor de la racionalidad de un modelo semejante, véase Schauer 1991: 42-52.
- ¹⁵¹ Cf. Rodríguez 2000. Sobre la distinción entre derrotabilidad intrasistemática y extrasistemática, y la prioridad conceptual de la primera sobre la segunda, véase Belzer and Loewer 1997.
- ¹⁵² Recuérdese, no obstante, que esta reconstrucción íntegra de todas las excepciones de conformidad con el conjunto total de las normas jurídicas válidas en un cierto momento es innecesaria para que los órganos de aplicación busquen la respuesta jurídica a cierto caso particular, dado que a tal fin solo requieren tomar en consideración micro-sistemas de las normas jurídicas relevantes (sistemas de normas aplicables).
- ¹⁵³ Para una distinción clásica entre reglas y principios –que examinaremos detenidamente en el módulo siguiente– véase Dworkin 1977: 24 y siguientes. La interpretación de la distinción indicada en el texto es defendida, entre otros textos, en Atienza and Ruiz Manero 1996: 34-36 y Bayón 2000b.
- ¹⁵⁴ Cf. Bayón 2000b.
- ¹⁵⁵ Belzer y Loewer 1997: 45.
- ¹⁵⁶ Cf. Carrió 1986: 100.
- ¹⁵⁷ En el actualmente vigente Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 1375 dispone expresamente que las disposiciones relativas al depósito necesario se aplican a los garajes y playas de estacionamiento.
- ¹⁵⁸ Cf. Hauriou 1925.
- ¹⁵⁹ Cf. Ross 1957.
- ¹⁶⁰ Cf. Ross 1957, 1958: 164 y siguientes.
- ¹⁶¹ Cf. Guastini 1996: 211.
- ¹⁶² Cf. Chiassoni 2011: 91.
- ¹⁶³ Cf. Guastini 1996: 212.
- ¹⁶⁴ Cf. Tarello 1980: 108; Poggi 2007.
- ¹⁶⁵ Cf. Poggi 2007.
- ¹⁶⁶ Cf. Chiassoni 2011: 92.
- ¹⁶⁷ Cf. Vernengo 1971, Luzzati 1999: 208 y siguientes, Guastini 2004: 144. En el texto seguimos básicamente la discriminación de sentidos que se presenta en Poggi 2007.
- ¹⁶⁸ Cf. Searle 1980.
- ¹⁶⁹ Cf. Poggi 2007.
- ¹⁷⁰ Estas diferentes formas de caracterizar las nociones de interpretación restrictiva y extensiva cobran particular relevancia a la hora de discutir el problema de si, pese a la prohibición de analogía *in malam partem* en el derecho penal, resulta admisible la interpretación extensiva. Para una defensa de esta posibilidad, véase Simaz 2013. Para una reflexión crítica, véase el prólogo de Rodríguez a la misma obra.
- ¹⁷¹ Cf. Kelsen 1960: 249.
- ¹⁷² Cf. Linfante Vidal 2015.
- ¹⁷³ Cf., por ejemplo, Guastini 2016: 328.
- ¹⁷⁴ Véase el punto 15.1.
- ¹⁷⁵ Cf. von Savigny 1840: 178 y siguientes.
- ¹⁷⁶ Cf. Alexy 1978: 223 y siguientes.
- ¹⁷⁷ Cf. Chiassoni 2011: 83.
- ¹⁷⁸ Cf. Alexy 1978: 51-52.
- ¹⁷⁹ Especialmente en Guastini 1996: 211 y siguientes y 2004.
- ¹⁸⁰ Cf. Guastini 1996: 214.
- ¹⁸¹ Para una presentación de estos diversos argumentos con excelentes ejemplos en la interpretación constitucional, véase Guibourg y Mendonca 2004: 107-112; para un análisis exhaustivo con una muy interesante presentación formal, véase Chiassoni 2011: 87 y siguientes y apéndice.
- ¹⁸² Cf. Alchourrón 1961.
- ¹⁸³ Cf. Alchourrón 1961.
- ¹⁸⁴ Cf. Atienza 1985.

¹⁸⁵ Atienza 1985: 127.

¹⁸⁶ Atienza 1985: 128.

¹⁸⁷ Cf. Alchourrón 1961.

¹⁸⁸ En símbolos:

$$\forall xy ((x = y) \leftrightarrow \forall P (Px \leftrightarrow Py)).$$

¹⁸⁹ Empleando \approx para representar la relación de semejanza:

$$\forall xy ((x \approx y) \leftrightarrow \exists P (Px \leftrightarrow Py)).$$

¹⁹⁰ Cf. Fiedler 1968: 12.

¹⁹¹ Cf. Dworkin 2006.

¹⁹² Cf. Hart 1980. El análisis que sigue reproduce básicamente el ofrecido en Perot y Rodríguez 2010.

¹⁹³ Cf. Dworkin 2006: 143-145.

¹⁹⁴ Cf. Endicott 2007: 311-326.

¹⁹⁵ Sería injusto con Endicott no aclarar que en su trabajo brinda una explicación de los términos en los que se puede dar cuenta de los desacuerdos desde el positivismo de Hart.

¹⁹⁶ Cf. Dworkin 2006: 13-14.

¹⁹⁷ Dworkin 1977.

¹⁹⁸ Cf. Dworkin 1986: 45 y siguientes.

¹⁹⁹ Cf. Dworkin 2006: 225.

²⁰⁰ Cf. Dworkin 2006: 1-5.

²⁰¹ Cf. Dworkin 2006, primera nota de la introducción.

²⁰² Cf. Dworkin 2006: 228 y siguientes.

²⁰³ Cf. Dworkin 2006: 30-31.

²⁰⁴ Cf. Dworkin 2006: 9-11.

²⁰⁵ Cf. Dworkin 2006: 11-12. Otra diferencia importante radicaría en la idea de que el análisis de un concepto interpretativo no podría ser neutral (cf. Dworkin 2006: 224-225).

²⁰⁶ Cf. Dworkin 2006: 11-12 y 225.

²⁰⁷ Cf. Marmor 1992: 20. Más adelante se formularán algunas precisiones sobre el convencionalismo en general y, en particular, sobre la postura al respecto de Marmor en trabajos posteriores al citado.

²⁰⁸ Cf. Dworkin 2006: 12.

²⁰⁹ Cf. Hart 1994.

²¹⁰ Entre los principales trabajos en defensa del positivismo excluyente, véase Raz 1979 y 1994, Shapiro 1998 y 2011; en cuanto al positivismo incluyente, véase Waluchow 1994, Coleman 1982, 2001a, Moreso 2001a.

²¹¹ Cf. Coleman 1998b.

²¹² Cf. Moreso 2001a.

²¹³ Cf. Orunesu 2012: 46 y siguientes.

²¹⁴ Cf. Endicott 2007: 311-326.

²¹⁵ Marmor 2001: 57-58.

²¹⁶ En su posterior estudio sobre las convenciones sociales, Marmor parece claramente apartarse de esta idea (cf. Marmor 2009). En primer lugar, la caracterización que ofrece de una regla convencional requiere la satisfacción de las siguientes condiciones: 1. existe un grupo de personas P que normalmente sigue la regla R en las circunstancias C; 2. existe una razón, o combinación de razones A, para que los miembros de P siga la regla R en las circunstancias C, y 3. hay al menos otra potencial regla R' tal que, si los miembros de P la hubieran seguido en las circunstancias C, las razones que conforman A habrían sido suficientes para los miembros de P para seguir R' en lugar de R en las circunstancias C, y al menos en parte porque R' es la regla que generalmente se sigue en lugar de R. R y R' son tales que es imposible (o no tiene sentido) cumplir con ambas concomitantemente en C (cf. Marmor 2009: 2 y siguientes). Esta caracterización constituye, según Marmor, un refinamiento de la ofrecida por David Lewis (cf. Lewis 1969), y presupone una diferencia crucial entre una regla convencional y un simple acuerdo, pues como sostuviera Lewis y Marmor aprueba, las convenciones emergen de manera típica como una alternativa a los acuerdos, en aquellos casos en los que los acuerdos resultan difíciles de obtener (cf. Marmor 2009: 4). En segundo lugar, porque Marmor sostiene allí que el hecho de que existan desacuerdos marginales no permite inferir la inexistencia de una regla si es que existe acuerdo en el núcleo de aplicación (cf. Marmor 2009: 162-163). No nos expediremos aquí ni sobre lo acertado o no de la caracterización de Marmor de las reglas convencionales, ni sobre otras tesis que defiende en la obra citada que parecen cuanto menos controvertibles, como la categoría de lo que denomina 'convenciones constitutivas' o el sentido en el cual el lenguaje no sería convencional.

²¹⁷ Cf. Guastini 2006: 277-293.

²¹⁸ Guastini 2005: 141.

²¹⁹ Cf. Guastini 1996: 347.

²²⁰ Véase punto 2.3.

-
- ²²¹ Podría resultar materia de controversia el que las dos interpretaciones extremas de la tesis de las fuentes sociales aquí examinadas se correspondan exactamente con el pensamiento de Guastini y Marmor. Eso, de todos modos, no obsta a las consideraciones críticas expuestas respecto de estas dos alternativas ni, en última instancia, afecta el núcleo de nuestros argumentos.
- ²²² Cf. Kripke 1982.
- ²²³ Cf. Hart 1994: 256-266. Que las normas jurídicas en general, o la regla de reconocimiento en particular, sean convencionales en el sentido más restrictivo de Lewis es algo altamente controvertible. Para una crítica al respecto, véase por ejemplo Green 1999: 43-49.
- ²²⁴ Cf. Bayón 2002: 78-81.
- ²²⁵ Conviene aclarar que el aceptar la distinción –claramente presentada por Bayón– entre el acuerdo acerca de los casos de aplicación y el acuerdo acerca de los criterios que guían esa aplicación, no implica aceptar que una convención que remite a un criterio no convencional es una convención vacía. Una convención semejante es una convención parcial pero no vacía, como también lo son las convenciones profundas respecto de los criterios que guían la aplicación de reglas (cf. Orunesu, Perot y Rodríguez 2005: 73 y siguientes).
- ²²⁶ Estas posibilidades están explicadas en Rodríguez 2012a.
- ²²⁷ Cf. Moreso 1997: 205 y 2009; Raz 1998 y Rodríguez Blanco 2001.
- ²²⁸ Cf. Moreso 2009.
- ²²⁹ Cf. Bulygin 1966.
- ²³⁰ Raz 1982.
- ²³¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 236-237.
- ²³² Kuhn 1962: 10 y siguientes.
- ²³³ Cf. Nino 1989a: 9 y siguientes.
- ²³⁴ Cf. Nino 1989a: 11.
- ²³⁵ Cf. González Vicén 1961.
- ²³⁶ De acuerdo con Hoerster, estas tres tesis son habitual y erróneamente atribuidas al positivismo jurídico (cf. Hoerster 1989).
- ²³⁷ Cf. Nino 1989a: 21 y 49 y siguientes.
- ²³⁸ Cf. Nino 1980: 335-336. Del mismo modo, en Nino 1989a se examina críticamente la teoría del bien jurídico protegido (cf. Nino 1989a: 55-84).
- ²³⁹ Cf. Nino 1980: 239-240.
- ²⁴⁰ Para un análisis de los modelos de ciencia jurídica propuestos por los teóricos, véase Nino 1979 y Núñez Vaquero 2013.
- ²⁴¹ Cf. Nino 1980: 344 y siguientes.
- ²⁴² CSJN, *'Recurso de hecho en Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080'*, A. 891, XLIV, 25/08/09.
- ²⁴³ *Fallos* 300: 254.
- ²⁴⁴ *Fallos* 308: 1392.
- ²⁴⁵ *Fallos* 313: 1333.
- ²⁴⁶ Véase lo expuesto al respecto en el módulo I (punto 2.1).
- ²⁴⁷ En realidad, von Wright sostiene que resultaría equivocado concebir a la relación entre las normas y sus expresiones en el lenguaje bajo las dimensiones semánticas de sentido y referencia (véase von Wright 1963a: 94).
- ²⁴⁸ Cf. Mazzaresse 1989: 133-167 y 1991.
- ²⁴⁹ Cf. Ross 1958. Ya se indicó que en la versión inglesa del libro, el término 'validity' se utiliza ambiguamente para expresar tanto la noción normativa de validez como la noción fáctica de vigencia.
- ²⁵⁰ Cf. Bulygin 1990.
- ²⁵¹ Kelsen 1960: 91.
- ²⁵² Cf. Kelsen 1960: 91.
- ²⁵³ Cf. Kelsen 1960: 25, nota 8.
- ²⁵⁴ Kelsen 1945.
- ²⁵⁵ Kelsen 1960: 84.
- ²⁵⁶ El análisis de la noción de validez resulta fundamental para examinar críticamente estas ideas de Kelsen. Téngase en cuenta lo que se señaló al respecto en el módulo II (punto 6.3).
- ²⁵⁷ Cf. Ross 1958: 9-10 y 1961.
- ²⁵⁸ Cf. Hart 1963. Hart cita al respecto a Golding 1961.
- ²⁵⁹ Cf. Hare 1952.
- ²⁶⁰ Cf. Hart 1961: 89 y siguientes y nota en página 291.
- ²⁶¹ Cf. Raz 1979: 156-7.
- ²⁶² Cf. Bayón 1991: 28.
- ²⁶³ Cf. Raz 1979: 202.

²⁶⁴ Cf. Raz 1975: 177.

²⁶⁵ Cf. Hart 1982: 154.

²⁶⁶ Cf. Bayón 1991: 28.

²⁶⁷ Cf. von Wright 1963a: 9-11.

²⁶⁸ Cf. Schauer 1991: 3-4.

²⁶⁹ Raz rechaza explícitamente esta interpretación: sostiene que los enunciados desde un punto de vista no pueden ‘... ser interpretados como condicionales: *‘Si usted acepta este punto de vista, entonces usted debería...’*’. Sin embargo, inmediatamente agrega que *‘Más bien, ellos afirman lo que es el caso desde el punto de vista relevante como si fuera válido o bajo la hipótesis de que lo es ... pero sin aceptarlo realmente’* (cf. Raz 1979: 157). No es sencillo advertir la diferencia entre afirmar algo bajo cierta condición y afirmarlo bajo la hipótesis de que esa condición se verifique.

²⁷⁰ Cf. von Wright 1963a: 160-163, 1983a: 199-209.

²⁷¹ Cf. Bayón 1991b: 29.

MÓDULO IV

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Hasta 1961 en Inglaterra y Gales el suicidio era un delito, e incitar o asistir a cometer suicidio eran, por consiguiente, también delitos. La sección 1 de la ley sobre suicidios dictada en 1961 desincriminó al suicidio, pero su sección 2 dispuso que incitar o asistir a cometer suicidio seguían siendo delitos, con una sentencia máxima de 14 años de prisión. No obstante, se estableció que ningún proceso por tales hechos podía iniciarse sin la autorización del Director del Ministerio Público. La sección 2 de dicha ley fue modificada por el Parlamento en 2009, pero sus consecuencias básicas se mantuvieron. En cumplimiento de una decisión de la Cámara de los Lores de 2009, el Director del Ministerio Público dio a conocer en 2010 las 'Políticas para fiscales respecto de los casos de incitación y asistencia al suicidio'.

En 2005 Tony Nicklinson sufrió un severo derrame cerebral y desde entonces quedó casi completamente paralizado, ya que solo podía mover la cabeza y los ojos. Durante muchos años había querido acabar con su vida, pero no podía hacerlo sin ayuda excepto dejando de comer, lo cual implicaba una muerte prolongada, dolorosa y angustiante. Por eso, quería que alguien lo ayudara a morir inyectándole una droga letal. Nicklinson solicitó que la justicia declarara que era lícito que un médico lo ayudara a poner fin a su vida o, si eso se denegaba, que se formulara una declaración de que las normas que sancionaban la asistencia al suicidio en Inglaterra y Gales eran incompatibles con su derecho al respeto de su vida privada, tutelado por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporado al derecho inglés por la Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act) de 1998, vigente desde octubre del 2000.

En primera instancia se rechazaron las dos peticiones de Nicklinson, luego de lo cual se negó a recibir comida y murió de neumonía el 22 de agosto de 2012. Su esposa fue sumada como parte en el proceso e interpuso recurso de apelación, al que también se sumó Paul Lamb. Debido a un accidente automovilístico en 1991, Lamb había quedado incapacitado para moverse excepto por su mano derecha. Su condición era irreversible y deseaba terminar con su vida, por lo que formuló el mismo reclamo que Nicklinson. Pero el Tribunal de Apelación desestimó los recursos sobre la base de interpretar que la excepción de estado de necesidad no debía permitirse en el derecho común en casos de eutanasia. Además, consideró que una prohibición general de la eutanasia no era incompatible con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En forma separada, una persona bajo el seudónimo de Martin sufrió un derrame cerebral en 2008 y, como consecuencia, de ello quedó casi completamente incapacitado para moverse, siendo su condición incurable. Martin quería terminar con su vida viajando a Suiza para hacer uso del servicio de una clínica llamada Dignitas, que legalmente de acuerdo con la normativa suiza permitía la asistencia a personas que desean terminar con su vida. Martin solicitó una aclaración sobre las políticas del Director del Ministerio Público de 2010 respecto de la persecución penal del delito de suicidio asistido, así como una confirmación sobre si un extraño, por ejemplo, un cuidador que suministrara ayuda para terminar con su vida a través de Dignitas, podía hacerlo sin riesgo de ser sometido a proceso. Las políticas y prácticas vigentes

establecían que la ayuda compasiva de parte de familiares o amigos no era perseguida penalmente si no existían aspectos problemáticos en el caso. Pero las directivas escritas de 2010 no dejaban clara la situación de quienes, sin ser familiares o amigos, brindaran esa asistencia, tales como los cuidadores o doctores. La demanda de Martin fracasó en primera instancia, pero su apelación tuvo un éxito parcial ya que el Tribunal de Apelación sostuvo que las políticas de 2010 no eran suficientemente claras en relación con los profesionales de la salud.

Los tres reclamos se apoyaban en jurisprudencia previa que establecía que la decisión de poner fin a la vida de una persona para evitar la indignidad y aflicción encuadraba en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y, en consecuencia, que toda injerencia sobre ese derecho debía ser necesaria, proporcionada y de acuerdo con normas suficientemente claras y previsibles en su funcionamiento. La apelación ante la Corte Suprema fue escuchada por un panel de nueve jueces, el mayor que haya reunido la Corte Suprema, y el tribunal deliberó durante seis meses ‘con una intensidad única en mi experiencia’, según manifestara Lord Wilson. Finalmente, la Corte rechazó formalmente los tres reclamos.¹

En cuanto a la apelación de Nicklinson y Lamb, la Corte declaró por unanimidad que la cuestión de si la legislación vigente sobre el suicidio asistido era incompatible con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos estaba dentro del margen de apreciación del Reino Unido, por lo que el país estaba facultado para regular el derecho de los individuos a decidir cuándo y cómo han de terminar sus vidas. Cinco jueces (Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr y Lord Wilson) sostuvieron que el tribunal tenía la autoridad constitucional de declarar que la prohibición general del suicidio asistido en la sección 2 de la ley de suicidios era incompatible con el artículo 8 de la Convención. De esos cinco, Lord Neuberger, Lord Mance y Lord Wilson declinaron formular una declaración de incompatibilidad en este proceso, en tanto que Lady Hale y Lord Kerr lo habrían hecho. Cuatro jueces (Lord Clarke, Lord Sumner, Lord Reed y Lord Hughes) llegaron a la conclusión de que la cuestión de si la ley de asistencia al suicidio era compatible con el artículo 8 de la Convención implicaba un examen de cuestiones que el Parlamento estaba mejor calificado que los tribunales para evaluar, de modo que en las circunstancias actuales los tribunales debían respetar los criterios del Parlamento.

Para justificar esta conclusión se consideró que la cuestión requería una compleja evaluación sobre la importancia relativa del derecho al suicidio, por una parte, y el derecho de las personas vulnerables, especialmente de los ancianos y enfermos, a que se los proteja de posibles presiones directas o indirectas para suicidarse. Dado que se juzgó improbable eliminar el riesgo de presiones semejantes, la cuestión consistía en determinar cuánto riesgo para los vulnerables se estaba dispuesto a admitir para facilitar el suicidio de quienes están libres de tales presiones. Esto implicaría ponderar importantes cuestiones de política social y formular un juicio de valor moral, que se consideró más adecuado que realizara el Parlamento como órgano representativo de la Constitución. Y esto último por tres razones: primero, porque la cuestión importaría una elección entre dos valores morales fundamentales pero mutuamente inconsistentes: la integridad de la vida y el principio de autonomía, sensibles a los valores morales y sociales más fundamentales de la sociedad y sobre los cuales no

habría consenso; segundo, porque el Parlamento estaría reconsiderando su posición sobre la cuestión en los últimos años y, tercero, porque el proceso parlamentario sería la mejor manera de resolver cuestiones morales polémicas y complejas de una manera que permita expresar y considerar todos los intereses y opiniones.

En cuanto a la cuestión planteada por Martin relativa a las políticas del Ministerio Público sobre en qué casos se iniciarían procesos por el delito de ayuda al suicidio y en cuáles no, la Corte aceptó por unanimidad la posición del Ministerio Público, por considerar que la posible falta de claridad o precisión no surgirían de los términos de las políticas publicadas en 2010 sino, en todo caso, del carácter discrecional de las decisiones de su Director, de la variedad de factores relevantes a considerar en este tipo de situaciones y de la necesidad de variar el peso que se les debe asignar según las circunstancias de cada caso. Todos esos serían rasgos propios y constitucionalmente necesarios del sistema de discreción fiscal. Los términos de las políticas publicadas en 2010 los reflejarían, puesto que el documento establecería los principales factores pertinentes a favor y en contra. No obstante, la Corte documentó y tomó en cuenta una declaración hecha por el Ministerio Público por vía de su representante durante la Audiencia ante el Tribunal en la que se hacía una importante aclaración sobre las políticas del Ministerio Público: que sería muy poco probable que se procesara al médico o cuidador profesional que no hubiera tenido influencia o autoridad previa sobre la persona que deseaba morir, y que hubiera sido convocado con el propósito de ayudar al suicidio después de que una persona hubiera tomado por sí misma la decisión de poner fin a su vida, y que prestara similares servicios por los que un miembro de la familia no sería procesado.

16. El razonamiento práctico

16.1. Normas y razones para la acción

¿Cuál es la relevancia práctica de las normas generales? O, para plantearlo de otro modo, ¿en qué medida las normas generales pueden ofrecernos razones para la acción?

Si bien ya hemos visto que ‘norma’ es una expresión que posee diversos núcleos de significado,² en lo que sigue por ‘norma prescriptiva’ o, simplemente, ‘norma’ interpretaremos el significado de una oración que puede formularse en el lenguaje para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir genéricamente ciertas acciones. Por cierto, concebir a las normas básicamente como significados no resulta incompatible con entender que lo que distingue a la afirmación de que *p* es el caso y la prescripción de que *p debe ser* el caso no son sus diferentes condiciones de verdad sino más bien la diferente *dirección de ajuste* entre el mundo y el lenguaje en uno y otro caso.³ Finalmente, salvo que se indique lo contrario, circunscribiremos nuestra atención a las normas generales.

Por otra parte, una *razón para la acción* es cualquier factor relevante que cuenta a favor o en contra para la realización de una cierta acción. Decir que algo es una *razón para la acción* y no conferirle importancia alguna en el razonamiento práctico para decidir qué se debe hacer equivaldría a no hablar sinceramente o no usar en serio la expresión ‘razón’.⁴

Algunos autores han considerado que las razones para la acción se encuentran situadas en un punto de intersección entre la explicación y la justificación de las acciones. Ese es el criterio, por ejemplo, de Michael Woods,⁵ al que parece adherir Raz cuando señala que las razones son hechos, y que ellas se emplean tanto para explicar como para justificar acciones.⁶ Según este enfoque, las razones –todas las razones– tendrían a la vez una dimensión explicativa y una justificatoria. No obstante, resulta mucho más esclarecedor considerar que esta conexión de la noción de razón para la acción, tanto con la dimensión de la explicación como con la de la justificación, no es sino el producto de un uso ambiguo de la expresión ‘razón’. Así, por ejemplo, Michael Smith considera que parece mejor decir, sencillamente, que existen dos conceptos totalmente diferentes de razón para la acción, dependiendo de si enfatizamos la dimensión explicativa y minimizamos la justificatoria o viceversa.⁷ La afirmación ‘A tiene una razón para hacer *p*’ sería, en consecuencia, ambigua: podría ser una afirmación acerca de una razón *motivadora* de A, o una afirmación acerca de una razón *justificatoria* de A.

Las razones motivadoras y las justificatorias permiten en cierto sentido hacer inteligible la conducta de un agente, pero en virtud de sus diferencias, cada una de ellas vuelve inteligibles las acciones en sentidos distintos. Decir que alguien tiene una razón justificatoria para hacer *p* equivale a decir que existe una exigencia en virtud de la cual el sujeto *debe* hacer *p*. Para Smith, interpretados de este modo, los enunciados que se refieren a razones justificatorias serían susceptibles de verdad o falsedad, resultando esa verdad o falsedad relativa a un cierto sistema normativo que se tome como punto de referencia. Así, podrían existir razones justificatorias racionales, prudenciales, morales, etc.

El rasgo distintivo de las razones motivadoras, en cambio, consistiría en que al tener una razón semejante para realizar cierta acción *p*, el agente se encuentra en un estado que permite explicar su acción. Por consiguiente, es natural suponer que una razón motivadora es un *estado psicológico*. Y ello porque parecería ser parte de lo que significa el que una razón tenga la aptitud de explicar el comportamiento de un agente que el tener esa razón es un hecho acerca del agente: que los objetivos que tales razones expresan son *sus* objetivos.

Si se admite esta manera de marcar la distinción entre las razones motivadoras y las justificatorias, es posible derivar algunas conclusiones de ella. En primer lugar, las razones motivadoras y las razones justificatorias pertenecerían a *categorías* diferentes: las razones motivadoras serían estados psicológicos, mientras que las razones justificatorias serían proposiciones de la forma general ‘A *debe* hacer *p*’. En segundo lugar, no parecería existir una conexión general entre estos dos tipos de razones: un agente podría tener una razón motivadora para hacer *p* sin tener ninguna razón que justifique hacer *p*, y podría tener una razón justificatoria para hacer *p* sin tener ninguna razón que lo motive a hacer *p*. Las razones explicativas estarían entonces destinadas a suministrar elementos para la explicación teórica de lo que ocurre en el mundo, mientras que las razones justificatorias, en cambio, proporcionarían argumentos justificatorios de la acción en la argumentación práctica acerca de lo que se debe hacer u omitir.

Las concepciones de las razones justificatorias varían, por su parte, según cómo se conciben los valores. Desde este punto de vista, podría decirse que hay enfoques que asimilan los valores a *deseos* de cierto tipo y enfoques que asimilan los valores a *creencias* de cierto tipo.⁸ Quienes sostienen la objetividad del dominio de las razones justificatorias están comprometidos con la aceptación de una caracterización de los valores en términos de creencias. Pero aceptar que las

razones justificatorias sean, en última instancia, creencias de cierto tipo, no implica necesariamente aceptar que exista objetividad en este dominio discursivo.

En lo que sigue utilizaremos las expresiones ‘razón’ o ‘razón para la acción’ como circunscriptas a lo que se ha caracterizado aquí como razones justificatorias, no explicativas. Y no asumiremos –si bien tampoco ofreceremos argumentos para descartar– que existan razones justificatorias objetivas.

16.2. La paradoja de la irracionalidad o irrelevancia en el seguimiento de normas

Si las normas generales tienen por finalidad básica intentar influir sobre la conducta de sus destinatarios para que hagan o dejen de hacer algo, parecen intuitivamente candidatos ideales para configurar razones (justificatorias) para la acción. Es característico de nuestros razonamientos prácticos, esto es, aquellos destinados a resolver cómo debemos actuar,⁹ el acudir a normas de carácter general como premisas para justificar nuestras acciones. Por ejemplo, la norma que obliga a detener la marcha de un vehículo frente a un semáforo en rojo constituye, conjuntamente con la existencia en cierto lugar de un semáforo en rojo, una razón para que detenga la marcha de mi auto (una razón que puede no ser concluyente, pero razón al fin).

No obstante esta conexión aparentemente simple y directa, el que las normas puedan constituir razones para la acción, así como las relaciones existentes entre ambas nociones, constituyen problemas que han generado fuertes controversias en el ámbito de la filosofía moral y de la filosofía jurídica. Más específicamente, el uso de normas generales para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional para el seguimiento de normas.¹⁰

De acuerdo con Schauer, como vimos, las normas generales resultarían selectivas en un doble sentido: seleccionarían un limitado espectro de propiedades como normativamente relevantes y, al hacerlo, necesariamente excluirían o suprimirían otras.¹¹ El predicado fáctico de las normas generales, al tomar a los individuos como miembros de una categoría más general, escogería aquella propiedad que se estima causalmente relevante respecto de la meta u objetivo que se quiere lograr o evitar mediante el dictado de la norma, y que constituiría su *justificación subyacente*. Por eso, las normas podrían presentar casos de sobre y subinclusión, que serían las situaciones en las que la generalización que conforma el predicado fáctico de la norma falla respecto de la justificación que la genera.

Esta cuestión de las posibles discrepancias entre la formulación de una norma y las razones para obedecerla genera un serio desafío al uso de normas generales en el razonamiento práctico, que puede presentarse en la forma de un dilema. Como se dijo, una norma general destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida (‘Deténgase frente a un semáforo en rojo’; ‘No se admiten perros’). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de muchas otras circunstancias (¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa al hospital de urgencia para dar a luz?; ¿debo excluir del restaurante a un no-vidente con un lazarillo?), algunas de las cuales podrían en verdad poseer relevancia si se atiende a la justificación que subyace a la norma. Y, en términos más generales, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere

tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, que debe atenderse al espectro completo de razones en juego.

Pero si las normas se interpretan y aplican como si fuesen completamente 'transparentes' respecto de sus razones subyacentes o, más en general, de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa una norma y su justificación, o el balance completo de las razones en juego, ha de estarse al resultado de esto último, las normas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de normas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que ellas nos ofrecen, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de *irracionalidad*, o dejamos de lado la guía que ofrecen las normas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las normas se tornan *irrelevantes*.

En la filosofía moral y política se han discutido varias paradojas que parecen estrechamente vinculadas con esta aparente tensión entre la irracionalidad y la irrelevancia en el seguimiento de normas generales, cuya presentación puede ayudarnos a esclarecer la que aquí nos interesa. Entre ellas, parece relevante resaltar lo que podríamos denominar la *paradoja de la autoridad*. Ninguna explicación satisfactoria de la idea de autoridad puede omitir ofrecer algún tipo de respuesta a la siguiente dificultad fundamental: si un rasgo constitutivo de la racionalidad práctica está dado por la autonomía, esto es, por el actuar de conformidad con las razones que uno acepta, y si la aceptación de una autoridad implica deponer el propio juicio colocando en su lugar las directivas de la autoridad, entonces nunca puede estar justificada la obediencia a una autoridad. Simplificando un tanto lo que Raz llama la *tesis de la no diferencia*¹² y Nino la *paradoja de la irrelevancia moral de la autoridad*,¹³ podría decirse que si las directivas de la autoridad no coinciden con lo que moralmente debe hacerse, dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habría razones para no obedecer tales directivas, y si las directivas de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, entonces habrá razones para actuar del modo prescrito, pero que la autoridad lo haya ordenado no sería una de esas razones.¹⁴ De modo que en ninguno de los dos casos las directivas de la autoridad servirían como justificación de las acciones, ya sea por la *irracionalidad* de su aceptación, ya sea por su *irrelevancia*.

Este problema no es el único que resulta muy similar en su estructura al aquí considerado. Repárese por ejemplo en la tensión que parece existir entre asignar relevancia al procedimiento y al contenido en la toma de decisiones colectivas. Por un lado, tenemos la intuición de que la legitimidad de una decisión política exige que ella haya sido tomada mediante cierto tipo de procedimiento; pero, por otro lado, nuestras intuiciones se resisten a desvincular completamente la legitimidad de una decisión política de la justicia de su contenido.¹⁵ Ahora bien, aunque existen fuertes razones para tomar en consideración ambos aspectos en el examen de la legitimidad de las decisiones políticas, si una decisión política se juzga como legítima en función del procedimiento empleado para alcanzarla, cuando se sigue el procedimiento correcto la decisión debería aceptarse como legítima con independencia de su contenido, esto es, el contenido resultaría *irrelevante*. Y si en cambio no se está dispuesto a calificarla como legítima si su contenido es injusto, ello parecería indicar que seguir cierto procedimiento puede arrojar resultados *irracionales*.

La similitud estructural entre estos problemas –sobre todo entre el que aquí nos ocupa, esto es, el del seguimiento de normas generales, y la paradoja de la autoridad– es tal que sugiere la existencia de raíces comunes y, consiguientemente, que las propuestas para su resolución o disolución deberían resultar análogas. No obstante ello, al menos a primera vista parecería que en el caso de la paradoja de la autoridad, lo que deberíamos afrontar no es el cargo de irracionalidad sino el cargo de irrelevancia para superar la dificultad. Ello así puesto que desplazar el propio juicio y confiar en el de otro para cuestiones prácticas parece incuestionablemente irracional. Puede haber muchas razones por las que obedecemos a una autoridad, pero hacerlo exclusivamente porque fue ella quien emitió una directiva no parece racionalmente justificado, de modo tal que la forma más plausible de lidiar con esta paradoja consistiría en mostrar en qué casos no sería irrelevante desde el punto de vista práctico aceptar las directivas de una autoridad, esto es, en qué casos las directivas de una autoridad podrían introducir una *diferencia práctica* relevante.¹⁶ Por contraste, en el caso de la paradoja del seguimiento de normas generales, si en todo supuesto en que pudiera existir una discrepancia entre lo que exige la norma y su justificación subyacente –o el balance completo de razones en juego– se optara por la solución que ofrece esta última, la norma como tal se tornaría sin duda irrelevante. Por ello, la vía más plausible para salvar la dificultad consistiría en tratar de mostrar que no es irracional el uso de normas para justificar nuestras acciones y decisiones.

Con todo, esta asimetría en el enfoque entre los dos problemas no constituye la estrategia más adecuada para su análisis. En las páginas que siguen intentaremos mostrar que, si se reflexiona un poco sobre los presupuestos implícitos en el planteo de estas dos paradojas, es posible advertir que la opción a la que en cada una de ellas se nos pretende enfrentar resulta en realidad ilegítima.

16.3. Las normas como razones excluyentes

Uno de los intentos más elaborados para explicar el funcionamiento de las normas como razones para la acción y para dar respuesta a nuestro problema fue ofrecido por Joseph Raz. Raz señala que las normas funcionan como un tipo especial de razones: como *razones protegidas*.¹⁷ A su juicio, en todo proceso de toma de decisiones, además de las razones de primer orden para hacer o dejar de hacer algo, pueden hallarse razones de segundo orden, que son aquellas que suministran razones para actuar o abstenerse de actuar en virtud de una razón de primer orden. Entre esas razones de segundo orden Raz considera que se cuentan aquellas que excluyen razones de primer orden, a las que llama *razones excluyentes*, y que obligan a dejar de lado razones que de otro modo serían aplicables. Una norma sería, para Raz, una razón protegida en el sentido de que combinaría una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y, al propio tiempo, una razón excluyente que exigiría dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera.

De acuerdo con Raz, las razones excluyentes no entran en competencia, sino que siempre desplazan a las de primer orden. Entre los ejemplos que ofrece Raz se cuenta aquel según el cual una persona adopta para sí la norma de que siempre pasará sus vacaciones en Francia, excluyendo la posibilidad de actuar sobre la base de una razón semejante a que los hoteles en cierta otra parte del mundo ofrecen promociones especialmente atractivas en determinada ocasión.¹⁸ En una situación de ese tipo, aceptar la norma de que siempre se irá de vacaciones a Francia funcionaría para el agente como una razón de primer orden para actuar de tal modo y una razón de segundo orden para no efectuar en cada caso un balance de las razones en juego a la hora de decidir en

dónde vacacionar. Raz cree que puede justificarse satisfactoriamente que muchas veces empleemos en nuestro razonamiento práctico estrategias excluyentes de estas características.

Es importante señalar que esta idea de Raz de desdoblar el razonamiento práctico en razones de primer y segundo orden, y de considerar que una norma prescriptiva sería una razón de primer orden para hacer o dejar de hacer algo, en conjunción con una razón de segundo orden para excluir de la consideración otras razones, resulta un tanto artificiosa y no parece debidamente justificada. En una situación como la del ejemplo comentado, la norma que establece que siempre se pasarán las vacaciones en Francia no ofrece por sí misma ninguna razón para excluir de la consideración otras posibles razones en conflicto. Por cierto, puede ocurrir que en ciertas situaciones esté perfectamente justificado seguir la directiva contenida en dicha norma y no tomar en cuenta ninguna otra consideración potencialmente relevante, por ejemplo, debido a la escasez de tiempo para tomar una decisión o debido a los costes que ello podría implicar. Pero en tal caso, son esas características que presenta el contexto de la decisión lo que debería interpretarse como una razón para excluir de la consideración otras razones, no la propia norma de que siempre se pasarán las vacaciones en Francia.

Frederick Schauer ha cuestionado la postura de Raz preguntándose, respecto de un ejemplo como el comentado, qué ocurriría si el veraneante tomase conocimiento de que un hotel en los Alpes austríacos ofrece habitaciones a diez dólares la noche, un precio que resulta drásticamente inferior a los cien dólares que se pensaba gastar en Francia. Esta oferta podría considerarse tan obviamente ventajosa que la exclusión de considerar factores semejantes podría ser derrotada, aun cuando en los casos normales (una diferencia de un veinte por ciento menos en el precio, por ejemplo) la norma no perdería su fuerza para excluir que cada año se determine dónde pasar las vacaciones sobre la base del balance completo de razones. Para Schauer, las restricciones que imponen las normas serían más presuntivas que excluyentes, pues suministrarían cierto grado de restricción, pero admitirían la posibilidad de que se las deje de lado en circunstancias particularmente exigentes.¹⁹

Frente a una situación como esta, Raz debería en cambio optar por una de entre dos alternativas de explicación, ninguna de las cuales reflejaría en forma genuina cómo opera nuestro razonamiento práctico en casos semejantes. O bien debería considerar que la exclusión debe prevalecer siempre, de manera que, si en la situación descrita se opta por ir a Austria, se habrá simplemente abandonado la norma; o bien debería decirse que en realidad un supuesto como el considerado no se encuentra cubierto por la norma, aunque a primera vista, debido tal vez a una interpretación poco cuidadosa de ella, haya parecido lo contrario. Para Raz, el admitir que al momento de tomar una decisión se examine incluso superficialmente la razón de primer orden para ver si ese es uno de los casos en los cuales no debería excluirse, implicaría que la razón en cuestión no ha sido excluida en absoluto.

Raz distingue entre la *conformidad* con una norma y el *seguimiento* de una norma.²⁰ En el primer caso, se hace lo que la norma exige —se actúa *de acuerdo con* ella— cualquiera que haya sido el motivo del agente para hacerlo. En el segundo, en cambio, se hace lo que la norma exige pero, además, el agente lo hace motivado justamente por la norma —se actúa *por* ella. Para Raz, las razones para actuar serían razones para la conformidad, no para el seguimiento, y a su criterio habría ocasiones en las que la manera de hacer más probable la conformidad con un conjunto de razones radicaría precisamente en no actuar por ellas. Ese sería el modo de entender la relación entre una razón excluyente y el conjunto de razones excluidas: las razones excluyentes servirían

como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que ellas excluyen. Ahora bien, de ser esto así, las normas generales serían semejantes en su funcionamiento a lo que von Wright califica como *normas técnicas*²¹ y Schauer *instrucciones o reglas de experiencia*.²² De hecho, no ofrecerían genuinas razones para actuar, sino más bien razones para *creer*: razones para creer, en situaciones de incertidumbre, que cierto curso de conducta es, con mayor probabilidad, el que se tiene razones para ejecutar.²³ En otras palabras, las normas no serían razones excluyentes debido a que, si se diera una genuina discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ella y el que resulta de las razones subyacentes a ella, habría que privilegiar al primero. Por el contrario, en una situación semejante debería optarse por el resultado del balance de las razones subyacentes. Si las normas se conciben desde este enfoque como razones excluyentes es porque, en caso de discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por ella y el que *creemos* que resulta de las razones subyacentes a ella, deberíamos privilegiar al primero, y ello debido a que nuestras creencias acerca de cuál sea el resultado del balance de razones podrían resultar equivocadas.

Ahora bien, las razones para creer qué es lo que se debe hacer no son razones prácticas, esto es, razones para la acción, sino razones teóricas, de manera que si esta forma de intentar sortear la opción entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales nos fuerza a considerar que las normas no suministran en realidad genuinas razones para la acción, el precio que se tiene que pagar parece demasiado alto.

Volvamos por un momento a considerar la paradoja de la autoridad. Según ella, como se dijo, si las directivas de una autoridad no coinciden con lo que moralmente debe hacerse, dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habría razones para desobedecer a la autoridad, de manera que la aceptación de sus directivas resultaría irracional; mientras que si las directivas de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, entonces habrá razones para actuar del modo prescripto, pero que la autoridad lo haya ordenado no sería una de esas razones, de modo que esto último resultaría irrelevante.

Así presentada, esta paradoja parece plantear una dificultad seria, pero ello solo es así siempre y cuando se admitan una serie de presupuestos que se encuentran implícitos en su formulación. En efecto, la dificultad surge de confrontar el contenido de las directivas de la autoridad con lo moralmente correcto, de lo que se seguiría necesariamente que el contenido de esas directivas o bien concuerda o bien no concuerda con lo que se reputa moralmente correcto. Pero esa confrontación solo tiene sentido si se presupone que siempre es posible determinar objetivamente qué es lo moralmente correcto. Como lo ha señalado acertadamente Carlos Nino,²⁴ la paradoja de la autoridad depende de la asunción de ciertos compromisos metaéticos: en primer lugar, que hay una respuesta objetiva a la pregunta acerca de qué es lo que debe hacerse desde un punto de vista moral. En otras palabras, que el dominio de la moral es un dominio de razones objetivas para actuar, las cuales resultan relativamente independientes de las preferencias o creencias de los sujetos. En segundo lugar, que esas razones morales objetivas determinan una única respuesta correcta para todos los casos posibles, en el sentido de que no hay situaciones que resulten moralmente inconmensurables, es decir, en las que puedan verificarse conflictos irresolubles entre valores morales, ni tampoco situaciones que resulten moralmente indiferentes, es decir, en las que no se disponga de calificación moral alguna entre varias alternativas. Para decirlo brevemente, que el dominio de las razones morales es consistente y completo. En tercer lugar, que es posible para los sujetos acceder al conocimiento de ese dominio moral objetivo frente a cualquier caso.

Por supuesto, cualquiera de estos tres presupuestos puede controvertirse y, de hecho, ha sido controvertido. No vamos a intentar aquí cuestionar a ninguno de ellos, pero lo cierto es que tampoco es razonable suponerlos de manera acrítica ya que ellos están sujetos a un profundo y complejo debate en el campo de la metaética. Lo que sí es necesario señalar es que la paradoja solo configura una objeción genuina en caso de que se los adopte sin matices. Si se considera que el dominio de la moral no es objetivo, por caso, si se interpreta que pueden existir diversos sistemas morales en competencia sin que resulte posible privilegiar a uno de ellos sobre los demás, la propia idea de que las directivas de la autoridad o bien coinciden o bien no coinciden con lo que moralmente se debe hacer no tiene sentido. Si se asume la objetividad de la moral, pero se considera que pueden existir valores morales inconmensurables, tampoco sería correcto suponer frente a cualquier posible situación en la que pudieran concurrir valores morales en conflicto que las directivas de una autoridad resultan o bien irrelevantes o bien que su seguimiento sea irracional. Si se aceptan los dos presupuestos anteriores, pero se estima que pueden verificarse situaciones moralmente irrelevantes –considérese, por ejemplo, un problema de coordinación, como la regulación del tránsito vehicular: parece absurdo preguntarse si moralmente se debe manejar sobre la mano derecha o sobre la mano izquierda– seguir en tales situaciones las directivas de la autoridad no podría calificarse ni de irrelevante ni de irracional. Y, finalmente, aunque se asuma todo lo anterior, el problema epistémico del acceso al conocimiento moral parece difícil de responder: como lo ha puntualizado Jeremy Waldron, la existencia de desacuerdos razonables respecto de nuestras concepciones morales parece constituir un hecho social innegable,²⁵ y ese hecho configura un sólido indicio, si no de la falta de objetividad de la moral, sí al menos de nuestras limitaciones epistémicas a su respecto. En síntesis, una vez que se advierten las presuposiciones implícitas que le confieren sustento, la paradoja de la autoridad pierde buena parte, sino toda su fuerza.

En principio, todas estas consideraciones pueden trasplantarse sin más al análisis de la paradoja del seguimiento de normas generales. Si se piensa, no ya en la justificación subyacente al dictado de una norma, sino en una evaluación completa de todos los posibles factores relevantes, parece claro que la plausibilidad de este dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia de las normas generales depende enteramente de los mismos presupuestos que examinamos respecto de la paradoja de la autoridad: que la pregunta acerca de cuál es el resultado de efectuar un balance entre todas las razones potencialmente relevantes respecto de cualquier problema práctico posee una respuesta objetiva; que esa respuesta es una y solo una para cualquier problema práctico, y que en cualquier situación podemos de hecho conocer cuál es el resultado de semejante evaluación. Si falla alguno de esos presupuestos, ya no quedamos condenados a esta opción entre irracionalidad o irrelevancia. Es más: nuestra práctica de seguimiento de normas generales, el hecho notorio de que usemos cotidianamente normas generales para justificar nuestras acciones y para evaluar críticamente la conducta de los demás, constituye una demostración cabal de que todos estos presupuestos no siempre se verifican en cualquier contexto de decisión.

Si en cambio se toma en cuenta solamente la justificación que subyace al dictado de una norma, y no a todos los factores potencialmente relevantes, la idea de Schauer de que a toda norma subyace una justificación parece decididamente una simplificación inadecuada. Por supuesto, es posible aceptar que siempre que se dicta una norma general ello obedece a alguna razón, pero de eso sería ilegítimo concluir que a toda norma subyace una y solo una razón, y no más bien que lo que justifica el dictado de cualquier norma es un conjunto complejo de razones. Por otra parte, identificar esas complejas razones muchas veces resulta dificultoso, sino lisa y llanamente imposible.

De todos modos, es importante resaltar que detrás de la paradoja del seguimiento de normas subyace en última instancia una controversia más profunda entre dos visiones radicalmente distintas de explicación sobre cómo operan las razones justificatorias en la deliberación práctica. Veamos cuáles son.

16.4. El razonamiento práctico: universalismo y particularismo

Existen dos formas diferentes de concebir el funcionamiento del razonamiento práctico. Según una de ellas, que puede denominarse *concepción subsuntiva o universalista*, justificar un cierto curso de acción consiste en mostrar que ese caso es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona una cierta consecuencia normativa, operación que se conoce con el nombre de *subsunción*. Todos los supuestos individuales que comparten el mismo conjunto de propiedades relevantes han de tener la misma consecuencia normativa. Si fuera siempre posible introducir nuevas excepciones en las normas generales de acuerdo con las circunstancias del caso, entonces la racionalidad práctica obedecería a formas arbitrarias e irreflexivas. La noción de razón para la acción en la visión universalista hace referencia a propiedades o circunstancias *relevantes* desde un punto de vista práctico, relevancia cuya fuente está dada por normas universalmente válidas.²⁶

Según la visión alternativa, a la que puede calificarse como *concepción particularista*, no existen pautas universales en las cuales apoyar la corrección normativa de las acciones. Se debe atender siempre al modo en que se presentan las circunstancias en cada caso individual y *ponderarlas* para determinar la solución correcta. La deliberación práctica no consiste en la aplicación de normas generales, sino que se trata de una práctica narrativa que permitiría apreciar la significación normativa de determinadas circunstancias para el caso concreto.²⁷

El universalismo y el particularismo discrepan sobre el alcance y la fuente de la relevancia de las razones justificatorias. Según el universalismo, la relevancia de las razones es uniforme e invariable y, en este sentido, universal. Esta característica se explicaría porque las razones tienen su fuente en normas y las normas son formuladas a través de enunciados condicionales universales, que correlacionan la presencia de ciertas propiedades o circunstancias genéricas con determinadas consecuencias normativas. Por el contrario, el particularismo sostiene que cualquier propiedad puede resultar relevante de acuerdo con la situación individual, es decir, puede constituir una razón. Pero dicha relevancia sería contextual y, consiguientemente, particular. El hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en cierto caso no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. En un ejemplo: normalmente, causar dolor de manera intencional torna incorrecta una acción. Pero si un niño se clava en la playa una espina, entonces la acción de causarle dolor para extraerle la espina no hace que tal acción sea incorrecta si no hay otro modo de lograr ese resultado.²⁸ Por lo tanto, la corrección de una acción, para la concepción particularista, no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén configuradas en ese caso concreto las circunstancias. Nada es posible concluir acerca de su relevancia en casos futuros.

La concepción particularista no necesita rechazar lisa y llanamente la noción de norma de carácter general. Conceptualmente es posible aceptar esta idea, pero en tal caso ha de interpretarse a las normas generales como meramente *derrotables*, no solo en virtud de su justificación subyacente,

sino en virtud de cualquier otro hecho que pueda resultar de relevancia frente a cualquier caso concreto de aplicación.

El desafío más importante que una concepción particularista debe afrontar ha sido claramente expresado por Juan Carlos Bayón,²⁹ quien afirma que el particularismo debe aclarar en qué consiste esa misteriosa capacidad del ‘discernimiento’ que sería necesaria para determinar qué particularidades del caso concreto resultan normativamente relevantes, una vez que se ha rechazado la idea básica de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general. Porque si el criterio de decisión no puede universalizarse, no queda claro cómo es que para esta posición la respuesta se circunscribe al caso particular y, no obstante, es distinta de una mera decisión carente de fundamento.

Por su parte, la dificultad mayor que la concepción universalista debe superar es la siguiente: ¿cómo sería posible realizar una interpretación de todas las normas generales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí? ¿Es posible elaborar una reconstrucción completa de todas las normas y de todos los criterios para resolver posibles conflictos entre ellas? Esta cuestión es la que conduce a muchos autores a sostener alguna versión particularista.

En conclusión, la concepción universalista y la concepción particularista parecen enfrentarnos con el siguiente dilema referido a la deliberación práctica, que puede considerarse una formulación más general de nuestro dilema originario: o bien es posible una justificación universalista de las decisiones, lo que obliga a asumir la posibilidad de 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.³⁰

Si bien el limitado marco que ofrece este trabajo impide proponer una solución a las difíciles cuestiones planteadas, sí es conveniente formular al menos algunas aclaraciones. En la opción entre el universalismo y el particularismo frente a las razones para la acción, la segunda alternativa debería decididamente ser descartada. No solamente porque una decisión particularista frente a un problema práctico parece, como se dijo, un ejemplo paradigmático de decisión arbitraria, sino porque la plausibilidad del particularismo se asienta en un error lógico. Si lo que el particularismo objeta es que una propiedad puede a veces contar como una razón a favor y otras en contra de llevar a cabo una cierta acción, el argumento así presentado es completamente inocuo respecto del universalismo.

Cualquier propiedad que se verifique en un caso particular puede ser presentada por el universalismo como invariablemente relevante desde el punto de vista normativo, aun cuando pueda ser vencida por razones con mayor peso. En el ejemplo antes citado, provocar dolor es incorrecto, pero provocarle dolor a un niño para sacarle una espina del pie no es incorrecto. Esto, sin embargo, no conforma un argumento contra el universalismo, tal como a primera vista podría pensarse, porque el ejemplo puede explicarse sin dificultad —e incluso con mayor claridad— desde la concepción universalista: no se trata de que en este caso causar dolor sea correcto; lo que hace que la acción sea correcta es que posee una propiedad adicional: que le quita al niño una espina que podría generarle una infección, algo que podría tener un resultado peor que el sufrimiento que se le provoca al hacerlo. Por consiguiente, causar dolor no es una característica que a veces cuente a favor y otras en contra de realizar una cierta acción: causar dolor es siempre una razón para no

realizar una acción que tenga tal cualidad, solo que esa razón puede ser derrotada por otras razones. Hasta aquí, no hay ningún argumento interesante contra el universalismo. Porque solo se estaría objetando que las razones que el universalismo esgrime pueden ser superadas en un caso concreto, pero siempre dentro de lo que el universalismo entiende por 'razones'.

El particularismo parece tener un punto interesante al remarcar que no hay ningún caso particular que resulte idéntico a otro caso particular. Hare sostiene que la racionalidad en el discurso práctico está dada por la exigencia de universalidad: si dos casos son semejantes en sus características no morales, deberían recibir idéntica solución normativa.³¹ Sin embargo, el particularista puede aceptar esto y, no obstante, decir que, como ningún caso particular es idéntico a otro caso particular, la exigencia de universalidad resulta completamente irrelevante. Lo que el particularista parece sostener es que ninguna propiedad es invariablemente relevante desde el punto de vista normativo porque cualquier caso particular posee al menos una propiedad que lo distingue de cualquier otro, de manera que, como no es posible descartar que semejante propiedad resulte normativamente relevante, sería el contexto particular de un caso lo que habría que tomar en cuenta para resolver un problema práctico.

Pero si bien es correcto que todo caso particular posee, al comparárselo con cualquier otro caso particular, alguna propiedad que los distinga, esto es, que está presente en uno pero ausente en el otro, de eso no se sigue que haya al menos una propiedad que un caso particular posee y que no se encuentra en ningún otro, puesto que, cualquiera sea la propiedad que uno tome en cuenta, siempre puede existir algún otro caso particular que también la posea. Inferir de la premisa 'Todo caso particular posee alguna propiedad que lo distingue de cualquier otro' la conclusión 'Existe al menos una propiedad que todo caso particular posee y que ningún otro posee' es incorrecto, tal como lo sería inferir del enunciado 'Todos los chicos quieren a alguna chica' que 'Existe una chica a la que todos los chicos quieren'. Lo primero solo significa que para cada chico se cumple que hay alguna chica a la que quiere; lo segundo supone, infundadamente a partir de la premisa dada, que hay una chica en común a la que todos quieren. Se trata de una falacia bien conocida, que fuera denunciada por Geach como muy extendida, en particular, en muchos argumentos filosóficos.³²

En el caso del particularismo, que cada caso individual posea alguna propiedad que lo diferencia de cualquier otro resulta perfectamente compatible con la idea de que, para describir un caso particular, solo pueden tomarse en cuenta propiedades generales. Un caso particular de homicidio, por ejemplo, siempre tendrá alguna cualidad que lo distinga de cualquier otro (en este caso particular, el homicidio se cometió con una pistola, el homicida conocía a su víctima, antes de matarlo estaban mirando juntos un partido de fútbol, etc.). Pero cada una de esas características del caso podría también verificarse en muchos otros. El único rasgo que singulariza a ese caso de homicidio es que ningún otro caso de homicidio presenta conjuntamente todas las características (generales) que se verifican en este.³³ Por consiguiente, el particularismo se apoya en una premisa plausible pero deriva de ella una conclusión errónea.

Descartado el particularismo, es preciso ofrecer alguna respuesta al cuestionamiento que ordinariamente se dirige contra el universalismo: 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 todos los factores relevantes. Esto tiene un fondo de verdad, pero no implica nada intrínsecamente problemático. Si bien no parece posible que efectuemos una reconstrucción completa de todas las normas aplicables a cierto caso y determinemos el peso exacto de unas

frente a otras de una vez y para siempre, sobre todo en el dominio moral, ello no implica que justificar una decisión frente a un caso no signifique lo que el universalismo sostiene que significa, esto es, poder subsumir el caso como una instancia de una norma general o conjunto de normas generales. 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 morales; pueden poner en crisis nuestras convicciones morales; pueden destacar la necesidad de que las refinemos o que las modifiquemos, y pueden incluso demostrar la concurrencia de razones inconmensurables entre sí. En otras palabras, la objeción no demuestra que la noción de justificación que ofrece el universalismo sea incorrecta, sino, a lo sumo, que los sistemas normativos desde los cuales efectuamos nuestras evaluaciones pueden ser imperfectos. Ello no quiere decir que no pueda justificarse moralmente una acción a partir de un cierto conjunto de normas generales, sino que la justificación moral debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y abierto a la reconsideración de las razones en juego.

17. Justificación de las decisiones judiciales

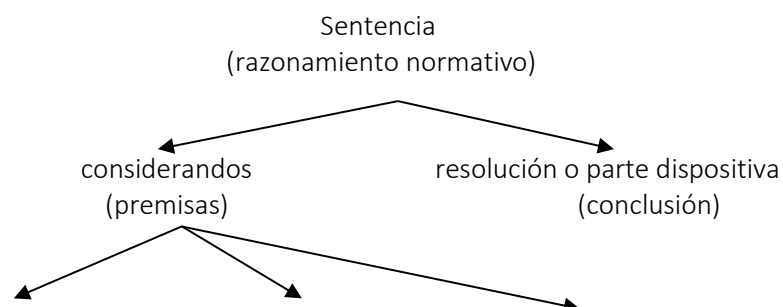
17.1. Motivación y justificación de las decisiones judiciales

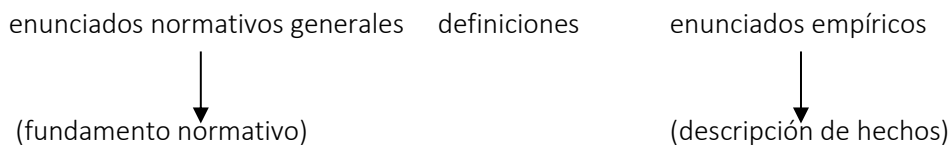
Una sentencia judicial es una decisión que pone fin a una controversia jurídica que puede versar sobre un conflicto de intereses o acerca de la procedencia de una sanción. En el derecho moderno se exige que las decisiones o resoluciones judiciales sean fundadas, lo que significa que el juez debe explicitar las razones de su decisión, debe justificarla. Una sentencia carente de justificación es el arquetipo de una sentencia arbitraria.

Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento, entre cuyas premisas figura al menos una norma general y cuya conclusión es la decisión.³⁴ El fundamento de una decisión judicial debe ser una o más normas generales de las que aquella es un caso de aplicación.

Las premisas de una sentencia judicial suelen ser calificadas como *considerandos*, en tanto que en la *resolución, fallo o parte dispositiva* se expresa el contenido de la decisión del juez. Una sentencia judicial puede así reconstruirse como un razonamiento normativo: la resolución es la conclusión de un razonamiento cuyas premisas se encuentran en los considerandos. Entre las premisas suelen encontrarse tres tipos de enunciados:

- i) enunciados normativos generales que constituyen el fundamento normativo de la resolución;
- ii) definiciones de ciertos términos contenidos en las normas generales;
- iii) enunciados empíricos usados para la descripción de hechos del caso.





Esta reconstrucción parece corresponderse con lo que tradicionalmente se ha denominado *teoría del silogismo judicial*. La teoría del silogismo sostiene que la relación entre el fallo y los considerandos en una sentencia judicial, esto es, entre la decisión y su justificación, puede reconstruirse en términos de un razonamiento deductivo, donde la parte dispositiva es la conclusión y las premisas están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso. Pero junto con esta idea, la teoría del silogismo defiende una visión mecánica y formalista de la labor judicial, según la cual frente a cualquier caso los jueces se limitarían a derivar una conclusión lógica a partir de las premisas normativas y fácticas.

Frente a esa visión mecánica, como ante cualquier postura extrema, se generó un foco de reacción igualmente radical pero de signo inverso. El *realismo jurídico* puso énfasis en los distintos factores que inciden en la motivación de los jueces al decidir –emociones, valoraciones morales, convicciones políticas, etc. – para sostener que los considerandos de una sentencia judicial parecen más bien una suerte de ‘racionalización’ de una decisión adoptada previamente. Los jueces primero decidirían sus casos, motivados por un plexo complejo de circunstancias como las aludidas, y luego invocarían normas generales como justificación de sus decisiones, para otorgarles cierto tinte de racionalidad.³⁵

De modo que podría decirse que, mientras para la teoría del silogismo judicial el derecho estaría conformado exclusivamente por normas generales y la actividad judicial se reduciría a una mera operación mecánica, los realistas relegarían a las normas generales para destacar la función creadora de los jueces, y priorizaría el estudio socio-psicológico de los factores que motivan a los jueces. En una síntesis muy esquemática:

Teoría del silogismo judicial:

- 1) La sentencia es un razonamiento en el cual el juez, a partir de los considerandos, infiere su decisión expresada en la parte dispositiva.
- 2) Las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso.
- 3) La actividad del juez, una vez determinados los hechos, es puramente mecánica: consiste en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas.
- 4) La sentencia está determinada por las normas.
- 5) En cada caso hay una y solo una decisión jurídicamente correcta: es la conclusión del razonamiento que lleva a cabo el juez a partir de los considerandos.

Realismo jurídico:

1') Las normas no constituyen el único, y ni siquiera el más importante, factor que determina la decisión judicial.

2') El juez es motivado por diversos factores: valoraciones personales, sus ideas morales y religiosas, consideraciones políticas, factores emotivos, etc.

3') El juez primero toma la decisión y luego busca justificarla mediante la invocación de normas.

4') El razonamiento contenido en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva.

5') No existen pautas objetivas para determinar cuándo una decisión judicial es correcta.³⁶

La polémica entre estas dos posturas extremas se ha desarrollado sobre la base de una confusión entre el plano lógico y el plano psicológico: el realismo habría acertado en remarcar, desde el plano psicológico, los factores que *motivan* causalmente las decisiones judiciales. Los motivos por los que un juez llega a adoptar una cierta decisión pueden ser muy variados, y comprenden desde sus convicciones morales hasta el estado de ánimo con el que llega a su juzgado luego de que su equipo favorito de fútbol ha perdido. Con todo, debe repararse en que esos motivos no *justifican* su decisión, sino que a lo sumo sirven para *explicar* por qué resolvió como lo hizo. En otras palabras, son razones motivadoras pero no justificatorias.

Es importante remarcar que dentro del realismo conviven posturas extremas junto a otras moderadas como la de Alf Ross. Ross no acepta en toda su extensión la posición antes descrita respecto de las decisiones judiciales, pero tampoco llega a distinguir entre el plano lógico de la justificación y el plano psicológico de la motivación. Para él, la invocación de normas generales en los considerandos de una sentencia judicial implica que ellas actúan como factor causalmente determinante de la decisión del juez:

... en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, esta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba.³⁷

La teoría del silogismo, en cambio, habría puesto el acento en el plano lógico, resaltando la relación que media entre las normas generales utilizadas como premisas en los considerandos y el contenido de la decisión adoptada como conclusión. Solo un conjunto de normas generales puede ser utilizado para *justificar* una decisión judicial. Y aunque pueda ser cierto que los jueces primero toman sus decisiones y luego buscan justificarlas, esa prioridad temporal no afectaría la prioridad lógica del fundamento con respecto a la resolución. De manera que, pese a las apariencias, las principales ideas de ambas concepciones resultarían perfectamente compatibles.³⁸

Es cierto que correspondería formular una salvedad acerca del supuesto carácter mecánico que muchos partidarios de la teoría del silogismo le han atribuido a la actividad de los jueces. La lógica en realidad no suministra procedimientos mecánicos que posibiliten inferir una cierta conclusión a partir de un conjunto de premisas, sino solamente procedimientos para verificar si los distintos

pasos efectuados en un razonamiento están justificados o no de conformidad con ciertas reglas de inferencia. Por consiguiente, que una sentencia pueda ser reconstruida como la conclusión de un razonamiento deductivo en el que ciertas normas generales y los hechos del caso figuran como premisas no significa en modo alguno que la actividad judicial sea mecánica.³⁹

La perspectiva de análisis de la teoría del silogismo, una vez que ha sido despojada del formalismo que supone concebir la actividad judicial como mecánica, podría resumirse sintéticamente del siguiente modo. El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo con el derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas –normativas y fácticas– se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Tal inferencia muestra que la decisión de aplicar las consecuencias jurídicas así seleccionadas al caso particular está jurídicamente justificada. Esto no significa que una decisión pueda ser efectivamente deducida de las premisas, ya que *la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinada por la lógica*. Como puntualiza acertadamente MacCormick '*decidir no es deducir*':⁴⁰ lo que está lógicamente implicado por las premisas de un argumento correcto es el contenido de un posible acto de decisión y, de esta manera, se dirá que ese acto de decidir, una vez realizado, está justificado por las premisas del argumento.⁴¹

Desde luego, el proceso de identificación de normas, esto es, el paso de las formulaciones normativas a las normas, es una instancia previa necesaria para poder determinar las consecuencias lógicas que de tales normas se siguen respecto de un caso particular. Como la sistematización es una actividad que comprende, por una parte, la solución de los casos genéricos por medio de la derivación de las consecuencias del conjunto de las normas jurídicas y, por la otra, la reformulación del sistema jurídico, estas tareas solo pueden llevarse a cabo una vez solucionado el problema de la identificación de las normas jurídicas. Un sistema jurídico es un conjunto de normas, no de formulaciones de normas. En otras palabras, un sistema jurídico no es un sistema puramente formal, no interpretado, sino un sistema con una interpretación determinada.

De conformidad con lo anterior, cada cambio en la interpretación de las formulaciones normativas generará un sistema diferente. Igualmente, cuando la base del sistema se modifica por la promulgación, reforma o derogación de normas, ese cambio repercute sobre la identidad del sistema, de modo que correspondería hablar de la existencia de un sistema nuevo. Para explicar la dinámica del derecho se vuelve así necesario, como se ha visto, tomar en cuenta una unidad más abstracta: una secuencia ordenada de conjuntos de normas.

Además, el contenido conceptual de cada sistema jurídico perteneciente a una misma secuencia dinámica no depende exclusivamente de las normas que lo integran: un cambio en los criterios de preferencia entre sus normas determinará también un sistema distinto. Y como los criterios jerárquicos entre normas no siempre se encuentran formulados explícitamente y, cuando lo están, muchas veces son incompletos, el eventual intérprete se ve precisado con frecuencia a introducir él mismo jerarquías, lo cual excede el marco de la mera derivación lógica de consecuencias del sistema.

Con todo, y pese a que es importante tener en mente estas limitaciones, aunque sea correcto que para establecer las premisas de un argumento se debe recurrir muchas veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, ello no comporta obstáculo alguno a la idea de que el paso de las

premisas a la conclusión de un razonamiento judicial puede ser siempre reconstruido como una inferencia deductiva.⁴²

17.2. Justificación interna, justificación externa y teoría de la argumentación

A partir de una serie de trabajos de Jerzy Wróblewski, resulta tradicional distinguir entre lo que se denomina 'justificación interna' y 'justificación externa' de una decisión judicial.⁴³ Es importante analizar los sentidos que puede asumir esta distinción pues sobre su base se han dirigido críticas contra la reconstrucción de las decisiones judiciales presentada en el punto anterior.

En ocasiones se alude con la expresión 'justificación interna' a la justificación de la decisión que el juez adopta y con la expresión 'justificación externa' a la justificación de las premisas utilizadas para derivar tal decisión. De conformidad con esta lectura, el juez justifica internamente su decisión si emplea como premisas las normas generales que integran el sistema jurídico en cuyo marco desempeña su función. El problema es que muchas veces el sistema no ofrecería una respuesta unívoca para cualquier caso. Frente a los 'casos difíciles', los jueces deberían adoptar una decisión que no puede justificarse en las normas del sistema. En tales casos –se sostiene– deberían justificar las premisas que emplean como fundamento de sus decisiones.

La idea sería, entonces, que en los 'casos difíciles' las premisas requerirían, a su vez, de una justificación. De acuerdo con algunos de los partidarios de la denominada *teoría de la argumentación jurídica* –Aarnio, Alexy, Atienza y, hasta cierto punto, MacCormick– la justificación de las decisiones judiciales sería distinta en los casos fáciles o rutinarios y en los casos difíciles, denominándose 'justificación interna' a la primera y 'justificación externa' a la segunda.⁴⁴ Según este criterio, la diferencia entre justificación interna y externa radicaría en el concepto de justificación y en el tipo de razonamiento utilizado en cada una. Desde este punto de vista, la lógica deductiva resultaría insuficiente para dar cuenta del razonamiento judicial debido a que, aunque permitiría una reconstrucción más o menos adecuada de los casos fáciles, en los casos difíciles, en cambio, no alcanzaría con que se justifique el contenido de la decisión del juez a partir de las premisas escogidas. En ellos resultaría necesario justificar a su vez las premisas normativa o fáctica, justificación que podría no ser deductiva.⁴⁵

En otras oportunidades, en cambio, se ha interpretado que la norma individual dictada por el juez debe estar a la vez justificada interna y externamente, de modo que ella sería objeto de ambos tipos de fundamentación.⁴⁶ Desde este punto de vista, sería el origen de las razones lo que funda la distinción, el carácter interno o externo del dominio de la relación de justificación. Si se tomara en cuenta a la propia sentencia judicial, justificación interna sería entonces la que se apoya en las premisas reconocidas por el juez y externa la que se asienta en razones externas en relación con la sentencia. Si en cambio se toma como parámetro el conjunto de las normas de un cierto sistema jurídico, la 'justificación externa' sería, según esta versión, una justificación extrajurídica, de modo que este criterio de distinción coincidiría con la discriminación entre justificación jurídica y justificación moral: una decisión judicial estaría internamente justificada si pudiera derivarse de las normas generales que conforman el sistema jurídico de referencia –si estuviese jurídicamente justificada– y estaría externamente justificada si su contenido fuese justo de conformidad con cierto sistema moral –si estuviese moralmente justificada.

Esta es otra de las ideas que parece subyacente en el pensamiento de los teóricos de la argumentación jurídica: se considera que el derecho posee una 'autonomía limitada', puesto que los jueces deberían en ciertos casos recurrir a premisas morales.⁴⁷ La justificación externa consistiría en la conformidad de las premisas jurídicas con normas morales.⁴⁸

Así, Manuel Atienza sostiene que una inferencia lógica o argumentación válida (deductivamente) es aquella en la que la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.). Y este carácter deductivo de la lógica comportaría una seria limitación para la evaluación de la argumentación jurídica ya que, en su criterio, en muchos argumentos el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente: se trataría de los llamados argumentos *inductivos* o *no deductivos*. Los argumentos de este tipo podrían ser 'buenos argumentos', pues existirían muchas ocasiones en las que resulta necesario argumentar y en las que, sin embargo, no sería posible utilizar argumentos deductivos. Esto sería bastante frecuente en la vida ordinaria y, en particular, en el derecho. Este tipo de argumentos no tendría carácter deductivo, pues el paso de las premisas a la conclusión no sería necesario, aunque sí altamente probable. Quien formulara un razonamiento como este se guiaría por lo que se denominan 'reglas de la experiencia', que representarían un papel parecido a las reglas de inferencia en los argumentos deductivos.⁴⁹

... cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro. La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva.⁵⁰

Aunque tendremos oportunidad de examinar detenidamente esta idea más adelante, es importante aclarar desde ahora que se pueden interpretar dos cosas bien distintas a partir de la idea de una 'justificación material': o bien que, para considerar justificada la conclusión de un razonamiento judicial, su corrección formal no basta, exigiéndose además su conformidad material con cierto sistema de valores,⁵¹ o bien que siempre resulta preferible una conclusión justa, de conformidad con cierto sistema de valores –aun cuando para llegar a ella se haya empleado un esquema de razonamiento inválido– a una conclusión injusta derivada deductivamente de las premisas que se hubieren escogido del sistema. Así lo reconoce el propio Atienza:

En unos casos la lógica aparece como un instrumento necesario pero insuficiente para el control de los argumentos (un buen argumento debe serlo tanto desde el punto de vista formal como material). En otros casos, es posible que la lógica (la lógica deductiva) no permita ni siquiera establecer requisitos necesarios en relación con lo que debe ser un buen argumento; ... un argumento no lógico –en el sentido de no deductivo– puede ser, sin embargo, un buen argumento.⁵²

Como puede apreciarse, cada una de estas dos diferentes intelecciones de la distinción entre justificación interna y externa han sido utilizadas como fundamento para dos diversas críticas a la reconstrucción de las decisiones judiciales como un razonamiento deductivo y, en ciertos casos, contra la concepción positivista del derecho. No obstante, ambas resultan altamente controvertibles. En los puntos subsiguientes el análisis se centrará en la distinción entre casos

fáciles y difíciles, para considerar más adelante el problema de evaluación moral de las decisiones judiciales.

17.3. Casos fáciles y difíciles

Si bien no hay uniformidad en torno a los criterios para distinguir un 'caso fácil' o 'rutinario' de uno 'difícil' entre los autores que hacen uso de tal distinción, podría decirse que en general con ella se apunta en una dirección más o menos común: resaltar la mayor o menor dificultad que puede encontrarse en la identificación, selección o formulación de las premisas del razonamiento judicial al resolver un caso.

Se ha señalado ya que, de acuerdo con Dworkin, los 'casos fáciles o rutinarios' serían aquellos en los cuales el juez dispondría de una regla clara para su resolución, de modo que el litigio podría subsumirse sin dificultad en una regla jurídica establecida previamente. Junto a estos casos fáciles, existirían también casos 'difíciles', que serían aquellos en los que abogados igualmente razonables podrían estar en desacuerdo en cuanto a los derechos de las partes, sin que ninguno tenga argumentos concluyentes para convencer al otro. En los casos fáciles parecería correcto decir que el juez aplicó una regla anterior a un nuevo caso, mientras que en los casos difíciles no se citarían leyes sino que se darían razones, se apelaría a *principios* políticos y de justicia.⁵³

Aun en los casos difíciles, en opinión de Dworkin, sería posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo, y sería entonces deber del juez descubrir cuál es 'la solución correcta', en lugar de inventar retroactivamente derechos nuevos. El derecho brindaría a los jueces las pautas para resolver cualquier caso que se les someta a juzgamiento. Las reglas jurídicas positivas podrían no resultar suficientes a tales fines, pero como los jueces no solo estarían obligados a aplicar reglas jurídicas positivas sino también aquello que Dworkin denomina 'principios', habría una única respuesta correcta para cada caso, esto es, los jueces nunca tendrían discrecionalidad para optar entre distintas alternativas de solución. Ello sería así incluso en los casos difíciles, aunque Dworkin sostiene que a su respecto no existiría ningún procedimiento mecánico para demostrar los derechos de las partes.

Para Aarnio, en los casos fáciles quien decide conoce por igual la norma a aplicar como el hecho ocurrido. En ellos no se presentarían problemas en la conformación de las premisas del razonamiento judicial. En los casos difíciles, por el contrario, más de una norma puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma acepta más de una interpretación.⁵⁴ Estos supuestos parecen circunscribirse a dificultades en la conformación de la premisa normativa y, a primera vista, no agotan todas las situaciones que —como veremos— suelen enmarcarse en la noción de caso difícil.⁵⁵ Pero acto seguido Aarnio explica que en los casos difíciles existe un cuestionamiento, ya sea en torno a la premisa normativa, ya sea en torno a la premisa fáctica de la inferencia jurídica, por lo que sería necesario argumentar a favor de la premisa cuestionada, es decir, apelar a una 'justificación externa'. En los casos no rutinarios, entonces, la mera derivación de consecuencias lógicas de las premisas sería insuficiente.

Atienza remarca la misma idea de una manera diferente: la distinción entre casos fáciles y difíciles no se presentaría en el pasaje de las premisas a la conclusión del razonamiento judicial, pues tanto en unos como en otros la resolución sería una consecuencia lógica de las premisas de las cuales se parte, sino en la formulación de las premisas. Las premisas podrían presentar tres clases de

problemas, en relación con la valoración de los hechos, la interpretación de las normas, o la elección de las normas aplicables.

De acuerdo con esto, los casos difíciles serían aquellos supuestos en los cuales el establecimiento de las premisas normativa o fáctica resulta una cuestión problemática, siendo necesaria la presentación de argumentos adicionales –razones– en favor de las premisas.⁵⁶ El filósofo español ahonda en esta diferenciación acudiendo a lo que denomina ‘racionalidad formal aplicada al razonamiento judicial’. La racionalidad formal consistiría, para Atienza, en el respeto a los principios de consistencia lógica, universalidad y coherencia, la utilización como premisas de fuentes del derecho vinculantes, el no desconocimiento de hechos probados en la forma debida y la no utilización de criterios éticos o políticos no previstos específicamente en el sistema jurídico como elementos decisivos. Partiendo de lo dicho, afirma que un caso es fácil cuando, siguiendo tales criterios, el resultado es una decisión no controvertida. El caso sería difícil, en cambio, cuando según esas pautas pudiera –al menos en principio– ser pasible de más de una respuesta correcta, lo que volvería necesario armonizar entre sí valores o principios en conflicto, pues varias soluciones aparecerían como candidatas viables para lograr el equilibrio.

Por consiguiente, para Atienza los casos difíciles serían aquellos en los cuales existen discrepancias en la formulación de las premisas originadas en valoraciones diferentes de los elementos probatorios, en interpretaciones diferentes de las normas aplicables, o en desacuerdos respecto de cuáles sean las normas aplicables al caso. El establecimiento de las premisas requeriría nuevas argumentaciones, pudiendo ser ellas deductivas o no deductivas.

Neil MacCormick, por su parte, sostiene que una decisión jurídica tiene que estar justificada al menos internamente y que la justificación interna es condición necesaria pero no suficiente de la justificación externa. A partir de esta idea, afirma que la justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites.⁵⁷ Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido. Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

En cuanto a los límites, considera que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas, por lo cual pueden presentarse casos difíciles, además de los casos fáciles. Los casos difíciles pueden devenir de problemas de *interpretación*, de *relevancia*, de *prueba* o de *calificación*, afectando los dos primeros a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica.

Existiría un problema de *interpretación* cuando no hay duda sobre cuál es la norma aplicable, pero ella admite más de una lectura. Un problema de *relevancia* se presentaría cuando se duda sobre si existe una norma aplicable a un caso. Problema de *prueba* sería aquel que se vincula con la determinación de la verdad de los hechos que configuran la premisa fáctica. Los problemas de *calificación* se plantearían cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos que se consideran probados, pero se discute si ellos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de la norma.

Aunque en líneas generales todos los autores comentados parecen estar haciendo referencia a una misma idea, el criterio de distinción empleado por Dworkin supone presupuestos más fuertes que los de los restantes autores. Mientras que los últimos señalan que corresponde hablar de casos

difíciles cuando existen dificultades en el establecimiento, selección o formulación de las premisas normativa o fáctica del razonamiento judicial, Dworkin parece enfocar su atención exclusivamente sobre la premisa normativa, diferenciando casos fáciles y difíciles sobre la base de si el juez se apoya en lo que denomina ‘reglas’ o en ‘principios’, que constituirían dos especies distintas de normas entre las cuales mediarían diferencias de carácter lógico. El modo como los jueces razonarían a partir de reglas sería distinto del modo como razonarían a partir de principios, y esto parece encontrarse en la base de la distinción dworkiniana entre casos fáciles y difíciles.

No parece problemático aceptar que se distinga entre casos fáciles y difíciles según la mayor o menor dificultad que presente al juzgador el establecimiento de las premisas del razonamiento judicial. Y aunque sin duda podrá hablarse en este sentido de casos fáciles cuando la decisión pueda derivarse sin mayores complicaciones a partir de la zona de certeza de significado de una o más formulaciones normativas,⁵⁸ es evidente que, así concebida, la distinción con los casos difíciles sería meramente de grado, dado que en realidad la toma de decisión respecto de cualquier caso individual por parte de un juez representa siempre un problema de cierto grado de complejidad.

Dejando por un momento de lado la particular postura de Dworkin, y a la hora de considerar la distinción entre casos fáciles y difíciles según la mayor o menor dificultad que presente al juzgador el establecimiento de las premisas del razonamiento judicial, resulta importante advertir que de conformidad con este criterio, la ‘facilidad’ o ‘dificultad’ no se predica en verdad de los propios casos, ni de los casos genéricos ni de los casos individuales, sino más bien de la decisión que el juez ha de adoptar a su respecto. Desde este punto de vista, y con mayor propiedad, podría decirse que la *dificultad o facilidad para la resolución de un caso* en el derecho está dada por el grado de dificultad o facilidad de los diversos pasos en el complejo proceso de la toma de decisiones judiciales, y por el modo como el juez da cuenta, en la fundamentación de su decisión, de tales problemas. La calificación de ‘fácil’ o ‘difícil’ de la decisión a adoptar resultará entonces:

- i) relativa a un determinado conjunto de formulaciones normativas;
- ii) relativa a una determinada interpretación de dicho conjunto;
- iii) relativa a una determinada jerarquía entre las normas identificadas a partir del sistema normativo que se toma como punto de referencia;
- iv) relativa a un determinado conjunto de reglas de inferencia que indiquen cuáles son las consecuencias que se siguen de ese sistema normativo;
- v) relativa a la fundamentación que presente el juez de su decisión.

Podría decirse entonces que *el proceso de toma de una decisión judicial es difícil respecto de un cierto sistema jurídico cuando el juez explicita, en la fundamentación de su decisión respecto de un caso individual, una dificultad en la reconstrucción del sistema normativo relevante para su solución, o en la subsunción del caso individual en dicho sistema.*

Esta caracterización guarda una evidente analogía con el uso que los juristas le asignan a la expresión ‘laguna’ en el derecho. Hemos diferenciado, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, al menos cuatro núcleos significativos de la voz ‘laguna’: las llamadas *lagunas de conocimiento* –falta de información respecto de la descripción del caso individual; las *lagunas de reconocimiento*

–dificultad en la tarea de subsunción del caso individual en el caso genérico por indeterminaciones semánticas de las formulaciones normativas; las *lagunas normativas* –falta de correlación de una solución normativa a un cierto caso genérico, y las *lagunas axiológicas* –discrepancia entre el sistema axiológico del intérprete y el sistema axiológico del legislador plasmada en una cierta solución normativa a un caso.⁵⁹ Los problemas a los que se alude corrientemente con la expresión ‘caso difícil’ son semejantes a aquellos a los que se aplica la expresión ‘laguna’ –podría agregarse a estos últimos el problema de las contradicciones normativas– y su diversidad hace imposible determinar si cuando se habla de ‘casos difíciles’ se hace referencia a dificultades que se presentan a nivel del caso genérico o del caso individual.

Esta circunstancia de que, según el criterio más difundido, la dificultad de los ‘casos difíciles’ no parece adscribible ni a los casos genéricos ni a los casos individuales, ha sido bien advertida por Cristina Redondo, quien agrega que más bien parecería adscribirse a los ‘casos’ en sentido de juicio o pleito judicial.⁶⁰ En el mismo sentido, Pablo Navarro ha puesto de manifiesto la diferencia que media entre predicar facilidad o dificultad de un caso y predicar facilidad o dificultad de la decisión que un sujeto tiene que adoptar respecto de un caso.⁶¹

En su reconstrucción del concepto de ‘caso difícil’ como genuino predicado atribuible a los casos, Navarro parte de una noción de ‘caso’ en sentido amplio,⁶² al que define como un problema práctico. Sugiere que sus características serían que por lo general hay varias soluciones disponibles; que incluso puede ser que algunos no tengan solución; que su situación inicial nunca puede ser descripta; que las reglas para su solución son normalmente complejas, vagas y ambiguas, y que su configuración y solución pueden estar influidas por factores morales, económicos, políticos, etc. Todos los casos en sentido amplio serían casos difíciles. Los casos en sentido estricto, por su parte, son definidos siguiendo a Alchourrón y Bulygin como circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la calificación deóntica de una acción, correspondiendo subdividirlos en casos genéricos e individuales. Un caso genérico C sería difícil respecto de un sistema normativo S si y solo si C:

- (1) carece de solución en S, o
- (2) es correlacionado con distintas soluciones maximales en S.

Por definición, los casos difíciles de tipo (1) serían mutuamente excluyentes con los de tipo (2). Según Navarro, una consecuencia importante de este enfoque sería que la existencia de casos difíciles dependería de las propiedades de los sistemas jurídicos. Siendo ello así, en sistemas completos y consistentes no habría casos difíciles en este sentido, con lo cual la afirmación de Dworkin acerca de la relevancia de los casos difíciles y su insistencia en la completitud y la consistencia del derecho entrarían en contradicción. Si bien esto último es correcto, esa conclusión solo vale para el supuesto de que la reconstrucción más adecuada del pensamiento de Dworkin sea que la facilidad o dificultad se atribuye realmente a los casos, y no a la fundamentación de su decisión por parte del juez.

Navarro aclara que a menudo los sistemas jurídicos también pueden considerarse defectuosos por razones axiológicas. Un sistema jurídico sería lógicamente defectuoso si hay al menos un caso genérico difícil, mientras que es axiológicamente defectuoso cuando el conjunto de propiedades correlacionado con una solución no es coextensivo con el conjunto de propiedades que deberían solucionarse de acuerdo con un cierto criterio axiológico. Finalmente, Navarro afirma que así como

la incompletitud y la inconsistencia originan casos genéricamente difíciles, la subsunción y los problemas de prueba generan casos individualmente difíciles.

Siguiendo la línea de ideas de Navarro para diferenciar entre casos genéricos difíciles y casos individuales difíciles, José Juan Moreso ofrece las siguientes caracterizaciones de casos genéricos jurídicamente indeterminados y casos individuales jurídicamente indeterminados:

... un determinado caso genérico C_i en un sistema jurídico SJ está jurídicamente indeterminado si, y solo si, o bien SJ es inconsistente o bien en SJ existe una laguna en el caso C_i Un caso individual c_i , que es una instancia de un caso genérico C_i , está jurídicamente indeterminado si, y solo si, o bien C_i está jurídicamente indeterminado o bien c_i es un caso marginal de C_i .⁶³

Podría decirse entonces que *un caso genérico C es difícil de conformidad con las normas de un cierto sistema jurídico S si y solo si o bien C está inconsistentemente normado en S , o bien en S existe una laguna normativa respecto de dicho caso, y un caso individual c es difícil de conformidad con las normas de un cierto sistema jurídico S si y solo si c queda comprendido en la zona de penumbra de uno o más casos genéricos o bien c constituye una instancia de un caso genérico C que es difícil en el sistema S de conformidad con la definición anterior.*

Considérese un caso como el que presentáramos al comienzo de este módulo, esto es, el caso *Nicklinson*. En él se discutía fundamentalmente si la Ley de Suicidios de 1961 del Reino Unido, al prohibir la asistencia al suicidio y, consiguientemente, el auxilio para que una persona con una enfermedad terminal o una grave discapacidad pudiera tener una muerte digna, era compatible con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporado al derecho inglés por la Ley de Derechos Humanos de 1998, que tutela el derecho al respeto por la vida privada. En la decisión de la Corte prevaleció en última instancia la opinión de que el asunto debía ser evaluado por el Parlamento. En palabras de Lord Reed:

La cuestión sobre si la sección 2 de la Ley de Suicidios de 1961 es incompatible con la Convención versa sobre si la interferencia con los derechos del artículo 8 está justificada en base a los argumentos que se han discutido. Este tema presenta para muchos aspectos altamente controvertibles de política social, así como cuestiones morales y religiosas sobre las cuales no hay consenso. La naturaleza del tema, en consecuencia, exige que se conceda al Parlamento un amplio margen de apreciación: normalmente debería respetarse la evaluación crítica de una cuestión de esta índole por parte de una institución que es representativa de los ciudadanos de este país y democráticamente responsable frente a ellos. Eso no significa decir que los tribunales carecen de competencia para resolver la cuestión: por el contrario, he sostenido lo contrario. Pero significa que los tribunales deberían asignarle un peso muy considerable a la evaluación del Parlamento (par. 297).

Como hemos visto, en las democracias constitucionales contemporáneas se incorpora un conjunto de derechos básicos en la máxima jerarquía normativa y, de ese modo, se intenta limitar el ejercicio del poder por parte de las autoridades de inferior rango, instituyéndose algún mecanismo de control de constitucionalidad. En otras palabras, se acuerda a ciertos órganos (en general a los

jueces) la potestad para evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de las normas infraconstitucionales con los derechos tutelados en la constitución y, en su caso, a declarar inválidas aquellas disposiciones que no puedan conciliarse con ellos. La constitución fija así ciertos requisitos que deben satisfacer las normas de rango inferior para ser válidas, de modo tal que su falta de adecuación a los preceptos constitucionales habilita para que se las declarara inválidas. Kelsen sostenía que garantizar la supremacía de la constitución no era otra cosa que *'el problema más general que estriba en garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o contenido'*.⁶⁴

Cualquier caso en el cual deba examinarse este efecto que tendrían ciertos derechos, salvaguardados en la máxima jerarquía normativa, para operar como limitación de la competencia de ciertos órganos o justificación para invalidar ciertas normas, que constituye uno de los rasgos más característicos del diseño institucional de las democracias constitucionales, constituye un ejemplo paradigmático de caso difícil.

Con las aclaraciones formuladas acerca de las nociones de casos fáciles y difíciles, es posible evaluar —y descartar— una de las objeciones comentadas en el punto anterior, dirigida por los partidarios de la teoría de la argumentación jurídica contra la reconstrucción deductiva del razonamiento judicial, que se asienta sobre la distinción entre casos fáciles y difíciles. De acuerdo con ella, aunque en los casos fáciles alcanzaría con que la decisión esté justificada internamente, en los casos difíciles se requeriría que la decisión esté justificada externamente, entendiéndose tal cosa en el sentido de que las propias premisas del razonamiento judicial exigirían justificación, la cual podría no ser deductiva.⁶⁵

Esta crítica se apoya en un equívoco, puesto que se confunden dos sentidos en los que puede entenderse la expresión 'justificación'. En un razonamiento teórico resulta imprescindible diferenciar entre la *validez* de la conclusión y su *verdad*. Un razonamiento es deductivamente válido si la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión. En otras palabras, un razonamiento válido garantiza la verdad de su conclusión solo *si las premisas son verdaderas*. De acuerdo con esto, podrían diferenciarse dos sentidos de 'justificación': un sentido *débil*, según el cual una cierta conclusión estará justificada si se sigue lógicamente de ciertas premisas, y un sentido *fuerte*, según el cual una conclusión estará justificada si se sigue lógicamente de premisas *verdaderas*. En lógica es corriente referirse a la *validez* de un razonamiento para aludir al primer sentido de justificación y a la *solidez* de un razonamiento para aludir al segundo.⁶⁶

Para quienes consideran que tiene pleno sentido hablar de la verdad o falsedad de las normas, la proyección de estos dos sentidos de justificación al campo de los razonamientos judiciales no generará dificultad alguna. Si en cambio se rechaza la idea de que pueden atribuirse valores de verdad a las normas, cabría a lo sumo hablar de justificación en sentido débil de la conclusión de un razonamiento judicial, siempre y cuando se admita la existencia de relaciones lógicas entre normas.⁶⁷

Desde este punto de vista, correspondería rechazar la objeción que aquí se analiza dado que, si la justificación de la conclusión del razonamiento judicial es entendida en sentido débil, ella será relativa a las premisas escogidas y resultará independiente del problema de si las premisas a su vez están o no justificadas en el mismo sentido. No cabría en lo que a esto respecta distinguir entre casos fáciles y difíciles. En un caso fácil, la conclusión estará justificada en sentido débil si se sigue

lógicamente de las normas generales del sistema que resulten aplicables y los hechos del caso. En un caso difícil, en cambio, el juez se verá precisado a resolver problemas previos a la derivación de la solución. Por ejemplo:

i) Si se trata de un caso individual que encuadra en un caso genérico no correlacionado por el sistema con ninguna solución, deberá modificar el sistema aplicable incluyendo una norma general que solucione la laguna normativa.

ii) Si se trata de un caso individual que encuadra en un caso genérico correlacionado por el sistema con dos o más soluciones incompatibles, deberá modificar el sistema aplicable eliminando una de las soluciones o introduciendo una jerarquía que resuelva el conflicto.

iii) Si se trata de un caso individual que queda comprendido en la zona de penumbra de aplicación de una norma, el juez deberá resolver la indeterminación alterando el sistema mediante la introducción de las precisiones terminológicas pertinentes.

iv) Si existen problemas en torno a la valoración de la prueba del caso individual, el juez deberá introducir en el sistema aplicable criterios generales que le permitan tener por acreditados o no acreditados sus diversos extremos.

Está claro que en casos como estos el juez deberá hacer algo más que simplemente derivar lógicamente una solución a partir del núcleo de significado claro de una norma preexistente en el sistema. No obstante, una vez que haya resuelto problemas como los apuntados, la conclusión del razonamiento estará justificada en sentido débil si se deriva lógicamente de las premisas escogidas. Y aunque para la elección de las premisas el juez quizás cuente con un margen amplio de discrecionalidad, si en los casos difíciles la 'dificultad' no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión, y si la justificación en sentido débil solo se refiere a dicho paso, entonces tanto en los casos fáciles como en los difíciles la conclusión estará justificada en este sentido simplemente si ella se deriva de las premisas elegidas. Ello es así porque también en los casos difíciles el juez derivará su solución de ciertas premisas.

Por cierto, aun entendiendo la expresión 'justificación' en sentido débil, podría exigirse como requisito adicional para calificar como justificada la conclusión del razonamiento judicial que las premisas a partir de las cuales se derive lógicamente la conclusión sean escogidas de un cierto conjunto. Por ejemplo, podría decirse que una decisión judicial está justificada si su contenido es deducible –además de los hechos del caso– de las normas jurídicas positivas que integran cierto sistema jurídico. Ya se ha visto que sobre los jueces suele pesar la exigencia de justificar sus decisiones a partir de normas generales preexistentes en un sistema jurídico. Claro que, bajo esta intelección, las decisiones judiciales solo estarán justificadas en los casos fáciles, puesto que por definición, los casos difíciles son aquellos en los cuales el contenido de la decisión a adoptar no puede derivarse unívocamente de una norma general preexistente en el sistema jurídico de referencia.

Ahora bien, parece intuitivamente evidente que si en algún sentido puede hablarse de la 'justificación' de las decisiones judiciales en los casos difíciles, no alcanzará con que se presente al contenido de la decisión como lógicamente derivado de las premisas que el juez elija, con total independencia de cómo y de dónde las elija. Se requerirá además alguna justificación de las premisas. Pero si lo expresado hasta aquí es correcto, bajo esta intuición subyace un uso del

sentido fuerte de la noción de ‘justificación’: aquel según el cual la conclusión de un razonamiento judicial se reputará justificada si se deriva de premisas ‘verdaderas’ o ‘correctas’.

Si este es el sentido en el que se emplea la expresión ‘justificación’ en la objeción de la teoría de la argumentación, entonces corresponde señalar que según esta versión, tanto en los casos difíciles como así también en los casos fáciles correspondería exigir ‘justificación’ de las premisas. No podría decirse que en los casos fáciles alcance con derivar deductivamente el contenido de la decisión de una norma clara del sistema de referencia para hablar de decisión justificada, dado que dicha norma podría ser cuestionada desde el punto de vista de su corrección moral. Salvo que se presuponga que necesariamente todas las normas jurídicas positivas son moralmente correctas, lo cual parece absurdo, salvo que desde una concepción iusnaturalista ingenua se excluya por definición a las normas injustas del dominio del derecho. La lógica deductiva siempre resultaría insuficiente para analizar la justificación de las decisiones judiciales puesto que incluso en los casos fáciles –para la propia identificación de un caso como ‘fácil’– se requeriría de un criterio de corrección de las premisas.

Resumiendo, si se califica como ‘casos fáciles’ a aquellos en los cuales es posible alcanzar una decisión unívoca a partir de una norma clara que integra el sistema jurídico de referencia y, por oposición, como ‘difíciles’ a los que no posean tales características, teniendo en mente el sentido débil de ‘justificación’, la circunstancia contingente de que a veces los jueces brinden razones en apoyo de las premisas que utilizan para derivar su conclusión resultará irrelevante por cuanto incluso en un caso difícil la decisión estará justificada si su contenido se deriva de las premisas elegidas por el juez. Si, en cambio, se tiene en mente un sentido más fuerte de ‘justificación’, que incorpore la exigencia de que las premisas sean ‘verdaderas’ o ‘correctas’, resultará irrelevante que pueda encontrarse una norma clara en el sistema que permita derivar una solución unívoca para el caso, por cuanto incluso en un caso fácil será necesario justificar la ‘verdad’ o ‘corrección’ de las premisas. Según este criterio para distinguir entre casos fáciles y casos difíciles, no habría ninguna objeción independiente contra la reconstrucción deductivista de las decisiones judiciales fundada en tal distinción. Lo que en todo caso habría que evaluar es el problema de la justificación moral de las decisiones judiciales, un punto que se abordará más adelante.

Funcionaría en cambio la objeción si se dijera que los casos difíciles son aquellos que se resuelven apelando a un tipo de normas –los ‘principios’– distinto del que se utiliza para resolver los casos fáciles –en los que se acude a ‘reglas’– y que los razonamientos que se desarrollan a partir del primer tipo de normas no son deductivos. Esto es lo que parecería seguirse de la postura asumida por Dworkin, pero como luego veremos, esta idea también es incorrecta.

17.4. Justificación, verdad y prueba

Antes de examinar con mayor detalle las observaciones de Dworkin, que como se dijo conciernen fundamentalmente a la premisa normativa del razonamiento judicial, vale la pena detenerse un instante en los problemas relativos a la premisa fáctica. Aquí se advierte cierta asimetría, en el sentido de que si bien los teóricos del derecho se han preocupado mucho por intentar esclarecer la naturaleza y los problemas involucrados en la premisa normativa del razonamiento judicial, comparativamente han prestado poca atención a los problemas que plantea su premisa fáctica, esto es, la descripción de los hechos concretos que se presentan ante el juez para su decisión.

Si bien no se pretende aquí tratar de cubrir esa falencia, se intentará al menos presentar algunas reflexiones sobre una de las mayores dificultades relacionadas la premisa fáctica: ¿puede considerarse debidamente justificada una decisión judicial pese a que su premisa fáctica es, de hecho, falsa? En otras palabras, ¿es la verdad de la premisa fáctica una condición necesaria de la justificación de una decisión judicial?

Como primera medida cabe advertir que, si por ‘hecho’ entendemos un acontecimiento que se produce en cierto tiempo y espacio, la aplicación de una norma a un hecho presupondría la verdad de la descripción de ese hecho y, por consiguiente, esa verdad constituiría una condición necesaria para poder reputar justificada la decisión del juez. Tal como lo ha expresado Caracciolo, aplicar una norma a un hecho consiste en usarla para determinar la consecuencia prevista en la norma ante la ocurrencia de ese hecho, operación que requiere que el hecho sea subsumido en el alcance de la norma.⁶⁸ La subsunción sería una operación lingüística, pues establecería una conexión entre una descripción de un hecho particular y una norma general, siendo preciso que la descripción muestre que el caso es parte de la clase prevista en la norma. En consecuencia, si el hecho no se describe atribuyéndole las mismas propiedades que identifican la clase prevista en la norma, no sería posible aplicar dicha norma a ese hecho. Su conclusión es, pues, que la afirmación de que cierta norma es aplicable a un caso individual sería analítica, pues no habría casos individuales de aplicación de una norma antes de que ella sea aplicada: un caso *c* sería un caso individual de la norma *N* solo si *N* es aplicable a *c*.⁶⁹

Esta idea, no obstante, ha tratado de controvertirse con argumentos como el siguiente. Considérese el caso de Dimitri Karamazov.⁷⁰ Aunque de acuerdo con la famosa novela de Dostoievski, Dimitri no había matado a su padre, las pruebas producidas en el proceso resultaron suficientes para que se lo condenara por homicidio. En función de lo acontecido en el juicio, el jurado dictaminó que Dimitri era culpable y el juez, aplicando la norma que regula los casos de homicidio, condenó a Dimitri a trabajos forzados. Sin embargo, la verdad del enunciado ‘Dimitri mató a su padre’ no depende de lo que crean o digan los jueces y jurados y, como se dijo, Dimitri no había matado a su padre, de manera tal que el caso individual de Dimitri no era una instancia del caso genérico de homicidio. Aplicar una norma consiste en usarla como parte de un argumento justificatorio y, en las justificaciones jurídicas, la aplicación de una norma requiere que el juez la use como parte del razonamiento que desarrolla en su sentencia. En el caso de Dimitri, de acuerdo con la prueba producida en juicio, la norma que sancionaba el homicidio *era la norma que el juez debía invocar* para justificar la decisión. De ello parecen seguirse dos consecuencias: en primer lugar, que la norma que disponía una sanción para los homicidas, aunque no regulaba el caso de Dimitri, resultaba no obstante aplicable a él y, en segundo lugar, que pese a las apariencias, una decisión judicial puede, como en este caso, considerarse justificada pese a apoyarse en una premisa fáctica falsa.

El punto se conecta con una cuestión que hemos discutido previamente: hay al menos dos sentidos en los que puede hablarse de la aplicabilidad de una norma respecto de un caso. Una norma sería *internamente aplicable* a un caso cuando lo regula, y sería *externamente aplicable* a él cuando existe otra norma o normas que establecen para el juez el deber de utilizarla para justificar su decisión.⁷¹ Por supuesto, esa distinción carecería de toda relevancia si todas las normas que regulan un caso y únicamente ellas fuesen siempre externamente aplicables en una determinada controversia. Al respecto, Stephen Munzer afirma que:

Ya sea en virtud de algo implícito en las normas mismas, o como resultado de una provisión general de los sistemas jurídicos, consideramos que los funcionarios deben aplicar todas y solo las normas válidas en las circunstancias apropiadas. Ellos tienen el deber de no ignorar el comportamiento contrario a las normas que imponen deberes y no deben dejar de conferir efectos a las acciones ejecutadas de acuerdo con las reglas que confieren poderes.⁷²

De esto se desprende que, según Munzer, las normas jurídicas deben ser aplicadas (son externamente aplicables) únicamente a los casos que ellas regulan (en los que son internamente aplicables) y que solo las normas que regulan un caso (son internamente aplicables) deben ser aplicadas en él (son externamente aplicables a su respecto). Pese a lo sensata que esta tesis parece, ella podría controvertirse con un ejemplo como el de Dimitri Karamazov para intentar sostener que la aplicabilidad interna no es una condición necesaria de la aplicabilidad externa. En otras palabras, que una decisión judicial podría considerarse justificada porque el juez tenía el deber de aplicar una cierta norma, pese a que ella no regulaba el caso en cuestión, puesto que el juez consideró probados hechos que no acontecieron o no consideró probados hechos que sí acontecieron.

Aunque este argumento aparenta ser convincente, existe aquí una complicación vinculada a la noción de 'caso' presupuesta que lo torna falaz. La expresión 'caso' puede entenderse en este contexto como aludiendo a un *caso individual*, esto es, un acontecimiento real acaecido en un momento y lugar determinados.⁷³ Pero también puede interpretársela como referida a un *caso judicial*, esto es, un problema práctico suscitado por un caso individual que se somete a la decisión de un órgano jurisdiccional, el cual debe resolverlo mediante una decisión revestida de autoridad dentro de un proceso sujeto a ciertas reglas.

Si se entiende la expresión 'caso' en el primer sentido, entonces efectivamente debería decirse que la norma que imponía sanción a los homicidas no regulaba el caso individual de Dimitri, dado que Dimitri no era un homicida. Pero bajo esta interpretación, la norma en cuestión tampoco era (externamente) aplicable respecto de ese caso, ya que sería insostenible considerar que el derecho ruso autorizaba a los jueces a aplicar esa norma a casos en los que no se hubiese cometido homicidio. En consecuencia, si por 'caso' se entiende una referencia al caso individual, esto es, a lo que efectivamente aconteció, tampoco podría decirse que la decisión del juez de condenar a Dimitri por homicidio estaba en ese caso justificada.

Si en cambio tomamos en cuenta la noción de caso judicial, entonces la norma que sancionaba a los homicidas no solo sería (externamente) aplicable al 'caso' de Dimitri, esto es, a los hechos tal como quedaron probados en el juicio, sino que, así delimitados los hechos, ella regulaba ese caso. Aquí parece perfectamente adecuado decir que jurados y jueces hicieron lo que debía hacerse, actuaron justificadamente, a la luz de las reglas de prueba aplicables.

Las reglas secundarias que regulan la actividad jurisdiccional son de muy variado tipo. Uno de los problemas con los que se enfrentan los jueces cuando han de resolver un caso es que, entre el inicio de un proceso judicial y el momento en el que se ha de dictar sentencia, pueden haber variado las normas del sistema relevantes para su solución. Algunas de las reglas secundarias se dictan para brindar a los jueces pautas para resolver este tipo de problemas, por ejemplo, aquella que establece que en las causas penales los jueces deben aplicar la norma más benigna para el acusado. Otro problema con el que se enfrentan los jueces es el de la verificación de los hechos del

caso. Al respecto también hay reglas secundarias –distintas de las anteriores– que se ocupan del problema, algunas de ellas estableciendo limitaciones en cuanto al tiempo y a los medios de prueba de los hechos, otras en cambio brindando pautas positivas que permiten a los jueces tomar decisiones cuando no disponen de información suficiente, como es el caso de las presunciones de prueba.

Es solo sobre la base de esta ambigüedad de la noción de ‘caso’ que el argumento parece mostrar que una norma puede resultar (externamente) aplicable a un caso que no regula. Pero el ejemplo sirve además para poner de manifiesto que la noción de justificación es relativa a un cierto conjunto de premisas. De acuerdo con Caracciolo, un rasgo estructural de la noción de justificación sería su carácter relacional: siempre se justifica algo con relación a una o más razones. La expresión ‘justificación’ designa una cierta relación entre algún componente de un conjunto de ‘razones’ y algún componente de otro conjunto compuesto por aquello que hay que justificar, ya sean acciones, normas, deseos, creencias, etc.⁷⁴

Si solo tomamos como premisas relevantes las normas de fondo y los hechos efectivamente acontecidos, entonces la verdad de la premisa fáctica será una condición necesaria para estimar debidamente justificada una decisión judicial. En cambio, si se toman en consideración no solo las normas de fondo sino también las normas procesales relativas a la prueba de los hechos, puede tener perfecto sentido calificar a una decisión judicial como justificada pese a la existencia de una discrepancia entre la prueba y la verdad de lo acontecido.⁷⁵

Esto, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de que la verdad de la premisa fáctica resulte enteramente irrelevante para la evaluación crítica del proceso de justificación de las decisiones judiciales, tal como parece seguirse de la tesis kelseniana de que las sentencias son *constitutivas* de los hechos del proceso. Reflejando la conocida distinción dogmática entre ‘verdad material’ y ‘verdad formal’ o ‘procesal’, Kelsen sostenía que:

En el mundo del derecho, no hay hechos ‘en sí mismos’, o ‘absolutos’; solo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente, dentro de un procedimiento previsto por la ley ... La formulación correcta de la regla de derecho no es ‘si un sujeto ha cometido un delito, un órgano del Estado deberá aplicar la sanción al delincuente’ sino esta otra ‘Si un órgano competente ha establecido en debida forma que un sujeto ha cometido un delito, entonces determinado órgano deberá aplicarle una sanción’.⁷⁶

Desde luego, nada obsta a reconstruir las normas jurídicas del modo propuesto aquí por Kelsen, es decir, integrando en una unidad las normas de fondo con las exigencias impuestas por las reglas procesales. Pero si tomamos en serio la idea kelseniana del carácter constitutivo de la sentencia judicial respecto de los hechos, que los únicos ‘hechos’ relevantes para el derecho son los resultantes del proceso probatorio, entonces deberíamos aceptar que la verdad de la premisa fáctica no tiene incidencia alguna en la evaluación de la justificación de las decisiones judiciales. Esta conclusión es inaceptable, y de hecho no se sigue de las premisas que Kelsen emplea para intentar justificarla: de la circunstancia de que el juez, por así decirlo, solo pueda acceder a los hechos por intermedio de la prueba, de la circunstancia de que las reglas probatorias limiten el tiempo y los medios para la investigación de la verdad, no se sigue en absoluto que no sea posible criticar una decisión judicial por apartarse de la verdad.

En casos semejantes, una decisión en la que se tuvo por probado un hecho falso o por no probado un hecho verdadero, si fue tomada respetando puntualmente las reglas probatorias, puede desde luego calificarse como justificada precisamente *en ese sentido*, esto es, en el sentido de que el juez cumplió con lo exigido por las reglas procesales. Pero ello no obsta a que paralelamente se sostenga que no está justificada en el sentido de que los hechos no acontecieron tal como se los tuvo por acreditados.

Acudiendo nuevamente a Caracciolo, dado que la expresión 'decisión judicial' sufre de ambigüedad proceso-producto, ya que designa tanto a la acción del juez consistente en asignar una solución a una controversia como al contenido de la solución elegida, cuando se producen discrepancias entre verdad y prueba podría decirse que si bien la decisión en el segundo sentido no estaría justificada porque se apoya en una premisa fáctica falsa, la decisión en el primer sentido sí lo está porque la acción del juez de utilizar esa premisa sí estaba justificada por las reglas procesales.⁷⁷

18. Discrecionalidad judicial

18.1. Diferentes sentidos de discrecionalidad

Como ya se indicó, una decisión judicial es un proceso complejo que abarca una serie amplia de problemas de diversa índole. Sin pretensión de exhaustividad, podrían esquematizarse las cuestiones que han de resolverse a fin de la adopción de una decisión judicial del siguiente modo:

a) Se debe decidir qué circunstancias de hecho se han verificado en el caso que se somete a juzgamiento.

b) Se deben seleccionar las reglas de inferencia que se utilizarán para derivar consecuencias a partir de las normas generales del sistema jurídico de referencia a los hechos que se consideren probados del caso individual.

c) Se debe determinar el significado que corresponda asignar a las formulaciones normativas del sistema jurídico potencialmente pertinentes.

d) Se debe escoger el conjunto de todas las normas aplicables al caso, esto es, aquellas que tengan en principio consecuencias normativas relevantes a su respecto.

e) Se deben establecer relaciones jerárquicas entre las normas del sistema aplicable.

f) Se deben analizar las soluciones normativas que se derivan del sistema aplicable para el caso genérico bajo el cual se haya subsumido el caso individual.

g) Se debe determinar la calificación o solución normativa que corresponde al caso individual en concordancia con la solución normativa asignada al caso genérico.

h) Se debe determinar si la solución normativa del caso individual que se deriva del sistema normativo en cuestión es aceptable desde el punto de vista de las convicciones morales del juzgador.

No parece posible que en un ordenamiento jurídico puedan prestablecerse parámetros decisorios unívocos de carácter general para todos estos aspectos, cada uno de ellos un problema en sí mismo. Consiguientemente, un mínimo de *discrecionalidad* parece inevitablemente irreducible en el proceso de toma de decisión respecto de cualquier caso.

Sin embargo, como ya se anticipó, Ronald Dworkin ha objetado la idea de que los jueces poseen, al menos en ciertos casos, discrecionalidad para decidir, y sobre estas bases desarrolló una crítica general al positivismo jurídico. De conformidad con lo que denomina 'la tesis de la discrecionalidad', los positivistas, de quienes toma como postura paradigmática a la obra de Herbert Hart, sostendrían que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discrecionalidad para decidir, determinando él mismo cuáles son los derechos de las partes en litigio.

Para Dworkin, los positivistas habrían tomado el concepto de discrecionalidad del lenguaje común. Por ello, propone analizarlo en su contexto originario, preguntándose qué significa en la vida ordinaria 'tener discrecionalidad'. El concepto solo tendría significado, a su criterio, en aquellas circunstancias en las que alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a normas establecidas por cierta autoridad. Al respecto, afirma:

La discrecionalidad, como el agujero de una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: 'Discrecionalidad, ¿según qué normas?' o: 'Discrecionalidad, ¿según qué autoridad?'.⁷⁸

De acuerdo con los matices del contexto, propone distinguir dos sentidos débiles y uno fuerte de discrecionalidad.⁷⁹ De acuerdo con el primer sentido débil, la expresión 'discrecionalidad' se emplea para aludir a aquellas situaciones en las que, por alguna razón, las normas que un cierto funcionario debe utilizar como fundamento de sus decisiones no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que exigen una cuota de juicio o discernimiento del decisor. Piénsese, por ejemplo, en un general que le pide a un sargento que comanda un pelotón que escoja al mejor soldado a su cargo para una cierta misión. En una situación como esta, el sargento deberá decidir siguiendo la pauta que la ha fijado el general; pero la determinación de quién sea en definitiva el 'mejor soldado' del pelotón teniendo en miras las características de la misión a cumplir es algo que ha quedado aquí en manos de su juiciosa determinación.

En el segundo sentido débil se emplearía la expresión 'discrecionalidad' para hacer referencia a aquellas situaciones en las que un funcionario tiene autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro, situación que se presentaría cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal modo que algunos tienen autoridad superior. Considérese en este caso un árbitro de fútbol que cobra un penal. El árbitro no puede cobrar penal en cualquier circunstancia: existen reglas detalladas que establecen qué infracciones dan lugar a que se cobre un penal y cuáles no:

'Se concederá un tiro libre directo al equipo adversario si un jugador comete una de las siguientes siete infracciones de una manera que el árbitro considere imprudente, temeraria o con el uso de fuerza excesiva:

- dar o intentar dar una patada a un adversario;
- poner o intentar poner una zancadilla a un adversario;

- saltar sobre un adversario;
- cargar sobre un adversario;
- golpear o intentar golpear a un adversario;
- empujar a un adversario;
- realizar una entrada contra un adversario.

Se concederá asimismo un tiro libre directo al equipo adversario si un jugador comete una de las siguientes tres infracciones:

- sujetar a un adversario;
- escupir a un adversario;
- tocar el balón deliberadamente con las manos (se exceptúa al guardameta dentro de su propia área penal).

Se concederá un tiro penal si un jugador comete una de las diez infracciones antes mencionadas dentro de su propia área penal, independientemente de la posición del balón, siempre que este último esté en juego' (Reglas de juego 2015/2016, FIFA, regla 12).

Para la determinación de si cierta jugada cuenta o no como penal, el árbitro tendrá discrecionalidad en el primer sentido débil al menos respecto de los primeros siete casos, puesto que deberá apreciar si la infracción de que se trate ha sido 'imprudente, temeraria o con el uso de fuerza excesiva'. Pero además, si cobra un penal cuando en verdad no se había verificado ninguna de las circunstancias antes detalladas, o no lo cobra cuando sí se verificaron, su decisión de todos modos no puede reverse: el árbitro tiene la decisión final sobre la cuestión y, en este sentido, posee discrecionalidad en este segundo sentido débil.

El concepto de discrecionalidad en sentido fuerte se emplearía cuando, en lo que respecta a algún problema, el decisor simplemente no está vinculado por pauta general alguna impuesta por una autoridad. Aquí no se utilizaría el término para aludir a las posibles dificultades que podría ofrecer la interpretación de un conjunto de normas –como sería el caso del primer sentido débil– ni para hacer referencia a aquellos casos en los que el decisor tiene la última palabra en la aplicación de ciertas normas –como sería el caso del segundo sentido débil– sino para aludir a la completa inexistencia de normas generales que regulen la toma de una decisión.

Dworkin se apura en aclarar que el sentido fuerte no equivale a libertad ilimitada, y que no excluye la crítica. Esta discrecionalidad fuerte no significaría que el decisor pueda decidir libremente sin recurrir a criterios de sensatez y justicia, sino solo que la decisión no está controlada por una norma general preexistente a la decisión que imponga un deber al decisor de tomarla en cuenta como fundamento para decidir.

Para intentar rebatir la tesis positivista que postula que frente a los casos difíciles los jueces poseerían discrecionalidad, Dworkin se pregunta cuál de los sentidos apuntados es el que corresponde atribuirle a ella. Según su criterio, ciertos autores sostienen que los jueces siempre tienen discrecionalidad, aun habiendo una norma regulativa clara, porque tienen la última palabra en el derecho. Aquí se estaría empleando el segundo sentido débil de discrecionalidad. Esta, sin embargo, no es la postura de los positivistas más caracterizados. Entre ellos, Hart por ejemplo distingue con claridad entre el problema de la discrecionalidad y el carácter definitivo que pueden tener algunas decisiones judiciales.⁸⁰

Desde otro punto de vista, los positivistas habrían sostenido que, si hay una norma clara, el juez no tiene discrecionalidad. Podría interpretarse que en tal afirmación se emplea la expresión 'discrecionalidad' en el primer sentido débil, es decir, que los jueces deben, en los casos difíciles, ejercer su juicio. Pero para Dworkin, en este sentido la proposición de que en los casos difíciles los jueces poseen discrecionalidad sería una tautología ya que resultaría perfectamente congruente decir que en un caso el juez tuvo que ejercer su juicio y que, no obstante, estaba obligado a seguir cierta pauta de decisión, como por ejemplo un principio.⁸¹ Concluye entonces que, al menos en ocasiones, los positivistas toman el concepto de discrecionalidad en sentido fuerte. Y, como se explicará en el punto siguiente, centra su ataque al positivismo en esta interpretación de la tesis de la discrecionalidad, según la cual frente a los casos difíciles los jueces deben decidir sin sujeción a pauta alguna que preexista a la decisión, sino con total libertad, fundándose simplemente en sus convicciones personales.

Es importante remarcar que, si bien es correcto descartar para la discusión de esta cuestión el segundo sentido débil de Dworkin, la diferencia que el profesor norteamericano pretende trazar entre el primer sentido débil y el sentido fuerte de discrecionalidad no es ni muy clara ni fácilmente justificable. Esto puede apreciarse en un ejemplo del tipo de los considerados por Dworkin al referirse al primer sentido débil: un general le ordena a un sargento a cargo de un pelotón de soldados que seleccione a su mejor hombre para cumplir una cierta misión. Aquí, para poder efectuar su elección el sargento no puede aplicar la pauta establecida por el general de manera mecánica, sino que debe ejercer en parte su propio juicio para determinar, de conformidad con el tipo de misión encomendada, cuál de los hombres bajo su mando es el mejor. En otras palabras, la orden del general deja un margen de indeterminación librada al juicio del sargento. Según Dworkin, en una situación semejante, el sargento tendría discrecionalidad en el primer sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte, puesto que existiría una norma de carácter general que el sargento debe respetar para fundar su elección, sin perjuicio de que ella deje parte de la decisión librada al juicio del sargento.

Desde luego, no es lo mismo tomar una decisión sin tener que sujetarse a norma alguna que hacerlo debiendo sujetarse a una norma imprecisa. Pero, contrariamente a lo que estima Dworkin, en lo que hace al *sentido de discrecionalidad* considerado para la toma de la decisión, no existe ninguna diferencia entre un supuesto de inexistencia de una norma general y un caso en el que una norma imprecisa deja una zona de indeterminación librada al criterio del aplicador. Tanto en una situación como en la otra el decisor habrá de completar él mismo con pautas no establecidas previamente el sistema normativo que utilice como justificación de su decisión. Considérese el siguiente diálogo entre el general y el sargento:

General: –Debe Usted elegir al mejor hombre a su cargo para la misión.

Sargento: –¿Tengo discrecionalidad en sentido fuerte para adoptar tal decisión?

General: –No. Acabo de decirle que debe Usted elegirlo teniendo en cuenta quién es el mejor para la misión.

Sargento: –Perfecto. Pero ¿cómo decido quién es el mejor?

General: –Utilice su propio juicio.

Sargento: –¿Eso quiere decir que debo decidir quién es el mejor sin tener que sujetarme a ninguna pauta de carácter general?

General: –Exacto.

Sargento: –Pero entonces tengo discrecionalidad en sentido fuerte para decidir quién es el mejor hombre para la misión, y si la elección de quién habrá de ir a la misión

depende de tal decisión previa, ¿qué sentido tiene decir que no tengo discrecionalidad en sentido fuerte para decidir quién habrá de ir?

General: —...

18.2. Una crítica a la tesis de la discrecionalidad

Como se ha señalado, para Dworkin los jueces en los casos difíciles no tendrían discrecionalidad puesto que el derecho estaría integrado no solo por reglas identificables en virtud de algún test relativo a su origen, sino además por principios, que resultarían para los jueces tan obligatorios como las reglas. Por tal motivo, en los casos difíciles los jueces estarían obligados a seguir las pautas de decisión establecidas por los principios, y ello les permitiría derivar una única solución correcta, no solo frente a los casos fáciles, sino también en los difíciles. De manera que, en primer lugar, el positivismo estaría equivocado en su tesis de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles.

Pero además, Dworkin sostiene que los principios no serían identificables en virtud de un test de origen como el de la regla de reconocimiento. Como los principios obligarían a los jueces al igual que las reglas, el derecho debería ser interpretado como un conjunto compuesto por ambos elementos, esto es, tanto por reglas como por principios. Y como la regla de reconocimiento solo funcionaría para la identificación de las reglas, no sería posible identificar a la totalidad de las normas que componen un sistema jurídico empleando criterios como el propuesto por Hart. En conclusión, no podría distinguirse al derecho de otros órdenes normativos tal como lo pretende el positivismo. Esta corriente de pensamiento estaría entonces también equivocada en su tesis de la posibilidad de distinguir conceptualmente entre el derecho y la moral.

Las tesis centrales de esta crítica, planteada muy persuasivamente por Dworkin, podrían presentarse del siguiente modo:

i) El derecho está compuesto por reglas y principios, siendo características de los últimos las siguientes:

a) no exigen un comportamiento específico, sino que establecen una meta a alcanzar (directrices), o bien consagran una exigencia de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moral (principios en sentido estricto);

b) no son aplicables a la manera 'todo o nada', no establecen condiciones suficientes para su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ciertas condiciones. Solo enuncian una razón para decidir en cierto sentido, que puede concurrir con razones impuestas por otros principios que apunten a una decisión distinta. De ahí que los contraejemplos de un principio no sean genuinas excepciones ni puedan enunciarse exhaustivamente, ni siquiera en teoría;

c) poseen una dimensión de peso. Para resolver un conflicto entre dos principios es menester tomar en consideración la importancia relativa de cada uno en el contexto del caso concreto. Si un principio es desplazado por otro de mayor peso, el primero sobrevive intacto aunque haya sido superado en tal caso.

d) el test de origen de la regla de reconocimiento no sirve para identificar principios. La regla de reconocimiento solo sirve para identificar normas que resultan del producto de actos deliberados de creación jurídica. La validez opera a la manera todo o nada de las reglas, por lo que resulta incompatible con la dimensión de peso de los principios. La afirmación de que un principio es parte del derecho se apoya en una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de pautas prácticas, creencias y actitudes.

ii) Como el derecho está conformado por reglas y principios, no existe la discrecionalidad judicial. Los jueces siempre resultan orientados por los principios, los cuales, aunque no determinan una decisión del modo como lo hacen las reglas, proporcionan no obstante una orientación suficiente. Los jueces nunca tienen que buscar fundamento a sus decisiones en pautas extrajurídicas.

iii) Los principios, al igual que las reglas, imponen obligaciones y derechos que preexisten a las decisiones judiciales que los reconocen.

Sobre estas bases, el desafío de Dworkin consiste en que, si los jueces resuelven algunos de los casos que les son sometidos a juzgamiento apelando a principios (los denominados 'casos difíciles'), y por sus características ellos no son identificables por ningún test de origen, entonces no sería posible demarcar un límite claro entre el *derecho que es* y el *derecho que debe ser*, tal como lo pretende el positivismo.⁸²

Como lo remarca Caracciolo, según Dworkin el positivismo jurídico es responsable de la creencia en el 'derecho existente', que consistiría en una lista enumerable de normas jurídicas que existen en un momento dado. Su impugnación al positivismo implicaría rechazar la idea de que el derecho constituye un conjunto de normas identificables.⁸³

Es importante puntualizar desde el vamos una aguda observación efectuada por Carlos Nino respecto de los lineamientos generales de este argumento.⁸⁴ Según Nino, los principios que, según Dworkin, integrarían el derecho junto con las reglas, expresarían consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moral. Y como, a pesar de sus diferencias con las reglas, cumplirían la misma función de establecer derechos y obligaciones que preexistirían a las decisiones judiciales que los reconocen, parecería razonable considerarlos como parte del derecho. Pero, en opinión de Dworkin, el positivismo estaría impedido para hacerlo debido a que su tesis básica sostendría que las normas jurídicas se distinguen de las morales por satisfacer un test comúnmente reconocido como el de la regla de reconocimiento, que atendería al origen social de las normas. Los principios no podrían ser aprehendidos por un test semejante, puesto que ellos no serían reconocidos por su origen, de modo que la pretensión básica del positivismo debería descartarse. Nino señala correctamente que las principales réplicas a Dworkin se dirigen a mostrar que algunos de los principios que él menciona pueden ser captados por un test de origen y que no se distinguen lógicamente de las reglas.⁸⁵ Sin embargo, para Nino esos ataques resultarían inadecuados: los principios a los que se refiere Dworkin serían *principios morales*, siendo una característica de ellos el que no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente social oficial. Cuando una norma es reconocida como principio moral, su sanción a través de un cierto procedimiento no sería considerada relevante para su validez. Esta característica de los principios morales tendría importantes consecuencias respecto de la forma de resolver los casos en los que dos o más de ellos se hallan en conflicto. Cuando la aceptación de dos o más normas en conflicto depende de consideraciones relacionadas con su origen, son aplicables criterios para resolver el problema como el de *lex superior* o *lex posterior*. Esos criterios, en cambio, no serían

aplicables cuando se trata de un conflicto entre normas cuya validez no depende de las circunstancias de su sanción. Inclusive el modo en que se aceptan los principios morales implicaría que no hay ninguna formulación verbal que pueda ser tomada como su forma canónica, lo cual dificultaría determinar su alcance preciso y, por ello, la aplicación de criterios como el de *lex specialis*. Además, su forma de aceptación afectaría el modo en que los principios son tratados en el razonamiento práctico. Desde este punto de vista, Dworkin tendría razón al sostener que hay una diferencia cualitativa entre sus 'principios' y las reglas reconocidas por su origen en cierta fuente de autoridad. Sin embargo, su argumentación brinda la impresión de que distingue entre principios y reglas por su diferente impacto en el razonamiento práctico y por la diferente forma en que los conflictos entre ellos son resueltos y que, una vez hecha esta distinción, avanza la tesis sustantiva de que los principios no pueden ser captados por un test de origen. Nino sostiene, no obstante, que en realidad Dworkin sigue el procedimiento inverso: implícitamente caracteriza a los principios por oposición a las reglas sobre la base de que ellos no son reconocidos por derivar de una fuente con autoridad, y su tesis sustantiva es que los principios así caracterizados funcionan en forma diferente de las reglas en el razonamiento práctico y en la resolución de conflictos. Por tal motivo, replicar que los principios pueden ser reconocidos por un test de origen sería para Nino ineficaz porque implicaría atacar una proposición analítica derivada de una estipulación conceptual.

De conformidad con esta lectura de Nino, si los principios son entendidos como principios morales, la argumentación de Dworkin no constituiría una crítica al positivismo, sino que presupondría su rechazo. En efecto: un modo simplificado de reconstruir la crítica de Dworkin sería a través de un razonamiento con la siguiente estructura:

- 1) El derecho está compuesto por dos tipos de normas: las reglas y los principios;
- 2) entre ambos tipos de normas median diferencias en virtud de las cuales solo las primeras serían identificables en virtud de un test como el que ofrece la regla de reconocimiento;
- 3) al menos parte del derecho (los principios) no podrían ser identificados sino por su valor moral.

En consecuencia,

- 4) no podría trazarse una distinción conceptual entre el derecho y la moral.

Si en este razonamiento se interpreta en la premisa 1) que los 'principios' aludidos son principios morales, entonces se estaría presuponiendo exactamente lo que se quiere demostrar: que el positivismo está equivocado. Porque si se asume el supuesto de que el derecho está compuesto, al menos en parte, por normas a las que se acepta en virtud de su valor moral, entonces habremos partido desde el vamo del rechazo de una concepción positivista del derecho, que es lo que se supone que Dworkin quiere concluir.

Sin entrar a discutir si esta lectura constituye o no la interpretación más fidedigna del pensamiento de Dworkin, ella posee la gran virtud de explicar ciertas vacilaciones e inconsecuencias en su caracterización de la distinción entre principios y reglas y en la conexión de esta distinción con el problema de la identificación de las normas jurídicas. No obstante, vamos a intentar en las páginas que siguen 'tomar en serio' las ideas de Dworkin como crítica al positivismo jurídico, esto es, nos

atendremos a considerar si hay algún criterio que permita distinguir en el derecho entre dos tipos de normas, las reglas y los principios, que no presuponga que los últimos son normas morales, pero que no obstante les acuerde las diferencias que Dworkin postula entre ambos.⁸⁶

18.3. La distinción entre reglas y principios

La expresión 'principios jurídicos' ha recibido muy diversos usos por parte de juristas y filósofos del derecho. Sin pretensión de exhaustividad, Genaro Carrió ha individualizado los siguientes:

(1) Reglas de segundo grado dirigidas a los órganos de aplicación que les suministran guías sobre el uso de ciertas reglas de primer grado (cómo y cuándo usarlas, con qué alcance, siguiendo qué preferencias, etc.), que son relativamente indiferentes en cuanto al contenido y trasponen los límites de distintos campos de regulación (por ejemplo, el principio que establece que nadie puede sacar una ventaja de su propia trasgresión).

(2) Rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico (por ejemplo, la separación de poderes, la inamovilidad de los jueces, etc.).

(3) Generalizaciones obtenidas a partir de las reglas del sistema (por ejemplo, no hay responsabilidad sin culpa, no hay responsabilidad penal por hechos ajenos, etc.).

(4) *Ratio legis* o *mens legis* de una norma dada o de un conjunto de normas, esto es, su propósito, objetivo o meta.

(5) Pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo (por ejemplo, la prohibición de discriminar entre los seres humanos por motivos raciales o religiosos).

(6) Requisitos formales o externos que todo orden jurídico debe satisfacer (por ejemplo, que las normas deben ser generales, no retroactivas, suficientemente claras, no contradictorias, etc.).

(7) Guías dirigidas al legislador que tienen un carácter meramente exhortatorio.

(8) Juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas.

(9) Máximas que provienen de la tradición jurídica.

(10) Fuentes generadoras que subyacen a las reglas del sistema.

(11) Enunciados que derivan de la esencia de los conceptos jurídicos (por ejemplo, no hay patrimonio sin sujeto ni sujeto sin patrimonio).⁸⁷

A la pregunta sobre cuáles de estos sentidos serían incompatibles con el positivismo, Carrió responde que eso dependerá de cómo sea caracterizado este último. Si el positivismo es entendido, en un sentido negativo, como una concepción del derecho que excluye aquella actitud que, para describir el derecho, exige tomar en cuenta pautas intrínsecamente justas que necesariamente formarían parte de todo derecho, esta postura excluiría los usos (5) y (6). Si en un sentido igualmente negativo pero más fuerte se entiende que el positivismo rechaza toda

referencia a entidades metafísicas, resultaría incompatible también con (10) y (11), pero compatible con los restantes usos.⁸⁸

Robert Alexy, por su parte, ha expresado que existe una desconcertante variedad de criterios de distinción entre reglas y principios. Tanto las reglas como los principios podrían ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas de obligación, permisión y prohibición, pero aunque ambos constituirían razones para juicios concretos de deber ser, se trataría de razones diferentes.⁸⁹ Para Alexy, los criterios propuestos han sido, en primer lugar, la generalidad:⁹⁰ los principios serían normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas serían normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Además, como otros criterios se han discutido la 'determinabilidad de los casos de aplicación', la forma de su génesis, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la 'idea de derecho' o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico. También se los diferencia según sean fundamentos de normas o normas ellos mismos, o según se trate de reglas de argumentación o de comportamiento.

Sobre la base de estos criterios, podrían sostenerse según Alexy tres tesis diferentes sobre el carácter de la distinción: a) todo intento por dividir las normas en dos clases –reglas y principios– es vano debido a la pluralidad realmente existente; b) las normas pueden dividirse de manera relevante en la clase de las reglas y la clase de los principios, pero la distinción es solo de grado, y c) las normas pueden dividirse en reglas y principios y entre ambas categorías media una diferencia cualitativa.

Para Alexy la alternativa c) sería la correcta, pues considera que existe un criterio que permite distinguir con claridad entre ambos tipos de normas, el cual explicaría la mayoría de los criterios listados. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios sería que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas –determinadas por principios o reglas opuestos– y fácticas existentes. Los principios son para Alexy *mandatos de optimización*, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado. Las reglas, en cambio, serían normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces habría que hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contendrían determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Toda norma sería o bien una regla o bien un principio.⁹¹

A juicio de Atienza y Ruiz Manero, el criterio de diferenciación postulado por Alexy resultaría deficiente: las directrices o normas programáticas –que estipulan ciertos objetivos sociales– podrían ser cumplidas en distintos grados, pero ese no sería el caso de lo que denominan *principios en sentido estricto*. Los principios en sentido estricto serían mandatos de optimización solo en el sentido de que, siendo configuradas en forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exigiría su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario. Pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, este exigiría un cumplimiento pleno. Las directrices, en cambio, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejarían también abierto el modelo de conducta prescripto. De modo que las directrices sí podrían ser cumplidas en diversos grados.⁹²

Atienza y Ruiz Manero interpretan que los principios en sentido estricto podrían formularse como enunciados que enlazan casos y consecuencias normativas, pero esto no significaría que no exista

diferencia alguna entre reglas y principios. La diferencia radicaría, a su criterio, en que los principios ‘configuran el caso en forma abierta’, mientras las reglas ‘configuran el caso en forma cerrada’ o más o menos cerrada. Mientras en las reglas las propiedades que modelan el caso constituirían un conjunto terminado o cerrado, en los principios no sería posible formular una lista cerrada de tales propiedades. El problema no sería que las propiedades que constituirían sus condiciones de aplicación tuviesen una periferia mayor o menor de vaguedad, sino más bien que tales propiedades no estarían determinadas ni siquiera genéricamente. El tipo de indeterminación característico de los principios sería, entonces, más radical que el de las reglas, aunque obviamente podrían darse casos de penumbra entre uno y otro tipo de indeterminación.⁹³

Paolo Comanducci ha sostenido que es posible distinguir una *tesis de separación fuerte* y una *tesis de separación débil* entre reglas y principios.⁹⁴ Según la primera, la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es condición necesaria y suficiente de la diversidad en su interpretación y aplicación, de la diversidad en la argumentación a partir de ellas y de la diversidad en la solución de conflictos sobre la base de ellas. De acuerdo con la segunda, la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de conflictos. A tenor de esta distinción, quienes entienden que media una diferencia de carácter lógico entre reglas y principios quedarían encuadrados en la tesis de la separación fuerte.

Es importante advertir que solo con un criterio cualitativo de distinción entre reglas y principios —o, siguiendo la terminología de Comanducci, de conformidad con la tesis de separación fuerte— podría funcionar una crítica como la que presenta Dworkin contra la tesis de la discrecionalidad y contra el positivismo en general. Si la diferencia fuese solo una cuestión de grado, entonces no podría fundarse sobre tales bases la idea de que los principios no pueden identificarse en virtud de un test de origen como el de la regla de reconocimiento mientras que las reglas sí. En consecuencia, deben excluirse los criterios meramente cuantitativos, como por ejemplo la mayor generalidad de los principios frente a la mayor especificidad de las reglas, la idea de que los principios son normas de mayor importancia que las reglas dentro del orden jurídico, o la expresión por parte de los principios de un propósito o valor que el legislador considera deseable preservar, ya que esta es también una característica que en algún grado todas las normas poseen.

18.4. Los principios como normas no concluyentes

En la obra de Dworkin parecen existir dos propuestas de distinción cualitativa entre reglas y principios:

a) los principios se distinguen de las reglas puesto que los primeros poseen una ‘dimensión de peso’ de la que carecen las reglas, respecto de las cuales solo puede hablarse de una ‘dimensión de validez’;

b) los principios se distinguen de las reglas puesto que poseen un carácter no concluyente, mientras que las reglas poseen un carácter concluyente.⁹⁵

Conviene entonces estudiar primero la cuestión del peso de los principios frente a la validez de las reglas. Como ya hemos visto, Dworkin sostiene que cuando dos reglas entran en conflicto, una de ellas necesariamente debe desaparecer, esto es, una de ellas no puede ser válida. Esto debido a

que la validez sería una cuestión de todo o nada: o bien una regla es válida o no lo es, no caben términos medios. En cambio, los principios no tienen esa dimensión de validez que es propia de las reglas. Cuando se produce un conflicto entre dos principios, lo que correspondería hacer es efectuar un balance entre ambos para determinar cuál de ellos posee mayor peso respecto del caso, pero eso no significa que el principio que ha quedado postergado frente a ese caso no pueda prevalecer en otro caso de conflicto. Por consiguiente, los principios pueden sobrevivir intactos a los conflictos con otros principios, una característica que no tendrían las reglas.⁹⁶

Este argumento, al menos por sí solo, no puede ser utilizado para intentar justificar la existencia de una diferencia cualitativa entre reglas y principios. Supóngase un sistema jurídico que contiene dos normas en conflicto respecto de un cierto caso. Por ejemplo, supóngase que debe resolverse un caso en el que una persona ha cazado cierta especie animal en un parque nacional, y se cuenta con dos normas, una de las cuales considera plaga nacional a dicha especie y, por consiguiente, habilita a cazar a sus ejemplares, y otra norma que prohíbe cazar cualquier especie animal en un parque nacional. Existen dos formas en las que puede superarse un conflicto semejante. De conformidad con la primera de ellas, se puede preferir la solución de una de las normas sobre la otra para todos los casos de conflicto entre ambas. Ello equivale a establecer una *preferencia incondicional* de una de las normas sobre la otra. En el ejemplo, podría considerarse que la norma que prohíbe cazar especies en parques nacionales prevalece siempre sobre la norma que habilita a cazar la especie animal de que se trate. Bajo esta intelección, podría decirse que la norma que ha resultado postergada resulta tan inaplicable respecto del caso como si hubiese sido derogada. De modo que preferir a la norma que prohíbe cazar en parques nacionales, bajo esta interpretación, derogaría parcialmente a la permisión de cazar cierta especie animal: estaría permitido cazar especímenes de la especie dada siempre y cuando no se lo haga en parques nacionales.

Pero una segunda forma de solucionar el problema consiste en establecer una preferencia de una de las normas sobre la otra *siempre y cuando se verifiquen ciertas circunstancias*, pero sin que ello obste a que, si ellas no se verifican, se acuerde la preferencia conversas. Ello equivaldría a establecer una *preferencia condicional* entre ambas normas. En el ejemplo considerado, podría ser que la persona que ha matado un ejemplar de la especie en cuestión en el parque nacional sea una autoridad sanitaria y que se considere a esta circunstancia como jurídicamente relevante respecto del caso. Siendo ello así, podría interpretarse que la norma que habilita a cazar animales de la especie dada prevalece sobre la que prohíbe cazar en parques nacionales siempre y cuando el cazador sea una autoridad sanitaria, mientras que si se trata de cualquier otra persona, correspondería dar preferencia a la prohibición de cazar en parques nacionales.

A través de este segundo procedimiento se preserva un campo de aplicación para cada una de las dos normas originales. Pero si se interpreta que el ámbito de aplicación de una norma hace a su identidad, como es obvio que este ha variado, debería admitirse que se está aquí en presencia de nuevas normas. Por supuesto que este presupuesto podría no compartirse. Si la operación de interpretación de normas a partir de sus formulaciones se independiza de los criterios de preferencia del sistema, podría decirse que en este caso las normas han '*... sobrevivido al conflicto sin resultar modificadas*', tal como Dworkin sostiene que acontece con los principios.⁹⁷ En todo caso, que el *sistema* como tal se ha visto modificado en virtud de la introducción de una preferencia condicional resulta claro si se toma en cuenta que la condición a la que se subordina en este caso la preferencia pasaría a ser una propiedad normativamente relevante cuando antes no lo era.

Los conflictos entre principios constitucionales, como hemos visto en el módulo II, usualmente se presentan como instancias de este modo de resolución de conflictos. Por ejemplo, podría decirse que la libertad de prensa prevalece sobre el derecho a la privacidad de los funcionarios o figuras públicas, de modo que solo cabría hablar de injurias si se satisface el estándar de la *real malicia*, el cual requiere que el demandante en un caso de injurias demuestre que el editor sabía que la afirmación pretendidamente injuriosa era falsa o la publicó de manera imprudente, sin importarle si era verdadera o falsa.⁹⁸ En tales casos no habría una preferencia incondicional de un derecho sobre el otro. No obstante, como lo muestra el ejemplo, esto no significaría que no se acepte ninguna preferencia entre tales derechos. El estándar de la real malicia se comportaría como una preferencia *condicional*: si existió real malicia, el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos debe prevalecer sobre la libertad de prensa.

Los conflictos normativos pueden resolverse a través de la introducción de preferencias incondicionales o condicionales. Como ejemplo del segundo tipo de procedimiento, considérese el siguiente sistema: N_1 asigna la solución normativa Os a los casos p y N_2 correlaciona la solución PHs a los casos q . De estas dos normas puede derivarse una contradicción para todos los casos de ocurrencia conjunta de sus antecedentes. Si existe una preferencia incondicional de N_1 sobre N_2 o viceversa, la solución normativa de la norma preferida derrotará a la otra para todo caso de conflicto entre ambas. Pero el problema también podría resolverse asignando preferencia a una de las normas sobre la otra solo bajo la condición de que se verifique una circunstancia distinta r , e invirtiendo la preferencia en caso de que r no se verifique.

			N_1	N_2
p	q	r	Os	
$\sim p$	q	r		PHs
p	$\sim q$	r	Os	
$\sim p$	$\sim q$	r		
p	q	$\sim r$		PHs
$\sim p$	q	$\sim r$		PHs
p	$\sim q$	$\sim r$	Os	
$\sim p$	$\sim q$	$\sim r$		

Aquí N_1 es preferida a N_2 en los casos r , en tanto que en los casos $\sim r$ se verifica la preferencia inversa.

Según hemos visto, Alexy ha demostrado que la supuesta ‘dimensión de peso’ de los principios no sería más que un modo metafórico de aludir a la posibilidad de resolver un conflicto entre dos normas estableciendo una preferencia condicional, no incondicional, entre ambas.⁹⁹ Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debería ceder frente al otro, pero sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado. Lo que sucedería es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precedería al otro, pero bajo otras la preferencia podría invertirse. Esto es lo que querría decirse cuando se afirma que en los casos concretos los principios –abstractamente del mismo rango– tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

Alexy agrega que de un enunciado que expresa una relación de preferencia condicional se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan

las condiciones de preferencia. Por lo tanto, esas condiciones cumplirían una doble función: serían la condición de una relación de preferencia entre los principios y el presupuesto de hecho de una regla. Sobre esta base, Alexy formula lo que denomina 'ley de colisión', que permitiría establecer una conexión entre las reglas y las relaciones de preferencia condicionales entre principios:

(K) Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \succ P_2) \ C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.¹⁰⁰

Lo que aquí interesa destacar es que, de acuerdo con el análisis precedente, *un conflicto entre dos normas cualesquiera puede ser resuelto estableciendo una preferencia incondicional o una preferencia condicional entre ellas*. De las diversas formas en que un conflicto entre normas puede resolverse no se sigue en absoluto que existan dos diversas especies de normas en el derecho, de modo que no puede fundarse sobre estas bases una distinción cualitativa o estructural entre reglas y principios. O bien existe algún criterio independiente para fundar una distinción fuerte entre ambos tipos de normas, o bien, si el diverso modo en que pueden ser resueltos los conflictos entre normas constituye el único criterio para su diferenciación, la distinción no es cualitativa.

Descartada la alternativa anterior, se impone analizar la segunda pauta de diferenciación propuesta por Dworkin, esto es, que las reglas tienen carácter concluyente mientras que los principios poseen carácter no concluyente.

¿En qué consistiría este carácter no concluyente de los principios? Hemos visto que Atienza y Ruiz Manero sostienen que si bien los principios podrían formularse como enunciados que enlazan casos con soluciones normativas, su diferencia con las reglas consistirían en que mientras en las reglas las propiedades que modelan el caso constituirían un conjunto terminado o cerrado, en los principios no se podría formular una lista cerrada de tales propiedades.¹⁰¹

Esta idea parece coincidir con la propuesta de Dworkin: las reglas serían normas que estipulan todas sus condiciones de aplicación, de modo tal que si una regla es válida y resulta aplicable a un cierto caso, la solución que corresponde para ese caso es la que la regla establece. En cambio, los principios serían normas sujetas a excepciones implícitas no taxativamente enumerables, de modo tal que, si un caso queda comprendido dentro del campo de aplicación de un principio, ello no garantiza que la solución que corresponda otorgarle sea la que el principio establece, puesto que frente a ese caso podría prevalecer otro principio al que se acuerde mayor peso. Así, los principios solo establecerían soluciones normativas de carácter no concluyente, *prima facie*, que podrían ceder frente a un caso concreto. Para decirlo con otras palabras, los principios serían lo que hemos calificado como *normas derrotables*.

Resulta importante remarcar que el carácter no concluyente de los principios, en opinión de Dworkin, no equivaldría a la existencia de excepciones a su respecto. Las reglas también podrían estar sujetas a excepciones sin perder su carácter de tales, solo que una formulación completa de una regla debería contener todas sus excepciones. Es el carácter abierto de la nómina de excepciones que pueden afectar el campo de aplicación de los principios lo que los distinguiría de las reglas.¹⁰²

En la caracterización que ofrece Dworkin, este carácter abierto de las excepciones que limitarían el alcance de los principios no es independiente del modo en que a su juicio se resolverían los

conflictos entre ellos. Si frente a un conflicto entre dos principios hay que establecer cuál de ellos posee mayor peso frente al caso particular, no podría establecerse por anticipado en qué casos la solución consagrada por un principio debería dejarse de lado debido a su colisión con otro principio y el mayor peso asignado a este último. Por ello, por sus potenciales conflictos con otros principios y la inexistencia de preferencias incondicionales para resolverlos es que un principio solo consagraría soluciones normativas derrotables.

Este criterio de distinción sí es estructural y cualitativo, no meramente cuantitativo. Y sí parecería servir para fundar la conclusión a la que Dworkin pretende arribar: si el derecho está compuesto por reglas y también por principios, y los principios, a diferencia de las reglas, están sujetos a excepciones que no pueden enumerarse, entonces el contenido del derecho sería parcialmente no identificable, dado que estaría conformado al menos en parte por normas respecto de las cuales no sería posible individualizar todas sus condiciones de aplicación. En otras palabras, como las excepciones que limitarían el campo de aplicación de los principios no serían identificables en virtud de un criterio como el que suministra la regla de reconocimiento, no podría distinguirse conceptualmente entre el derecho y otros órdenes normativos como la moral.

Esta crítica de Dworkin dio lugar a una extensa respuesta elaborada por Hart en el *Postscript* a su obra *El concepto de Derecho*, publicado luego de la muerte de Hart en 1994, a través del desarrollo de una serie de ideas que, a su vez, generaron réplicas de Dworkin. Esas réplicas fueron desarrolladas en su forma más sistemática y articulada en un manuscrito presentado por Dworkin en un coloquio sobre filosofía social, política y jurídica en la Universidad de Nueva York en ese mismo año 1994, pero que recién fue publicado también en forma póstuma en 2016. Los argumentos más destacados de este rico intercambio de ideas, conocido como el *debate Hart-Dworkin*, serán evaluados a continuación.¹⁰³

19. Principios jurídicos y derrotabilidad en el derecho

19.1. Los principios y la regla de reconocimiento

En primer lugar, Hart sostiene que Dworkin incurriría en un doble error al sostener que los principios no pueden ser identificados mediante un test de origen como el de la regla de reconocimiento: por un lado, porque cree que los principios no pueden identificarse por su origen y, por otro, porque cree que la regla de reconocimiento solo puede brindar criterios relativos al origen de las normas.¹⁰⁴ Para Hart, nada en el carácter no concluyente de los principios ni en sus otras características impediría que ellos puedan ser identificados mediante criterios relativos a su origen. Cualquier norma constitucional, por ejemplo, podría interpretarse como no concluyente, esto es, como un principio, no obstante lo cual es posible identificarla como una norma válida en virtud de su promulgación por una autoridad competente. Además, Hart sostiene que nada impediría tampoco que la regla de reconocimiento de un cierto sistema jurídico haga referencia a criterios materiales –no meramente formales– para la identificación de las normas que lo componen, esto es, relativos a la justicia de su contenido.

A esto Dworkin ha replicado que el hecho de que ciertos principios sean identificables en virtud de un test de origen no alcanza para sostener al positivismo. En todo caso, lo que debería demostrarse es que todo principio que se considere parte del derecho lo es, lo cual, en su criterio, sería incorrecto. Por otra parte, si la regla de reconocimiento puede hacer referencia a criterios

materiales, tal como sostiene Hart, debería admitirse que entonces ella diría algo así como ‘Los jueces deben aplicar aquellas normas que es moralmente correcto aplicar’, formulación que sería incompatible con el positivismo.¹⁰⁵

Respecto de este punto, parecería fuera de discusión que le asiste razón a Hart en la primera cuestión. En efecto, como lo señala Hart, nada obsta a que un principio, entendido como una norma no concluyente, satisfaga el test de la regla de reconocimiento. Y si bien Dworkin replica que lo que habría que demostrar es que todos los principios que se consideran parte del derecho satisfacen ese test, y no meramente que es posible que lo satisfagan, la respuesta que parece obvia a dicha observación es que si para Hart las normas que componen un cierto sistema jurídico son aquellas que satisfacen las pautas que fije la regla de reconocimiento, entonces en caso de que un principio no pase dicho test, él no será considerado parte del derecho. Puede ocurrir que en ciertos casos los jueces empleen como fundamento de sus decisiones principios que no son identificables en virtud de un test como el de la regla de reconocimiento, pero en tal caso lo que Hart –y cualquier positivista– diría es que ellos no son principios *jurídicos*.

En cuanto a la segunda observación de Hart, en el *Postscript* el profesor inglés expresa que solo habría querido defender una forma de positivismo a la que llama *suave*, y que otros autores califican como *positivismo incluyente*, según la cual los criterios para la identificación de las normas de un cierto sistema jurídico pueden, aunque no necesariamente deben, hacer referencia a la justicia o injusticia de sus soluciones.¹⁰⁶

Podría decirse en general que a partir de las críticas de Dworkin al positivismo jurídico, las dos respuestas fundamentales que se han ofrecido desde el campo positivista han pasado a conformar dos corrientes en competencia dentro de dicha manera de concebir el derecho: el *positivismo excluyente* y el *positivismo incluyente*. Siguiendo a Coleman, puede decirse que el positivismo excluyente se caracteriza por sostener que todos los criterios de validez jurídica deben referirse a fuentes sociales y, en consecuencia, que el valor moral de una norma nunca puede ser un criterio de su validez jurídica. El positivismo incluyente negaría esto último y admitiría que el valor moral de una norma puede a veces constituir una condición de su validez jurídica.¹⁰⁷ Como lo expresa Wilfrid Waluchow –uno de los más notorios defensores del positivismo incluyente– con otras palabras, el positivismo excluyente sostiene que la validez de una norma jurídica depende exclusivamente de su origen en una fuente social, lo cual puede establecerse con independencia de toda consideración moral. Para el positivismo incluyente, en cambio, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral solo afirmarían que no es una verdad necesaria que, respecto de todo sistema jurídico, para determinar la validez de una norma deba recurrirse a consideraciones morales. Tal cosa dependería de lo que en concreto establezca cada sistema jurídico. Por consiguiente, el positivismo incluyente considera que en ciertos sistemas jurídicos, la existencia y contenido del derecho puede depender de valoraciones y principios morales, como sería el caso de las democracias contemporáneas, en las que la validez de las leyes depende de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones.¹⁰⁸

La diferencia entre el positivismo excluyente y el incluyente estaría entonces dada por dos diversas interpretaciones de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Esta tesis consiste en el rechazo de la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, defendida por los iusnaturalistas y, en términos generales, por cualquier postura antipositivista, esto es, en el rechazo de:

Tesis de la Conexión Necesaria: necesariamente en todo sistema jurídico la validez de sus normas depende de su valor moral.¹⁰⁹

La diferencia entre las dos formas de positivismo aquí consideradas resultaría, según Coleman, de dos distintas formas en las que podría negarse esta tesis, que se corresponderían respectivamente con lo que en lógica modal se conoce como *negación interna* y *negación externa*. La negación interna de la tesis de la conexión necesaria daría por resultado una versión fuerte de la tesis de la separación, y se correspondería con el positivismo excluyente:

Tesis fuerte de la separación: necesariamente en todo sistema jurídico la validez de sus normas no depende de su valor moral.¹¹⁰

En cambio, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria daría por resultado una versión débil de la tesis de la separación, que se correspondería con el positivismo incluyente:

Tesis débil de la separación: no necesariamente es el caso que en todo sistema jurídico la validez de sus normas depende de su valor moral.¹¹¹

Lo que en definitiva sostendría el positivismo incluyente, posición asumida por Hart en el *Postscript*, es que la referencia a valores morales para la identificación de las normas jurídicas es una cuestión contingente: podría ser que la regla de reconocimiento de cierto sistema jurídico considere como una condición a ser satisfecha por las normas del sistema para ser admitidas como válidas el respetar ciertas pautas morales mínimas, pero bien podría ocurrir que esto no sea así. La objeción de Dworkin sería entonces que esta forma suave de positivismo constituiría un debilitamiento excesivo de su tesis central, esto es, la posibilidad de distinguir conceptualmente entre el derecho y la moral.

Si bien la profunda discusión que se ha sostenido recientemente sobre la postura del positivismo incluyente no puede resumirse de manera breve aquí,¹¹² cabe señalar que aunque a primera vista la réplica de Dworkin merece ser considerada, la afirmación de Hart en el sentido de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede hacer referencia a criterios materiales, esto es, que para determinar si una norma es válida puede ocurrir que cierto sistema jurídico exija adentrarse en la consideración de su contenido, no implica necesariamente que esa evaluación tenga carácter moral. Si, por ejemplo, de conformidad con la Constitución Nacional de la República Argentina, la validez de las leyes nacionales depende, entre otras cosas, de la conformidad de su contenido con los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la propia Constitución, determinar si una ley nacional es o no válida depende en parte de una evaluación material, pero esa evaluación no implica un juicio moral sino un control de compatibilidad con las *normas jurídicas* contenidas en la primera parte de la Constitución. En síntesis, admitir que la regla de reconocimiento de cierto sistema jurídico puede hacer depender la validez de una norma de su compatibilidad con el contenido de otra norma no conduce a la imposibilidad de distinguir conceptualmente entre derecho y moral.

19.2. Discrecionalidad y la tesis de la única respuesta correcta

La crítica desarrollada por Dworkin a la idea positivista de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, esto es, que cuando el derecho no ofrece una respuesta clara los jueces deben legislar

para el caso, creando derechos que no estaban previamente establecidos, consiste básicamente en lo siguiente. Dworkin sostiene que lo que resulta incompleto en los casos difíciles no es el derecho sino la versión que de él ofrecen los positivistas. De conformidad con su propia explicación, el derecho no solo estaría conformado por reglas, esto es, normas establecidas e identificables por referencia a fuentes sociales, sino también por principios implícitos que son aquellos que mejor se adecuan o resultan más coherentes con el derecho explícito y que suministran su mejor justificación. Desde esta perspectiva interpretativa, los jueces nunca tendrían ocasión para apartarse del derecho y ejercer sus atribuciones discrecionalmente.

En su criterio, la falsedad de la descripción ofrecida por los positivistas de la labor judicial en los casos difíciles se pondría de manifiesto al considerar el lenguaje utilizado por los jueces y abogados cuando se refieren a la toma de decisiones judiciales. Ninguno de ellos afirma en tales casos que los jueces crean derechos no establecidos previamente. Por el contrario, los abogados se dirigen al juez *como si* este estuviera siempre preocupado por hallar y hacer cumplir el derecho existente y los jueces hablan *como si* el derecho fuese un sistema sin vacíos ni contradicciones, en el cual puede hallarse una única respuesta correcta para cada caso que él debe descubrir, no inventar.

A ello responde Hart que, sin perjuicio de que la retórica del proceso judicial efectivamente apoya la idea de que en un sistema jurídico desarrollado no hay casos sin regulación jurídica, no hay razón alguna para tomar en serio esa retórica y mucho menos para apoyar sobre su base una teoría del derecho. En primer lugar, porque esa retórica es el resultado de una larga tradición, sobre todo en el derecho continental, que pone énfasis en la separación de poderes, y pretende trazar una ilusoria línea de demarcación tajante entre la actividad de jueces y legisladores.¹¹³

Pero además, Hart afirma que la importancia que típicamente atribuyen los jueces al decidir casos no regulados a los procedimientos por analogía, para asegurarse de que el derecho es al menos coherente con los principios y razones subyacentes reconocidos como fundamentados en el derecho existente, ayuda a explicar la reticencia a aceptar que los jueces crean derecho. A menudo citan algún principio general o propósito o meta general que un ámbito amplio del derecho existente ejemplifica y señala hacia una respuesta para el caso en cuestión. Tal sería el núcleo de la interpretación constructiva de Dworkin. Sin embargo, para Hart este procedimiento difiere pero no elimina el momento de la creación judicial de derecho, pues en cualquier caso difícil pueden presentarse distintos principios que sustenten analogías rivales y el juez debe decidir entre ellos apoyado en su buen juicio. Solo si para todos estos casos pudiera hallarse en el derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo a principios rivales, el momento de la creación de derecho no sería solo diferido sino eliminado.¹¹⁴

MacCormick ha sostenido que los principios se caracterizan por ser normas generales, lo que hace que cumplan una función explicativa pues aclaran el sentido de una regla o de un conjunto de reglas, y tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación. Un principio sería una norma relativamente general que, desde el punto de vista de la persona que lo acepta como tal, es contemplado como algo a lo que es deseable adherirse y que tiene de este modo fuerza explicativa y justificatoria en relación con determinadas decisiones o con determinadas reglas de decisión.¹¹⁵

No obstante, a diferencia de Dworkin, MacCormick advierte que los argumentos basados en principios –así como los razonamientos por analogía, que constituirían nada más que un uso no explícito de principios–¹¹⁶ no tendrían carácter concluyente como lo tendrían si se basaran en

reglas: los principios dependerían de valoraciones y suministrarían una justificación en ausencia de otras consideraciones que jueguen en sentido contrario. La coherencia normativa, que es la base de la visión interpretativa del derecho que ofrece Dworkin, sería un mecanismo de justificación, porque presupondría la idea de que el derecho es una empresa racional y estaría de acuerdo con la noción de universalidad, al permitir considerar a las normas no aisladamente sino como conjuntos dotados de sentido. Pero se trataría de una justificación formalista y relativa: la coherencia podría ser satisfecha por un derecho nazi que parta como valor supremo de la pureza de la raza. De manera que la coherencia brindaría una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias. Por consiguiente, por esta vía no puede llegarse a la conclusión de que frente a cualquier caso existe una única respuesta correcta.

Ante estas observaciones, Dworkin se ha limitado a responder que si Hart tuviera razón en que no se puede considerar a ciertos principios como más importantes que otros a menos que se puedan identificar principios de orden superior que establezcan un orden entre todos los principios, lo cual no es posible, entonces el proceso de identificación de ciertos principios en un conjunto de decisiones pasadas no podría nunca comenzar. Pero, según Dworkin, solo sería un dogma que una jerarquía es imposible sin una ordenación completa de orden superior, dado que siempre ordenamos las cosas sin poseer una.¹¹⁷

Este argumento no alcanza en absoluto para desvirtuar las objeciones antes sintetizadas, puesto que a lo sumo permite justificar que de hecho se pueden justificar decisiones a partir de sistemas jurídicos que contienen principios. En cambio, no habilita a concluir que siempre exista una única respuesta posible. Es correcto que de hecho ordenamos cosas sin contar con criterios de orden superior que determinen la prevalencia del criterio ordenador elegido sobre otros. Lo que se hace en tal caso es *usar* un criterio ordenador. Pero, obviamente, que de hecho se usen criterios ordenadores no implica que exista un único criterio ordenador correcto para cada caso.

19.3. El carácter de la distinción entre reglas y principios

Otra de las réplicas de Hart a Dworkin es que en realidad este último no acierta a brindar un criterio cualitativo de distinción entre reglas y principios. Ello debido a que, si esa diferencia está dada por el supuesto carácter no concluyente de los principios frente a un supuesto carácter concluyente de las reglas, ella solo podría marcar una diferencia de grado entre reglas y principios.

El punto central en la argumentación de Hart es que Dworkin hace referencia a los conflictos entre reglas y a los conflictos entre principios, pero se olvida de considerar la posibilidad de que un principio entre en conflicto con una regla.¹¹⁸ Hart observa que una regla derrotada en competencia con otra respecto de un caso dado podría, al igual que un principio, sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se juzgue de mayor importancia que otra regla rival. Reforzando esa idea, advierte que los primeros ejemplos de Dworkin implicarían que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios y que un principio prevalecería en ciertos casos y en otros no cuando entra en competencia con una regla.

Así, el famoso caso *Riggs v. Palmer*,¹¹⁹ del que se valiera Dworkin para presentar su argumento de crítica a Hart, sería precisamente un ejemplo en el que un principio prevalece sobre una regla. Como es bien conocido, en este caso Elmer Palmer, el demandado, había sido instituido como

heredero mediante testamento por su abuelo Francis Palmer. Pero, temiendo que su abuelo modificara el testamento, decidió asesinarlo usando veneno. Las hijas de Francis Palmer exigían que se anulara el testamento en cuanto a la institución de Elmer Palmer como heredero, por considerar que al haber asesinado al testador no podía ampararse en las cláusulas del testamento. Palmer, por su parte, más allá de haber sido condenado penalmente por el homicidio, sostenía que ninguna disposición de la ley de testamentos del Estado de Nueva York contemplaba como causal de invalidez del testamento una situación como la que se presentaba en el caso. Por mayoría, la Corte le dio la razón a las demandantes e invalidó el testamento a favor de Elmer Palmer con fundamento en que constituía un principio del derecho norteamericano el que nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito.

Aquí parece claro que el principio de que nadie puede obtener beneficios de su propia ilicitud estaba en conflicto con la solución que se derivaba de las reglas sobre testamentos, y que la Corte del Estado de Nueva York privilegió la solución del principio sobre la de tales reglas. Pero si se admite la posibilidad de conflictos entre reglas y principios y que, como en este caso, puede ocurrir que se privilegie la solución contenida en el principio sobre la establecida por la regla, entonces debería admitirse que los principios pueden introducir excepciones en las reglas. Pero entonces ninguna norma del sistema sería concluyente, pues si los principios están sujetos a excepciones implícitas y pueden introducir excepciones en las reglas, el campo de aplicación de las reglas resultaría tan indeterminado como el de los principios: las reglas solo serían aplicables cuando no fuesen superadas por la fuerza de algún principio, que es justamente lo que les confiere a los principios su carácter de no concluyentes.

La existencia de tales conflictos pondría de manifiesto que las reglas no poseen carácter concluyente, pues serían susceptibles de entrar en conflicto con principios que prevalecen sobre ellas.¹²⁰ De ser así, el contraste radical que pretendería postular Dworkin entre reglas y principios desaparecería, pues una regla dejaría de determinar el resultado de un caso al que es aplicable según sus términos, de modo que todas las normas jurídicas resultarían no concluyentes y, a lo sumo, solo podría postularse una diferencia de grado entre reglas y principios.

La réplica de Dworkin a este problema es bastante compleja. Lo primero que atinó a decir Dworkin cuando la objeción fue postulada inicialmente por Raz es que, si se toman como ejemplo las reglas de la usucapición, esto es, aquellas que permiten a una persona adquirir la propiedad de un inmueble por su posesión continuada en el tiempo, ellas podrían dar la impresión de que están en conflicto con el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. No obstante, Dworkin opina que no resultaría esclarecedor hablar de conflicto en este caso: el hecho de que existan reglas semejantes sería prueba de que el principio de no aprovecharse de la propia injusticia es efectivamente un principio y no una regla.¹²¹

Con este argumento Dworkin parece sostener que los principios no entrarían en conflicto con las reglas pues las excepciones a las que estarían sujetos los principios serían aquellas que corresponde introducir en ellos en virtud de lo que las reglas preceptúan. Esto no resulta admisible por dos razones. En primer lugar, porque supondría que todo aparente conflicto entre una regla y un principio debería resolverse dando preferencia a la regla, lo cual no necesariamente es el caso. En segundo lugar, porque si las excepciones a que están sujetos los principios son las que resultan de las reglas, no podría sostenerse el carácter abierto y no enumerable de tales excepciones que, según Dworkin, es justamente lo que caracteriza a los principios,¹²² ya que nada obstaría a la

posibilidad de identificar todas las reglas del sistema y, consiguientemente, todas las excepciones que limitarían el campo de aplicación de los principios.

Dworkin agrega que un aparente conflicto entre, por ejemplo, las reglas de la usucapión y el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia injusticia, no sería un conflicto genuino por cuanto correspondería asignarles preferencia a las reglas de usucapión sobre la solución que el principio consagra. Si el día de mañana se invirtiera dicha preferencia, ello obligaría a modificar las reglas a través de la promulgación de otra ley o de un cambio en la interpretación de las existentes, y en ninguna de las dos alternativas podría decirse que ha habido un genuino conflicto entre reglas y principios.¹²³

Esto es equivocado por tres razones. Primero, porque, como se ha señalado, el hecho de que se establezcan preferencias para solucionar conflictos no solo no demuestra que los conflictos no existen sino que presupone su existencia. Segundo, porque aun cuando se pretenda sostener que cuando un conflicto es resuelto en virtud del establecimiento de una preferencia no corresponde hablar de un conflicto genuino (lo cual no significaría más que decir que un conflicto resuelto no es lo mismo que un conflicto sin resolver), nada obsta a que haya casos frente a los cuales no se cuente con criterio de preferencia alguno para solucionar un conflicto. Y, por último, porque si se acepta que cuando se establecen preferencias para solucionar conflictos no corresponde hablar de genuinos conflictos, tampoco podría decirse que las reglas puedan entrar en conflicto entre sí –cosa que sí acepta Dworkin– ya que también los conflictos entre reglas son resueltos estableciendo preferencias entre las soluciones incompatibles.

Otro de los argumentos sostenidos por Dworkin es el siguiente: podría pensarse en que tanto las reglas como los principios tendrían una ‘dimensión de peso’, puesto que cuando hay conflicto entre reglas y principios debería tomarse una decisión respecto de cuál de ellos es preferible, decisión que habría que adoptar asignando un peso a la regla que luego habría que contraponer al peso del principio. Sin embargo, para Dworkin esta descripción sería una representación errónea de la relación entre reglas y principios: lo que podría parecer un conflicto entre una regla y un principio es siempre en verdad un conflicto entre dos conjuntos de principios. Cuando se deja de lado una regla en virtud de lo que dispone un principio, esto se produciría porque el conjunto de principios que requieren que se deje de lado la solución consagrada por la regla tienen, como grupo, mayor peso dadas las circunstancias que el conjunto de principios –que incluye el principio de que debe hacerse lo que las reglas establecidas disponen– que requiere que se mantenga la regla. Para decidir si se mantiene la regla, el tribunal no evaluaría la regla frente al principio, sino que compararía el peso de dos conjuntos de principios.¹²⁴

Este argumento ha sido reiterado por Atienza y Ruiz Manero del siguiente modo: el derecho guiaría el razonamiento de sus órganos de aplicación en dos niveles: en el primer nivel, los órganos de aplicación deliberarían acerca de si se impone el principio ‘*debe hacerse lo prescripto por las reglas jurídicas*’ o bien se impone un principio de mayor peso; si el primer principio resultara victorioso, entonces se pasaría al segundo nivel y se analizaría la aplicabilidad de la regla.¹²⁵

La apuntada distinción entre niveles en el razonamiento jurídico no consigue destruir la objeción, tal como lo ha demostrado José Juan Moreso.¹²⁶ El principio ‘*debe hacerse lo prescripto por las reglas jurídicas*’ no prescribe nada que no sea redundante con lo previsto por las propias reglas jurídicas y solo podría llenarse de contenido y entrar en la deliberación de alguien si se conoce qué es lo prescripto por las reglas jurídicas. Si se acepta el argumento anterior, entonces la supuesta

estructura en dos niveles del razonamiento jurídico se diluye: el juez debe considerar si el deber impuesto por una regla jurídica no queda desplazado por el deber impuesto por algún principio; solo si no queda desplazado debe aplicar la regla jurídica. Pero, eso también ocurriría con los principios: si el deber prescrito por el principio P_1 no queda desplazado por algún otro principio P_2 , entonces el juez debe aplicar P_1 .

La réplica más convincente de Dworkin es la siguiente: los principios serían normas generales que constituirían la justificación subyacente a cierto conjunto de reglas, mientras que las reglas serían ejemplificación de los principios que las justifican y expresarían compromisos entre principios concurrentes. En razón de que los principios constituirían la justificación de las reglas, no correspondería hablar de conflictos entre reglas y principios. Y como la justificación subyacente a una regla o conjunto de reglas debería aceptarse como parte del derecho con independencia de si ha sido o no formulada explícitamente, esto otorgaría a los principios un carácter implícito que justificaría la conclusión de que un test como el de la regla de reconocimiento no funcionaría a su respecto.¹²⁷

Lo persuasivo de este argumento de Dworkin es directamente proporcional a la falta de precisión de algunas de las nociones que en él se utilizan, particularmente al hacerse alusión a que las reglas 'ejemplifican' ciertos principios y a que éstos son la 'justificación' de las reglas. Un modo de interpretar la idea de que las reglas 'ejemplifican' a los principios y de concebir a éstos últimos consiste en denominar 'principios' a normas generales que se abstraen por reformulación de las reglas del sistema a través de una reconstrucción por vía de una inducción completa. En esta interpretación, los principios no permitirían derivar otras soluciones que las que se siguen de las reglas, ya que ellos no serían más que una reformulación de estas. Así tendría sentido decir que los principios no entran en conflicto con las reglas y atribuirles a aquellos carácter implícito, pero no podría sobre estas bases sostenerse que se trata de normas no concluyentes o derrotables en el sentido de que están sujetas a excepciones no enumerables.

Como alternativa, podría entenderse que si bien las reglas 'ejemplifican' principios, estos últimos no son meras reformulaciones de las primeras, sino que expresan valores o fines presupuestos por las reglas. Tales valoraciones pueden ser aquellas que se atribuyen a la autoridad que formuló las reglas, en cuyo caso correspondería decir que estos principios integran el sistema. Siendo ello así, poseerían carácter implícito por no haber sido explícitamente formulados, pero para poder justificar que se trata de los valores presupuestos por el legislador deberían poder ser identificados en virtud de otras fuentes del derecho admitidas como válidas, de manera que no sería correcto pensar que la regla de reconocimiento no permite identificarlos. Además, los argumentos basados en principios de esta naturaleza no habilitarían a ampliar las soluciones consagradas por el sistema, ya que, como se dijo, ellos serían parte de él. Si en cambio no se trata de las valoraciones del legislador sino las propias de un eventual intérprete o funcionario encargado de la aplicación de normas, estas valoraciones no integrarían el sistema, no serían identificables en virtud de un test como el de la regla de reconocimiento. Así interpretados, los principios podrían constituir el fundamento de nuevas interpretaciones de las reglas del sistema o posibilitar la derivación de soluciones para aquellos casos en que esto no es posible a partir de las reglas, de modo que los argumentos basados en principios tendrían un cierto 'carácter ampliativo'. Claro que bajo esta interpretación, nada obstaría a que un principio que cierto intérprete entiende que justifica una regla o conjunto de reglas entre en conflicto con otras reglas del sistema y, lo que es más importante, el supuesto 'carácter ampliativo' de los argumentos basados en principios solo podría entenderse como una propuesta de modificación del sistema o como el rechazo a la aplicación de

las reglas del sistema tal como ellas han sido formuladas en virtud de consideraciones morales. Ninguna de estas alternativas comportaría una objeción contra el positivismo.

Finalmente, Dworkin agrega que el carácter todo o nada de las reglas consistiría en el hecho de que ellas no sobreviven a los conflictos, tal como los principios sobreviven sin cambios a los conflictos en los que son derrotados. En su criterio, usualmente toda pauta considerada 'regla' resultaría modificada con relación a sus efectos futuros por las decisiones judiciales que rechazan la pretensión de aplicarla en sus términos establecidos. Esa sería para Dworkin una característica definitoria de las reglas: si una norma no se comporta así, no sería una regla. La objeción de Hart sería entonces que no existe ninguna regla según esta caracterización, ya que los principios podrían derrotar a las reglas, lo cual sería lo que habría ocurrido en el caso *Riggs v. Palmer* que Dworkin utiliza como ejemplo. Sin embargo, Dworkin considera que el argumento usado por Hart no logra su cometido: la regla de que un testamento es inválido si no ha sido firmado por dos testigos no habría resultado derrotada en *Riggs v. Palmer*, en donde se sostuvo que un asesino no podía heredar según el testamento de su víctima debido a que nadie puede beneficiarse de su propio ilícito, aun cuando el testamento que lo investía como heredero reuniese todas las exigencias formales especificadas en las leyes. Dworkin sostiene que nada en tal decisión habría contradicho la regla de que un testamento es inválido si no ha sido firmado así. Hart podría significar que, antes de *Riggs v. Palmer*, era una regla en Nueva York que un testamento era válido si reunía todos los requisitos formales especificados en la ley, la cual sería una regla diferente. Pero si tal regla existía, ella no habría sobrevivido luego del fallo.

Ningún abogado entrenado de Nueva York pensó, luego de que tal caso fue decidido, que subsistía una regla jurídica estableciendo que un testamento es válido y debe ejecutárselo en sus términos si se reúnen los requisitos especificados en la ley de testamentos al tiempo en que el caso es decidido. Si existió tal regla, ella fue extinguida por la decisión de la Corte de Apelación.¹²⁸

La reconstrucción que ofrece Dworkin de la regla sobre testamentos en disputa en el caso *Riggs v. Palmer* supone atribuir a los requisitos formales el carácter de condiciones necesarias pero no suficientes para la validez de un testamento. Sin embargo, esto resulta enteramente falaz, porque si hubo alguna vez una genuina regla en disputa en el caso, según el sentido que el propio Dworkin acuerda a la expresión 'regla', ella debería especificar todas sus condiciones de aplicación, todas sus excepciones deberían estar contenidas en su enunciación, de manera que una regla dworkiniana no puede sino identificar el conjunto de las condiciones suficientes para el surgimiento de cierta consecuencia normativa. De manera que la regla, así entendida, inevitablemente habría resultado derrotada en el caso.

Pero además, como lo ha señalado Moreso, esta respuesta de Dworkin parece por otra parte sorprendente puesto que una de las razones esgrimidas por el profesor norteamericano para distinguir entre reglas y principios era que una explicación positivista del derecho, que no acomodara a los principios en su seno, conllevaría la aceptación del establecimiento de deberes jurídicos por parte de los jueces *ex post facto*. Pero ahora Dworkin estaría reconociendo que, si alguna vez fue válida una regla que estableciera que si se reúnen todos los requisitos formales exigidos por las leyes de testamentos, el testamento es válido, entonces la Corte de Apelación habría creado nuevos deberes jurídicos, que es justamente lo que afirmaría un positivista partidario de la discreción judicial. Si en cambio esa regla siempre estuvo exceptuada por el

principio, no se habrían creado nuevos deberes jurídicos, pero la regla no habría establecido nunca deberes concluyentes.¹²⁹

Como puede apreciarse, ninguna de estas respuestas de Dworkin resulta convincente para superar la objeción de la posibilidad de conflictos entre reglas y principios. La conclusión de Hart a partir de esta idea, como ya se indicó, es que como los principios podría introducir excepciones en las reglas, la distinción entre reglas y principios no sería más que una cuestión de grado pues todas las normas jurídicas resultarían en cierta medida no concluyentes.

Pero esa conclusión parece en cierta medida paradójica porque en sentido estricto lo que se sigue del argumento considerado no es que la distinción entre reglas y principios sería meramente de grado, sino directamente *que no hay reglas*,¹³⁰ algo que parecería mucho más problemático para el positivismo que la crítica de Dworkin. En efecto, Juan Carlos Bayón ha sostenido que si se admite la coexistencia en el derecho de ciertos principios, si ellos son no concluyentes y si pueden entrar en conflicto con las reglas, todas las normas jurídicas serían derrotables en virtud de consideraciones valorativas. Admitir ciertos principios como parte del derecho sería para el positivismo como abrir la puerta a un caballo de Troya que teñiría de carácter no concluyente a todas las normas del sistema y, por consiguiente, impediría distinguir entre el *derecho que es* y el *derecho que debe ser*, entre el derecho y la moral.¹³¹

Como se ha analizado, sostener que una norma es no concluyente significaría decir que ella está sujeta a excepciones implícitas que *no resultan exhaustivamente enumerables*. Si esto es correcto, una norma semejante solo establecería soluciones para los casos normales, de modo que siempre sería menester evaluar en cada caso de aplicación si concurren o no tales excepciones, de manera que no permitiría determinar una solución concluyente para los casos aparentemente regulados por ella.

Ahora bien, ¿con qué argumentos podría justificarse que pueda haber siquiera alguna norma jurídica sujeta a excepciones no exhaustivamente enumerables? Es obvio que las características de un caso no pueden considerarse relevantes o no en virtud de alguna propiedad natural. Lo serán o no de acuerdo con lo que ciertas normas dispongan. La introducción de una excepción en una norma jurídica depende, pues, de la admisión de otra norma cuya solución normativa se considera que prevalece en el caso. En otras palabras, es preciso admitir la existencia de otra norma y de una preferencia de la solución en ella consagrada sobre la norma originaria. El punto crucial es, pues, sobre la base de qué normas es que podrían introducirse excepciones no taxativamente enumerables en las normas jurídicas.

Considérese el ejemplo de una norma identificable en virtud de su origen social —el texto de un artículo de un código penal, por caso— que sanciona a quien practica un aborto, y junto a ella otra norma que desincrimina el aborto en caso de violación. Podría decirse aquí que la primera norma es derrotable porque su formulación no explicita la excepción para el caso de violación. Pero en este ejemplo parece claro que esa excepción puede identificarse sin dificultad a partir de otra norma igualmente originada en ciertos hechos sociales, al igual que la primera. El derecho positivo es el resultado de un conjunto finito de actos de creación normativa. Por consiguiente, si la tesis de la derrotabilidad se limitara a sostener que las normas jurídicas positivas están sujetas a aquellas excepciones que resultan de lo que otras normas positivas disponen, no podría concluirse que tales excepciones no son taxativamente enumerables ni tampoco objetarse la tesis de las fuentes sociales sobre la base de este argumento.

Para decirlo en otras palabras: o bien las 'normas excepcionantes', esto es, aquellas que permiten justificar excepciones en las normas positivas, son a su vez identificables por su origen social o bien no lo son. En el primer caso no podría decirse que las normas jurídicas se encuentren sujetas a *excepciones no enumerables*, por cuanto bastaría con un examen exhaustivo del derecho positivo para identificar tales excepciones. El problema sería en todo caso epistémico. Solo en el segundo caso podría justificarse que una norma jurídica es no concluyente en el sentido de estar sujeta a excepciones no exhaustivamente enumerables: cuando las normas que permiten introducir tales excepciones no son identificables por poseer una fuente social adecuada.

Pero si las normas excepcionantes no son identificables por su fuente social, de acuerdo con la concepción positivista ellas no integrarían el sistema jurídico y solo podrían cobrar relevancia en el plano de la aplicación de las normas a casos particulares. En otras palabras, examinando las soluciones normativas que se siguen de cualquier sistema jurídico, todas sus normas serían inderrotables. Podrían estar sujetas a excepciones implícitas, pero no a excepciones no exhaustivamente enumerables. Solo al contemplar el problema de su aplicación a casos particulares podría ocurrir que la autoridad encargada de su aplicación introduzca en ellas excepciones no exhaustivamente enumerables sobre la base de consideraciones normativas extrajurídicas. Pero si esto es lo que quiere decirse cuando se sostiene que pueden existir normas jurídicas derrotables, esto resulta enteramente inocuo como crítica al positivismo jurídico. Un positivista podría aceptar esto sin dificultad por cuanto su posición solo lo compromete con una tesis relativa a la *identificación* del derecho. En el sentido indicado, el carácter no enumerable de las excepciones que tornarían no concluyentes a las normas jurídicas se vincularía, no con las normas en sí mismas, sino con su *aplicación* respecto de casos particulares. Los problemas concernientes a la aplicación de las normas no solo son independientes de su identificación, sino que la identificación de una norma constituye un requisito conceptualmente previo a la posibilidad de discutir, por ejemplo, si es moralmente correcto aplicarla.

Analizando las críticas originarias de Dworkin al positivismo jurídico, Jules Coleman sostiene que aquello de lo que debe dar cuenta el positivismo para ofrecer una respuesta al desafío dworkiniano es un hecho, y no una cierta interpretación de ese hecho.¹³² El hecho relevante que debe ser explicado o interpretado es que las normas morales muchas veces aparecen como pautas a las que los jueces apelan para resolver disputas jurídicas. La interpretación de ese hecho que ofrece Dworkin –entre otros autores– es que, cuando los jueces apelan a normas morales, lo hacen porque ellas son obligatorias como derecho, y que son parte del derecho en razón de su valor moral. En otras palabras, porque ellas expresan una dimensión adecuada de justicia o equidad. Coleman sostiene que el positivismo no necesita dar cuenta de ese hecho con la interpretación que Dworkin le atribuye. Lo que debe ofrecer es una explicación, en términos de sus propios compromisos básicos, del simple hecho de que las normas morales efectivamente cumplen un papel importante en la toma de las decisiones judiciales. Y a su juicio el positivismo tiene a su disposición al menos tres diversas explicaciones de ese hecho, ya que puede sostener que los argumentos morales son empleados en el razonamiento jurídico:

- a) como pautas discrecionales;
- b) como pautas vinculantes que no son parte del derecho, o

c) como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de la posesión de una fuente social.¹³³

Siguiendo idéntico criterio, supóngase que aceptamos 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 no solo puede dar cuenta de este hecho sin resentir sus compromisos conceptuales, sino que dispone al menos de las tres diversas explicaciones anteriores para ello. A fin de expresarlo con otra terminología, puede decirse que desde una concepción positivista del derecho, el hecho de que al resolver un caso individual los jueces a veces introduzcan excepciones implícitas en las normas identificables por su origen social sobre la base de lo que resulta de la consideración de normas que no poseían tal origen, puede constituir un supuesto de:

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

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 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 no podría aceptar consistiría en afirmar que cuando un juez introduce frente a un caso individual una excepción en una norma identificable por su origen 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 forma parte del derecho en virtud de sus méritos sustantivos. Esta explicación del problema de la derrotabilidad que el positivismo rechaza parece ser el producto de la siguiente confusión. Como a veces los jueces introducen excepciones en las normas positivas sobre la base de normas no positivas pero que poseen méritos sustantivos relevantes para el caso, y dado que los jueces tienen *prima facie* el deber de fundar sus decisiones en normas jurídicas, esto podría hacer pensar en que entonces tales normas también deberían considerarse parte del derecho porque ello explicaría la razón por la que los jueces han de tomarlas en cuenta. En realidad, si una norma posee méritos sustantivos respecto de un caso, es *por esa razón* por la que un juez ha de tomarla en cuenta, con independencia de si pertenece o no al sistema jurídico.

En consecuencia, el argumento que pretende construirse sobre estas bases como crítica contra la tesis de las fuentes sociales no depende exclusivamente de aceptar que muchas veces al resolver casos individuales es menester considerar excepciones a las normas identificables a partir de hechos sociales, sino de la *premisa adicional* de que las normas que justifican tales excepciones son parte del derecho pese a no poder identificarse a partir de hechos sociales.

El análisis ofrecido permite advertir que, aun cuando se admita que a veces es menester introducir excepciones en las normas positivas sobre la base de normas que no poseen su origen en una fuente social, ello no obliga a aceptar que estas últimas también deban ser consideradas normas jurídicas. Sería preciso en todo caso ofrecer *razones adicionales* para justificar este último aserto. En otras palabras, el argumento de Dworkin presupondría lo que quiere demostrar: se suponía que, sobre la base de la existencia de ciertas normas derrotables en el derecho (los principios) se intentaba justificar la conclusión de que hay normas jurídicas que solo pueden identificarse por su valor sustantivo y, en consecuencia, que no es posible distinguir el derecho de la moral. Pero ahora resulta que para sostener que hay normas derrotables en el derecho, en el sentido fuerte de normas sujetas a excepciones no exhaustivamente enumerables, es preciso presuponer que las normas que permiten justificar esas excepciones son parte del derecho por su valor sustantivo, que era precisamente la conclusión que pretendía justificarse.

19.4. Razonamiento jurídico, reglas procesales y excepciones no enumerables

En una presentación simple de la idea de que las decisiones judiciales, al menos en los casos fáciles, pueden ser reconstruidas como un razonamiento deductivo, MacCormick sostiene que considerar justificada una decisión en un caso fácil consistiría en mostrar que el contenido de la decisión se sigue lógicamente de las normas generales y los hechos del caso.¹³⁴ Esquemáticamente:

- (1) Si p , entonces Oq .
- (2) El caso bajo análisis es un caso p .

Por consiguiente,
(3) En el caso bajo análisis Oq .

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

Esta idea ha sido sin embargo cuestionada por Fernando Atria con el siguiente argumento: dado que de conformidad con el derecho una regla no debe ser aplicada cuando produciría un resultado demasiado injusto respecto del caso, de ello se seguiría que las reglas nunca podrían ser aplicadas por los jueces sin responder a la pregunta acerca de si su aplicación es demasiado injusta. Y como la decisión relativa a si ha de prevalecer la certeza o la justicia para el caso concreto sería una decisión moral, existiría una conexión necesaria entre derecho y moral en el nivel de la aplicación del derecho.¹³⁵ El problema sería entonces que las normas jurídicas no permitirían derivar soluciones para *todos* los casos comprendidos en su supuesto de hecho, sino que solo regularían los casos *normales*, y esto sería algo que el propio MacCormick reconoce.¹³⁶ Pero si se reemplaza (1) por

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

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

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

Esa premisa adicional no sería, según Atria, ni una norma jurídica ni un enunciado fáctico sino un juicio de valor, y esto es lo que pondría de manifiesto que las normas jurídicas nunca podrían ser aplicadas sin efectuar una evaluación moral. Lo que se está presuponiendo aquí es que la norma en juego está sujeta a una cláusula 'a menos que...', tal como lo sostenía Hart,¹³⁷ en la que no pueden listarse todas las excepciones que siguen a los puntos suspensivos. Como puede apreciarse, esta no es más que otra versión de la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas sobre la cual ya hemos dicho suficiente. Sin embargo, supongamos por un momento que fuera correcto que todas o algunas normas jurídicas tienen esta peculiaridad. Si ello fuera así, resultaría insuficiente para justificar su conclusión un razonamiento como:

- (6) Si *p*, a menos que..., *Oq*.
- (2) El caso bajo análisis es un caso *p*.

Por consiguiente,
(3) En el caso bajo análisis, *Oq*.

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

Es interesante observar que MacCormick presenta un argumento que podría servir para restringir los alcances de la observación anterior. Centrando su atención en la pragmática del derecho, sostiene que la solución establecida en las normas jurídicas puede derivarse *por defecto* con respecto a casos particulares, siempre que no se haya *probado* una excepción.¹³⁸ Al respecto, Atria responde que la premisa que consagra esa presunción constituiría un juicio moral, y que esta cuestión pragmática resultaría irrelevante desde un punto de vista lógico en lo que respecta a la posibilidad de reconstruir las decisiones judiciales en términos de un razonamiento deductivo.¹³⁹

Sin embargo, no debería descartarse tan rápidamente una idea como la que sugiere MacCormick. El derecho no solo está compuesto por reglas primarias que determinan los derechos y obligaciones de los ciudadanos sino también por reglas secundarias que, entre otras cosas, imparten directivas a los jueces acerca de cómo deben tomar sus decisiones. Entre tales reglas secundarias se cuentan aquellas que distribuyen entre las partes en una disputa la carga de la prueba de los hechos y las que determinan presunciones de prueba.¹⁴⁰ Sin tales reglas, los jueces se verían en la imposibilidad de determinar una solución para la mayor parte de los casos que se les someten a juzgamiento debido a falencias en la información respecto de los hechos, esto es, lo que Alchourrón y Bulygin llaman 'lagunas de conocimiento'.¹⁴¹

Cuando se toman en consideración los reclamos fundados en las normas jurídicas es preciso analizar el juego recíproco entre reglas primarias y secundarias. Los reclamos de derechos se verían gravemente afectados –si no lisa y llanamente frustrados– si fuera necesario que quien acude a los tribunales para hacer valer sus derechos tuviese que probar la concurrencia de todas las

condiciones positivas y negativas que conjuntamente exigen las normas jurídicas para poder derivar una solución normativa.

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

(1) Si p , entonces Oq

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

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

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

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

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

Toda pretensión jurídica presentada por una parte en un juicio con fundamento en las normas generales de un sistema jurídico puede ser *procesalmente derrotada* si la contraparte alega y prueba que se ha verificado una excepción que también encuentra apoyo en una norma jurídica.¹⁴² Podría decirse que una persona tiene un caso *prima facie* contra otro en una situación semejante: cuando la prueba en su favor es suficientemente fuerte como para obligar al otro a comparecer a juicio.

De modo similar, al referirse a la carga de la prueba en los procesos civiles, Schauer sostiene que mientras el actor debe probar cada uno de los extremos de un caso de acuerdo con el estándar de prueba preponderante, el demandado triunfará si logra probar un único extremo de conformidad con dicho estándar.¹⁴³ Y al explicar el funcionamiento de las presunciones, expresa que cuando se sostiene que se presume que los testamentos han sido válidamente confeccionados, esto implica que la parte que reclame que ha existido fraude, coacción o falta de capacidad del testador, etc., deberá demostrar que cualquiera de estos factores derrotantes se ha producido, y si no lo hace, el juez deberá aceptar la validez del testamento aun cuando la parte que lo quiere hacer valer no haya probado nada en absoluto.¹⁴⁴

Este sentido procesal de derrotabilidad, que contrasta con el sentido sustantivo que hemos venido considerando, según el cual una norma es derrotable cuando sus excepciones no pueden enumerarse, constituye una característica distintiva de los sistemas jurídicos, derivada de las herramientas específicamente previstas en el sistema para hacer frente a la toma de decisiones en contextos de incertidumbre.¹⁴⁵ Lamentablemente, muchas veces esto no se ha distinguido con claridad de otros sentidos en los que se habla de derrotabilidad, especialmente los que se vinculan con la identificación de las excepciones de las normas jurídicas.¹⁴⁶

Aquí es importante advertir, como lo han puntualizado distintos autores, que la distinción entre condiciones positivas y condiciones negativas de una norma, más que una distinción entre *p* y *no q*, es una distinción entre *p* y *no se ha probado que q*. Como es obvio, *no q* podría ser igualmente reemplazada, mediante una mera manipulación sintáctica, por una nueva proposición *r*, de modo que la regla 'Si *p* y *no q*' se transformaría en 'Si *p* y *r*'. Sin embargo, esto no puede hacerse con *no se ha probado que q*.¹⁴⁷

La cuestión reviste interés, en primer lugar, porque permite apreciar que al menos en un considerable número de casos, lo que permite al juez excluir respecto de un caso que ha de resolver la concurrencia de excepciones son las *reglas jurídicas* relativas a la prueba de los hechos. En otras palabras, en contra de lo que sostiene Atria, muchas veces la 'premisa adicional' que permite derivar una solución para el caso particular a partir de la norma general no consiste en un juicio de valor relativo a que la exigencia de certeza debe prevalecer en tal caso sobre la exigencia de adecuación, sino en una regla jurídica secundaria relativa a la prueba de los hechos.

Pero lo más interesante es que esta interacción entre reglas primarias y secundarias también permite salvar la dificultad apuntada antes respecto de la imposibilidad de derivar una solución para un caso particular a partir de una norma, si es que aceptamos que ella puede ser derrotable en el sentido de que las excepciones que limitan su campo de aplicación no resultan taxativamente enumerables *ex ante*. Ello debido a que las reglas procedimentales del tipo comentado funcionan incluso aunque no sean conocidas todas las excepciones. Tendríamos entonces un sistema como el siguiente:

(10) Si *x* prueba *p*, e *y* no prueba *r*, s o ..., entonces *Oq*

(11) Si *y* prueba *r*, s o ..., entonces $\sim Oq$

De acuerdo con esta reconstrucción, si en un caso particular *x* prueba *p*, e *y* no prueba la concurrencia de ninguna excepción, incluso aunque se parta del supuesto de que tales excepciones son abiertas, esto es, que no puede determinarse por anticipado cuáles son, el juez podrá inferir una solución concluyente para el caso si es que existe una regla secundaria que pone en cabeza del demandado justificar la concurrencia en el caso de una excepción. La presunción no es aquí un juicio de valor, sino que está consagrada en una regla jurídica secundaria.

Desde luego, en (11) no puede leerse la cláusula abierta como si dijera que si *y* prueba *q*, *r*, o *cualquier otra cosa*, el juez deberá rechazar la demanda. Lo que *y* debe probar es una *excepción*, de modo que deberá demostrar que aquello que se encuentra incluido en la cláusula abierta es una condición relevante para derivar una solución normativa incompatible con relación a la regla anterior.

En un proceso judicial el actor tratará de probar aquellos hechos operativos, condicionantes de la solución normativa que pretende que el juez respalde, que las reglas secundarias del sistema han puesto a su cargo, y la otra parte o bien ni siquiera aducirá la existencia de una excepción o defensa, o si lo hace deberá justificar que ella se funda en otra norma que especifica una solución incompatible y que es preferida por el sistema a la anterior para los casos de conflicto. Con independencia de que en el caso en cuestión el demandado hubiera podido aducir otras circunstancias como excepciones, e incluso con independencia de que el conjunto de las excepciones sea abierto, el juez podrá inferir una solución concluyente para el caso, dado que las cuestiones a decidir habrán quedado limitadas a aquellas que han sido propuestas y probadas (o no probadas) por las partes.

De este modo, las reglas secundarias que distribuyen entre las partes la carga de la prueba y aquellas que determinan presunciones probatorias operan como mecanismos institucionales orientados a paliar las limitaciones de información con relación a los hechos del caso y, al propio tiempo, solucionan el problema de la derrotabilidad sustantiva, si es que se considera que puede haber normas jurídicas derrotables en este último sentido.

20. Justificación jurídica y justificación moral

20.1. Sobre la conexión justificatoria entre derecho y moral

¿Cuál es el papel que cumplen las valoraciones morales en la toma de las decisiones judiciales? ¿Alcanza para considerar como justificada una decisión judicial con que el juez derive la solución del caso que se le somete a juzgamiento de las normas generales que integran el sistema jurídico en cuyo marco desempeña sus funciones, o se requiere, además, que el contenido de su decisión resulte justo de conformidad con cierto sistema moral?

Como paso previo a considerar la incidencia de las valoraciones morales en la justificación de las decisiones judiciales es preciso detenerse en un argumento desarrollado por Carlos Nino, quien sostiene no simplemente que la justificación jurídica debe adecuarse a ciertas pautas de corrección moral, sino directamente que el razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral.¹⁴⁸ Como él mismo lo expresa:

En otros escritos he tratado de explicar exhaustivamente lo que considero es una proposición tan crucial para comprender el fenómeno jurídico que la he considerado 'el teorema fundamental de la filosofía del derecho'. La proposición afirma que las normas legales no constituyen por sí mismas razones operativas para justificar acciones y decisiones, como las de los jueces, a menos que sean concebidas como derivando de juicios morales...¹⁴⁹

Según Nino, la estructura de un razonamiento judicial bajo un derecho rudimentario podría esquematizarse del siguiente modo:

1) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar. 2) El legislador L ha sido elegido democráticamente. 3) L ha dictado una norma jurídica que estipula 'el que mata a otro debe ser penado'. 4) Debe pensarse a quienes matan a otro. 5) Juan mató a alguien. 6) Se debe penar a Juan.¹⁵⁰

A partir de esta reconstrucción, Nino intenta fundamentar su tesis de que toda justificación jurídica es en última instancia una justificación moral del siguiente modo. La premisa 1) no sería una norma jurídica, sino un juicio valorativo o moral en sentido amplio, por lo que reuniría sus características distintivas, las cuales, según Nino, son la autonomía, la generalidad, la universalidad y la integración. El último rasgo haría que este juicio moral –al igual que los que se derivan de él, como lo sería la conclusión– tuviese solo carácter *prima facie*, pues podría haber otros juicios morales fundados en principios de mayor jerarquía que prevalecieran sobre él.

En la premisa 3) se mencionaría una norma jurídica, la que constituiría para Nino una razón auxiliar que se podría identificar con un acto lingüístico o con un conjunto de símbolos, y que en otros casos podría consistir en una práctica social (una costumbre). La conclusión del razonamiento –el juicio 6)– sería de la misma índole que el juicio que constituye la razón operativa: un juicio moral en sentido amplio, que derivaría de un juicio moral general –la premisa 1)– y de la descripción de la existencia de una norma jurídica –la premisa 3). Nino llama a este tipo de enunciados ‘juicios de adhesión normativa’, puesto que expresarían la adhesión moral a una norma jurídica. Dado que tales enunciados serían los juicios jurídicos justificatorios por excelencia, se confirmaría la conclusión de que las proposiciones jurídicas prácticas serían una especie de juicios morales, distinguibles de otros juicios morales porque para su derivación sería relevante cierta fuente fáctica y por tener solo carácter *prima facie*.

La premisa 4) sería una conclusión intermedia, un juicio de adhesión normativa como 6), ya que se trataría de un juicio moral derivado de un principio de esa misma índole y de una proposición normativa. Si ese juicio apareciera como premisa mayor, es decir, como razón operativa, la conducta subsiguiente del juez no implicaría observar lo que un legislador ha dispuesto por el hecho de haberlo establecido él, sino que simplemente habría una coincidencia entre su conducta y el contenido de esa estipulación, quizás por compartir sus razones subyacentes. Según Nino, si el juez tomase como razón última de su decisión que debe penarse a los que matan, no estaría observando una norma jurídica, pues esa razón tendría los caracteres de autonomía, generalidad, universalidad, superveniencia e integración, necesarios para ser una razón operativa y, por su carácter final, se trataría de una razón moral. El razonamiento del juez no sería un razonamiento práctico jurídico sino un razonamiento moral ordinario. En cambio, si el juez asumiera que debe penarse a los que matan porque el legislador así lo ha establecido, ello implicaría que concibe dicho juicio como una conclusión intermedia a partir de un juicio fáctico y de un principio moral, es decir, como un juicio de adhesión normativa. De ello se inferiría que para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones del juez para tomarla en cuenta en su decisión deberían ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla. El juez desarrollaría un razonamiento jurídico en la medida en que no razonara como el legislador.¹⁵¹

De acuerdo con la postura de Nino, entonces, para considerar justificada una decisión judicial sería lógicamente necesario remontarse a normas morales, ya que solo las normas morales constituirían normas genuinas. El hecho de que un legislador formule un enunciado como ‘Los que matan deben ser sancionados’ no podría tomarse como premisa para justificar la conclusión de un razonamiento judicial, precisamente por tratarse de un hecho. Y de los hechos, de conformidad con el principio de Hume, no podrían derivarse conclusiones normativas.¹⁵² La premisa normativa del razonamiento judicial estaría dada por una norma moral que establecería el deber *prima facie* de obedecer al legislador, y las ‘normas jurídicas’ serían solo razones auxiliares en el razonamiento judicial.

Sobre esta idea cabe formular varias reflexiones. En primer lugar, debe advertirse que Nino reserva el calificativo de 'norma' exclusivamente para referirse a las normas morales. Las normas jurídicas no podrían constituir la justificación última de la decisión de un juez simplemente porque ellas no constituirían genuinas normas. Desde luego, aunque este sentido de la expresión 'norma', presupuesto en el razonamiento de Nino, parece sumamente restrictivo, nada obsta a que cada quien formule las estipulaciones conceptuales que le plazca. Lo que no parece admisible es que se pretenda impugnar una reconstrucción simple y elegante como la que ofrece la que podríamos calificar como teoría deductivista clásica de las decisiones judiciales sobre la base de un simple truco verbal.

De todas maneras, hay un problema más serio en esta idea de Nino, porque sobre estas bases atribuye a la teoría deductivista clásica el incurrir en la falacia denunciada por Hume, esto es, el pretender derivar una conclusión normativa a partir de premisas puramente descriptivas:

Una norma legal o una ley pueden concebirse como una práctica social (Hart), o como un acto lingüístico (Austin), o como un texto —en la forma en que los juristas asumen que las mismas normas pueden tener distintas interpretaciones ... bajo estos conceptos, las normas jurídicas o las leyes son eventos o entidades fácticos, y ni los hechos ni sus descripciones permiten justificar un acto o una decisión, puesto que de ellos no puede derivarse un juicio normativo que sea el contenido de la decisión o la volición que determina la acción.¹⁵³

Sin embargo, el único que está incurriendo aquí en una falacia (de equivocidad) es el propio Nino, porque por una parte se niega a calificar como normas a las prescripciones dictadas por un legislador o a las normas jurídicas consuetudinarias. Pero, al propio tiempo, estima que el contenido de una decisión judicial, que no es sino una prescripción emanada de un órgano al que ciertas normas de competencia confieren autoridad para hacerlo, al igual que en el caso del legislador, sí expresa una norma. Pablo Navarro ha puntualizado esto con notable claridad:

La respuesta más simple a la pregunta acerca de la naturaleza *normativa* de las normas jurídicas se construye en dos etapas. Por una parte, los criterios utilizados para determinar que la parte dispositiva de una decisión judicial es una norma tiene que ser el mismo que aquel que se utiliza para acreditar la naturaleza normativa de la premisa justificatoria. Al menos, si se pretende evitar una conclusión falaz es necesario que no se altere el significado de uno los términos claves del razonamiento ... Una vez que se admite la naturaleza prescriptiva de las normas jurídicas, también hay que admitir que no existe violación del principio de Hume cuando se ejemplifica el razonamiento jurídico justificatorio mediante el esquema defendido por la concepción simple. Si un juez formula una norma en la parte dispositiva de su sentencia, es suficiente para evitar la falacia denunciada por la concepción compleja que la justificación de esa norma individual sea otra norma general. Si las normas jurídicas formuladas por el legislador son tan normas como las normas individuales de los jueces, entonces no hay 'salto lógico' alguno en la justificación jurídica.¹⁵⁴

En segundo lugar, es correcto que el hecho de que el legislador haya formulado una norma no puede tomarse como premisa normativa del razonamiento judicial, por cuanto solamente a partir de un hecho no es posible derivar consecuencias normativas. Pero, ¿qué ha de concluirse de ello?

Para Nino, que la identificación de la premisa normativa del razonamiento judicial obliga a remontarse a la norma que impone el deber de obedecer al legislador. Esta norma podría, a su vez, ser una norma formulada por otra autoridad, pero en tal caso también habría que retrotraerse a la norma que confiere competencia a dicha autoridad. Esta regresión necesariamente remitiría en última instancia a alguna norma cuya aceptación no dependa de su formulación por parte de una autoridad.¹⁵⁵ Una norma de tales características, que se acepta en virtud de su contenido, sería una norma moral.

Es decir que llega el momento en que es necesario aceptar la proposición de que a una determinada autoridad o práctica social debe ser obedecida, no por el origen de la formulación de la proposición sino por sus méritos intrínsecos. Pero un juicio normativo que es aceptado no por razones de autoridad sino por razones relativas a sus méritos o a la validez de su contenido, es precisamente un juicio moral...¹⁵⁶

Es indudable que el juez no puede justificar su decisión simplemente a partir de la constatación de que el legislador ha dictado una norma. El juez debe *usar* esa norma para decidir el caso y no limitarse a *mencionarla*, alegando que ha sido dictada por el legislador. Pero entonces, si como se dijo el aceptar que los jueces dictan genuinas normas individuales obliga a aceptar que también los legisladores dictan genuinas normas generales, el razonamiento judicial no requiere retrotraerse más allá de la premisa 4) en la reconstrucción de Nino ('Debe pensarse a quienes matan a otro'), la cual expresa el contenido de una norma jurídica general, siendo completamente innecesarias las restantes premisas. Podríamos, por supuesto, preguntarle al juez por qué razones acepta la norma que ha usado como fundamento de su decisión, y puede ser que su respuesta remita en última instancia a razones morales. También podríamos preguntarle al juez por qué razones cree, si es que lo cree, que la suma de los ángulos interiores de un triángulo es de ciento ochenta grados, y la respuesta probablemente remitirá a razones geométricas. Pero ni esas preguntas ni sus respuestas forman parte de una sentencia judicial ni se requieren para justificar su conclusión.

En tercer lugar, como se dijo, según Nino si el juez usa directamente una norma por lo que ella dispone, si la acepta en virtud de su contenido, entonces *'no se estaría observando una norma jurídica'* sino una norma moral. Pero esto es inaceptable pues refleja una confusión que ha sido claramente señalada por Cristina Redondo: atribuirle carácter moral a la premisa normativa del razonamiento judicial implica no advertir la asimetría que media entre el carácter del contenido normativo aceptado y las razones por las que se lo acepta.¹⁵⁷

Sostener que los jueces siempre aceptan las normas jurídicas en virtud de razones morales resulta problemático. Si esa tesis se interpreta como una proposición descriptiva, ella es empíricamente falsa: los jueces pueden aceptar las normas jurídicas que aplican por muy diversas razones. El único modo de interpretarla con algún sentido es atribuirle carácter normativo: no es que de hecho los jueces siempre acepten las normas jurídicas porque creen que lo que ellas exigen está moralmente justificado, sino que se considera que así *debería ser*.¹⁵⁸ Pero incluso si fuese cierto que los jueces aceptan las normas jurídicas en virtud de la creencia en su corrección moral, ello no tiene ninguna aptitud mágica para convertir a las normas jurídicas en normas morales.¹⁵⁹

Por otra parte, si el juez usa la norma 'como norma jurídica', esto es, la utiliza como base para su razonamiento porque el legislador así lo dispuso, según Nino estaría presuponiendo el deber moral *prima facie* de obedecer al legislador. Para poder usar una norma, sería necesario previamente

identificarla y para identificar una norma, según parece creer Nino, se requiere necesariamente de la aceptación previa de otra norma.

Este punto resulta igualmente controvertible. Nino sostiene que la fuerza obligatoria de las normas jurídicas no puede en última instancia ser establecida por las mismas normas jurídicas, ya que ello no permitiría predicar fuerza obligatoria de las normas jurídicas de mayor jerarquía del sistema. A su vez, si tales normas jurídicas carecieran de fuerza obligatoria, ellas no podrían transmitírsela a las demás.¹⁶⁰ De ello concluye Nino que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales. Como no habría razón para aceptar que una constitución sea obligatoria por definición, su obligatoriedad debería fundarse en normas no jurídicas. Las normas morales constituirían el fundamento de obligatoriedad de las normas jurídicas, poseyendo ellas mismas validez normativa (obligatoriedad) absoluta y autoevidente.

Más allá de lo que ya hemos expuesto detenidamente en el módulo II sobre esta idea, podría rápidamente replicarse a ella que, si desde el punto de vista de la obligatoriedad no se acepta que existan normas jurídicas últimas, esto es, normas jurídicas cuya obligatoriedad no dependa de otras normas, ¿por qué razón habría de admitirse la existencia de normas morales últimas en lugar de seguir hasta el infinito la cadena de justificación? Y si se está dispuesto a aceptar que hay normas últimas, absolutas y autoevidentes –para Nino, las normas morales– ¿por qué no cortar la cadena de justificación en las normas jurídicas soberanas, interpretando que ellas constituyen el último eslabón de la justificación *jurídica* de las restantes normas del sistema, con independencia de que su justificación pueda, a su vez, evaluarse desde otros marcos normativos como la moral?

Supóngase no obstante que existen razones últimas y que se las califica como razones morales. Aun así, el uso por parte del juez de una norma ‘como norma jurídica’ no presupone la aceptación del deber de obedecer a la autoridad que la dictó, sino en todo caso la aceptación o uso de un *criterio conceptual* que permita identificar esa norma como norma jurídica, un criterio como el que brinda la regla de reconocimiento para la identificación de las normas que integran un sistema jurídico. Los sistemas jurídicos imponen sobre los jueces el deber de justificar sus decisiones en las normas jurídicas generales. De manera que, en un sentido débil justificación, según el cual una conclusión se estima justificada si se sigue lógicamente de ciertas premisas, la decisión que el juez adopte frente a un caso estará justificada si ella se deriva de las normas generales del sistema jurídico de referencia, identificadas a partir del uso de ciertos criterios conceptuales y, en este sentido, la reconstrucción que efectúa Nino deviene innecesaria.

Se podría preguntar, por cierto, acerca del fundamento de ese deber de los jueces de justificar sus decisiones en las normas del sistema. La respuesta a esa pregunta remitirá en última instancia a una norma no jurídica; para simplificar, a una norma moral. Claro que no tendría sentido una norma moral que impusiera un deber absoluto de aplicar las normas de cierto sistema jurídico, ya que tales normas podrían estar en conflicto con lo dispuesto por otras normas morales. Recuérdese que Nino atribuye carácter *prima facie* al deber impuesto por la norma moral que constituiría la premisa normativa del juez. Con esto se intenta dar cuenta del problema del derecho injusto. Ahora bien, si la obligación moral de resolver un caso de acuerdo con las normas jurídicas es una obligación *prima facie* y ella es la que justifica la conclusión del razonamiento judicial, esa conclusión también tendría carácter *prima facie*, como el propio Nino lo reconoce expresamente. Pero esto parece inadmisibles: el juez no puede hacer lugar o rechazar una demanda *prima facie*, ni puede condenar o absolver *prima facie*. Debe hacerlo de manera concluyente.

La conclusión del razonamiento judicial no puede ser un deber *prima facie*, sino un juicio normativo considerando todas las cosas, al menos todas aquellas que puedan considerarse dentro de las limitaciones impuestas por las reglas secundarias que regulan la prueba de los hechos. Pero entonces la reconstrucción que ofrece Nino tampoco constituye una presentación adecuada de la exigencia de justificación fuerte según la cual una conclusión está justificada si se sigue lógicamente de premisas correctas, dado que su argumento no alcanza para considerar justificada en este sentido a la conclusión del razonamiento judicial. A lo sumo podría considerarse que se trata de una reconstrucción del deber *prima facie* que tiene el juez de aplicar al caso la solución que se deriva de las normas jurídicas. Esa solución será la que deba asignar al caso siempre y cuando no exista un deber moral de mayor peso que le imponga una solución distinta. El carácter justificado o no de una decisión en este sentido fuerte dependerá entonces de la 'corrección' de la premisa normativa, y es esta la cuestión que habrá que evaluar ahora.

20.2. Corrección material y posturas metaéticas

Como se ha señalado, cuando se habla de 'decisión judicial justificada' en ocasiones parece hacerse referencia a algo más que una simple derivación deductiva a partir de ciertas premisas. Para que una decisión se considere justificada en sentido fuerte sería además necesario que su contenido pudiera derivarse de premisas adecuadas a ciertos parámetros de 'corrección'. En lo que respecta a la premisa normativa del razonamiento judicial, esa corrección podría examinarse desde un punto de vista exclusivamente jurídico, pero también desde una perspectiva externa al propio derecho, esto es, desde un punto de vista moral. Siendo ello así, el examen del problema de la corrección de la premisa normativa del razonamiento judicial nos obliga a detenernos, al menos someramente, en el análisis del discurso moral.

Entre los estudios dedicados al discurso moral es preciso diferenciar tres distintos niveles de análisis: el de la *ética descriptiva*, el de la *ética normativa* y el de la *metaética*. Ocurre que cuando se discute sobre problemas morales como, por ejemplo, ¿está justificada la eutanasia?, o ¿constituye un deber moral el abstenerse de comer carne?, hay al menos tres diferentes tipos de cuestiones sobre las que puede reflexionarse: cuestiones descriptivas relativas a qué es lo que cada una de las partes en la controversia sostiene; cuestiones normativas acerca de cuál de las partes en la discusión tiene la razón y por qué, y cuestiones de segundo orden acerca de qué es lo que están haciendo las partes cuando discuten sobre problemas morales. Las primeras constituyen el objeto de la *ética descriptiva*, las segundas corresponden a la *ética normativa*, en tanto que las terceras conforman el dominio de la *metaética*.¹⁶¹

La *ética descriptiva* estudia las convicciones, actitudes y prácticas morales sostenidas de hecho en un cierto tiempo y lugar, ya sea por una persona o por un determinado grupo social. Por tal motivo, también se la denomina *ética sociológica*, dado que podría considerársela como un acápito de la sociología. No intenta justificar posturas morales ni tampoco evaluar críticamente las prácticas y convicciones que estudia, sino solamente informar sobre ellas desde el punto de vista de un observador externo no comprometido.¹⁶²

La *ética normativa*, por su parte, es la rama central de la filosofía moral y constituye una reflexión sustantiva acerca cuál es la solución que corresponde dar a un problema moral. Quien se sitúa en este plano asume el rol de un participante en la controversia moral, adopta el punto de vista

interno respecto de un cierto sistema moral, e intenta determinar qué principios morales pueden justificarse desde esa óptica, qué es moralmente bueno o correcto y porqué. Una teoría de ética normativa es un intento de justificar un conjunto coherente de principios o normas morales.

Cabe remarcar que en ética normativa no solo se discute acerca de qué es lo moralmente bueno o correcto sino, además, porqué lo es. Por ello, las diferentes teorías de ética normativa pueden clasificarse de acuerdo con la respuesta que se ofrezca a esto último. Así, por poner algunos ejemplos, un *utilitarista de actos* sostendría que lo que hace moralmente buena a una acción es que ella contribuye a la mayor felicidad del mayor número de personas; un *utilitarista de reglas*, en cambio, sostendría que lo que hace moralmente buena a una acción es que ella es requerida por una regla cuya observancia general contribuye a la mayor felicidad del mayor número de personas; un *kantiano*, por su parte, diría que lo que hace moralmente correcta a una acción es que la negativa universal a llevarla a cabo generaría cierta clase de inconsistencia.¹⁶³

En cuanto a la metaética, que es lo que aquí nos concierne, ella como se dijo consiste en una reflexión de segundo grado acerca de la ética normativa. Se trata del nivel de máxima abstracción de los estudios sobre el discurso moral y se ocupa de cuestiones semánticas, ontológicas, epistémicas, lógicas, fenomenológicas y psicológicas en torno a la moral. Entre ellas es posible mencionar las siguientes: a) *cuestiones semánticas*, tales como si la función del discurso moral consiste en afirmar hechos o posee en realidad una función diferente; b) *cuestiones ontológicas*, tales como si existen hechos o propiedades morales y, en caso afirmativo, como serían tales hechos o propiedades; c) *cuestiones epistémicas*, tales como si existe el conocimiento moral y, en caso afirmativo, cómo podemos saber si los juicios morales son verdaderos o falsos; d) *cuestiones lógicas*, tales como si pueden verificarse relaciones lógicas entre los juicios morales; e) *cuestiones fenomenológicas*, tales como de qué manera se representan las cualidades morales en la experiencia de quienes formulan juicios morales, y f) *cuestiones psicológicas*, tales como cuál es la conexión, si es que existe alguna, entre formular un juicio moral y estar motivado para hacer lo que él prescribe.

Sobre la base de las diferentes respuestas que se ofrezcan a preguntas como esas –cuya enumeración por cierto no pretende ser exhaustiva– es posible clasificar las posturas metaéticas.¹⁶⁴ Simplificando un mapa bastante más complejo, una primera división que puede establecerse es entre las posiciones *cognoscitivistas* y las *no cognoscitivistas*. Si alguien sostiene que la pena de muerte es injusta ¿qué tipo de estado psicológico está expresando? Los teóricos *cognoscitivistas* sostendrían que los juicios morales expresan *creencias* de los individuos, las cuales pueden resultar verdaderas o falsas. Los *no cognoscitivistas*, en cambio, consideran que los juicios morales expresan estados no cognoscitivos, como las preferencias, las emociones o los deseos, los que no son susceptibles de verdad o falsedad. Cabe aclarar que si bien puede ser verdadera o falsa la afirmación de que María desea ir al cine, de eso no se sigue en absoluto que el deseo de María sea en sí mismo verdadero o falso.

Los *cognoscitivistas* sostienen que los juicios morales describen o informan sobre algo relativamente independiente de nosotros, algo que podemos conocer, mientras que los *no cognoscitivistas* niegan tal cosa puesto que estiman que los juicios morales carecerían de contenido cognoscitivo. Un punto en el que la diferencia entre la adopción de una postura *cognoscitivistista* y una *no cognoscitivistista* se pone particularmente de manifiesto es en el diverso modo en que se explican los desacuerdos morales. En el caso del *cognoscitivismo*, una disputa moral con posiciones enfrentadas reflejaría un desacuerdo en nuestras creencias, por lo que en

ciertos casos esas discrepancias podrían ser superadas mediando información adicional que permita determinar quién tiene razón y quién se equivoca. Por contraste, para el no cognoscitivismos en una disputa moral no habría una parte que está en lo correcto y otra que se equivoca: ella no reflejaría un desacuerdo de creencias sino de actitudes distintas entre las partes involucradas.

Dentro del cognoscitivismos pueden diferenciarse posturas más fuertes y otras más débiles. Aunque todas concuerdan en que los juicios morales son susceptibles de ser evaluados como verdaderos o falsos, el cognoscitivismos fuerte sostiene, en tanto que el cognoscitivismos débil rechaza, que su verdad o falsedad se determine en función del conocimiento de hechos o propiedades morales. Dentro del cognoscitivismos fuerte es posible, a su vez, distinguir posturas *naturalistas* y *no naturalistas*. Para los naturalistas, lo que determina la verdad o falsedad de los juicios morales es un hecho natural, esto es, aquello que constituye el objeto de estudio de las ciencias naturales o la psicología.¹⁶⁵ Un ejemplo de postura naturalista sería el utilitarismo que, en términos generales, sostiene que lo que hace moralmente buena a una acción es su contribución a la mayor felicidad del mayor número de personas.

Dentro de las posiciones cognoscitivistas naturalistas, algunos teóricos, como Nicholas Sturgeon o David Brink, sostienen que las propiedades morales se identifican con propiedades naturales irreducibles.¹⁶⁶ Otros, en cambio, como Richard Brand o Peter Railton, consideran que las propiedades morales, si bien no se identifican con propiedades naturales, son reducibles a ellas.¹⁶⁷ Dado que tanto unos como otros consideran que los hechos y propiedades morales realmente existen, y que su existencia es independiente de las opiniones humanas, ambas posiciones puede calificarse como *realistas morales*.

También dentro del realismo encontramos posturas no naturalistas, de acuerdo con las cuales las propiedades morales no se reputan idénticas ni tampoco reducibles a propiedades naturales, porque ninguna propiedad natural podría captar enteramente un significado normativo. Por ejemplo, G.E. Moore considera que las propiedades morales son propiedades no naturales, simples e inanalizables.¹⁶⁸ Versiones más recientes de esta concepción realista se encuentran en las obras de John McDowell y David Wiggins.¹⁶⁹

Existen también posiciones cognoscitivistas que rechazan el realismo moral, como es el caso de John Mackie.¹⁷⁰ Para Mackie, los juicios morales son susceptibles de verdad o falsedad y, si fueran verdaderos, nos darían acceso a hechos morales. Sin embargo, los juicios morales son de hecho siempre falsos porque no existen hechos o propiedades morales que los hagan verdaderos. Carecemos de una explicación epistémica adecuada de cómo podríamos acceder al conocimiento de tales hechos o propiedades, y si existieran, tendrían un carácter ontológicamente muy extraño, puesto que deberían ser tales que su mera aprehensión por parte de un agente resultase suficiente como para motivarlo a actuar. La conclusión de Mackie es que el discurso moral importaría incurrir en un error radical.

El cognoscitivismos débil, por su parte, si bien admite que los juicios morales son susceptibles de verdad o falsedad, rechaza que su verdad o falsedad sea el resultado de nuestro conocimiento de hechos o propiedades morales independientes de nosotros. Por eso, estas posturas también rechazan el realismo moral, no porque estimen que no hay hechos o propiedades morales, sino porque consideran que no son independientes de nuestras opiniones. Aquí podría encuadrarse el pensamiento de Crispin Wright, quien sostiene que nuestros mejores juicios morales determinan la

extensión de los predicados morales, en lugar de basarse en una facultad que nos permita acceder al conocimiento de algo independiente de nosotros.¹⁷¹

En el campo no cognoscitivistista se postulan diferentes candidatos para ocupar el lugar de las creencias de las posturas cognoscitivististas. Una primera alternativa es el *emotivismo*, defendido por autores como Alfred Ayer y Charles Stevenson.¹⁷² Ayer consideraba que los juicios morales expresaban emociones o sentimientos de aprobación y desaprobación. De modo bastante similar, para Stevenson el significado de los juicios morales sería complejo, ya que además de un cierto contenido descriptivo tendrían también un *significado emotivo*, es decir, expresarían y provocarían actitudes de aprobación y desaprobación. Un juicio moral del tipo 'La pena de muerte es injusta' significaría algo parecido a 'Yo desapruébo la pena de muerte; ¡desapruébala tú también!'

Una segunda alternativa está dada por el *prescriptivismo*, defendido por Richard Hare, para quien un juicio moral como 'La pena de muerte es injusta' significaría básicamente 'No se debe penar con la muerte'.¹⁷³ Más específicamente, Hare sostenía que los juicios morales expresan implícitamente imperativos o prescripciones, pero además que esas prescripciones comprometían a extenderlas a todos los que se encontraran en similares circunstancias, de modo que interpreta a los juicios morales como prescripciones *universalizables*.

Una tercera alternativa está representada por el *cuasi-realismo* sostenido por Simon Blackburn. De acuerdo con Blackburn, los juicios morales expresarían fundamentalmente disposiciones a formar sentimientos de aprobación o desaprobación.¹⁷⁴ Con su propuesta Blackburn intenta superar algunas de las objeciones que se dirigieran contra el emotivismo, según el cual las propiedades evaluativas serían proyecciones de nuestros sentimientos, e intenta explicar la razón por la cual el discurso moral tiene el aspecto que tiene, su naturaleza aparentemente realista, esto es, el modo en que pensamos que podemos estar equivocados sobre nuestros juicios morales.

Más recientemente, Allan Gibbard ha sostenido una postura *expresivista-normativa* de acuerdo con la cual los juicios morales expresarían básicamente la aceptación de normas.¹⁷⁵ A diferencia de los cognoscitivististas, Gibbard considera que juzgar a algo como racional implicaría aceptarlo, y a diferencia de los no cognoscitivististas tradicionales, sostiene que los juicios morales no expresarían sentimientos sino juicios acerca de qué sentimientos morales sería racional adoptar. Reputar a un acto como moralmente incorrecto equivaldría, para Gibbard, a considerar que el sentimiento de culpa por parte de quien lo llevó a cabo, y el enojo de quien lo presencié, resultarían reacciones adecuadas.

Las posturas no cognoscitivististas poseen en general la virtud de contar con un argumento muy fuerte contra sus oponentes cognoscitivististas, al que podríamos calificar como el *argumento de la psicología moral*,¹⁷⁶ al que Michael Smith ha calificado como *el problema moral*:¹⁷⁷ para estar motivados a actuar tenemos que contar con una creencia y un deseo; pero si un agente juzga cierta acción como moralmente correcta, esto parecería implicar que está motivado a llevar a cabo esa acción. Por ello, si los juicios morales expresaran creencias, esas creencias deberían estar necesariamente conectadas con deseos correspondientes que expliquen la motivación para la acción. Pero si, tal como lo sostenía Hume, '*los deseos y las creencias son existencias distintas*',¹⁷⁸ los juicios morales no podrían expresar creencias.

Simplificando un poco más esta ya breve reseña, podríamos decir que frente al problema de la posibilidad de juzgar la corrección o incorrección de la premisa normativa del razonamiento

judicial, las posturas no-cognoscitivistas sostendrían que esa cuestión no podría dirimirse racionalmente, esto es, que no sería posible justificar que el contenido de la premisa normativa del razonamiento judicial y, consiguientemente, de su conclusión, sea mejor, más correcta o justa que otra alternativa de una manera objetiva. Las posturas cognoscitivistas, en cambio, considerarían que sería posible una respuesta objetiva a esa pregunta, la cual sería independiente de la cuestión de si los usuarios del derecho son capaces de verificarla.¹⁷⁹

Las teorías de la argumentación jurídica han sostenido que solo aquellas premisas que puedan considerarse 'sustantivamente correctas' justifican. Tales teorías admiten que las formulaciones jurídicas expresan normas en sentido práctico (como razones para la acción) y pueden justificar formalmente decisiones. Pero como la justificación que les interesa es la que garantiza la adecuación del contenido justificado, los razonamientos jurídicos deberían complementarse o corregirse con la consideración de normas morales.¹⁸⁰ Así, los teóricos de la argumentación coincidirían en intentar justificar la existencia de una conexión necesaria entre la justificación jurídica y la justificación moral sobre la base del denominado 'principio de unidad del razonamiento práctico'. Según Cristina Redondo, esta exigencia de unidad del razonamiento práctico podría ser interpretada en varios sentidos distintos:

a) Como tesis de ética descriptiva respecto de cierto grupo social, se trataría de un rasgo contingente respecto de tal grupo que no permitiría dirigir objeción alguna contra quien postulara la existencia de distintos marcos justificatorios.

b) Como tesis de ética descriptiva respecto del razonamiento subjetivo de un cierto agente, se limitaría a sostener que una misma persona no podría desdoblarse su propia jerarquía de preferencias. En este sentido, la moral solo sería un parámetro unificador del razonamiento del agente siempre y cuando se la vacíe de contenido, atribuyéndosele tal carácter a cualquier principio que ocupe el rango más alto dentro de la escala de preferencias aceptadas por el agente.

c) Como propuesta metaética en un sentido débil: la condición que debería satisfacer toda concepción de ética normativa sería el requisito de la unidad sistemática. En este nivel se postularía que dentro de una determinada teoría ética se podría dirimir en forma unívoca la corrección de un razonamiento. Sin embargo, esta posición no excluye la posibilidad de que exista más de una concepción normativa. De manera que la posibilidad de múltiples marcos evaluativos abriría igualmente la puerta al fraccionamiento.

d) Como propuesta metaética en sentido fuerte: se afirmarían la existencia de un único conjunto de principios últimos dentro del cual no habría pautas incompatibles que tengan el mismo rango o sean incomparables. Este sería el punto de vista del objetivismo radical. No obstante, aun suponiendo la existencia de un único conjunto correcto de criterios de validez de argumentos prácticos, las limitaciones epistémicas para identificar ese conjunto conducirían al fraccionamiento.

De todo esto Redondo concluye que de ninguna de estas nociones se seguiría que para dar una justificación fuerte el juez deba remontarse a una moral ideal. En efecto, si la noción de unidad se interpreta en el sentido débil, esto es, que la justificación jurídica presupone ciertas premisas últimas que por esa única característica se llaman 'morales', la afirmación es vacua. Si se interpreta en sentido fuerte, aun admitiendo una única moral crítica o ideal, los diversos intentos de identificarla provocarían el fraccionamiento.

Pese a esto, Redondo sostiene que el rechazo del principio de unidad no cierra toda posibilidad de evaluar 'objetivamente' una justificación en sentido fuerte. Esto sería posible siempre y cuando exista un acuerdo respecto de una determinada teoría normativa:

El rechazo del esencialismo, y con él, el del principio de unidad, no clausura la posibilidad de diseñar teorías normativas, i.e. teorías sobre las razones sustantivas para la acción, que permitan resolver conflictos prácticos. Solo el acuerdo respecto de una determinada teoría permitiría brindar o criticar 'objetivamente' una justificación sustantiva y, en su caso, exigir su cumplimiento.¹⁸¹

En realidad, esta no parece una salida satisfactoria al problema que plantea la inviabilidad del principio de unidad. La objetividad dentro de una determinada teoría normativa estaría sujeta a dos importantes límites: por una parte, solo podría hablarse de objetividad dentro de un cierto sistema moral, lo que de por sí no significaría mucho habida cuenta de que pueden concebirse innumerables sistemas morales rivales. Pero, además, la objetividad dentro del sistema estaría limitada a los valores o normas derivables de los principios básicos del sistema de referencia, no al sistema en su conjunto.¹⁸² Con estas salvedades, se podría no obstante hablar de evaluación objetiva a partir del acuerdo en un conjunto determinado de principios morales muy elementales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando se hace referencia a la posibilidad de un acuerdo en torno a principios morales muy generales, suelen asumirse ciertos presupuestos que deberían examinarse más detenidamente.

Joseph Raz ha sostenido que en la fundamentación de sus decisiones, cuando los jueces apelan a normas o valores morales, parecen querer persuadirnos de que los valores a los que adhieren no expresan meramente sus puntos de vista personales, sino que representan el consenso general. Esta retórica sería para Raz inofensiva si se la tomara como tal, pero una interpretación literal solo sería posible si se estuviera dispuesto a aceptar que los jueces suscriben dos mitos que considera realmente peligrosos:

Uno es el mito de que existe un cuerpo considerable de valores morales específicos compartidos por la población de un país grande y moderno. El mito de la moralidad común ha hecho en gran medida posible la opresión de las minorías. También permite a los jueces defender un punto de vista parcial enmascarados como esclavos del consenso general. El segundo mito consiste en que los valores más generales proveen bases suficientes para derivar conclusiones prácticas. Este mito sostiene que, como todos compartimos un deseo general de prosperidad, progreso, cultura, justicia, etc., todos queremos precisamente las mismas cosas y sostenemos exactamente los mismos ideales, y que todas nuestras diferencias resultan de desacuerdos sobre hechos relativos a las políticas más eficientes para asegurar los objetivos comunes. De hecho, muchos de los desacuerdos sobre objetivos más específicos y sobre valores menos generales son genuinos desacuerdos morales, que no pueden resolverse apelando a las formulaciones valorativas más generales que todos compartimos, ya que ellas admiten interpretaciones diferentes por parte de personas distintas.¹⁸³

Esto parece oponer un serio obstáculo a la propuesta de un objetivismo moderado como el considerado por Redondo. El objetivismo moderado solo permitiría hablar de justificación fuerte si se presupone un acuerdo en los principios morales de base. Sin embargo, y desgraciadamente, la posibilidad de un acuerdo moral y la eficacia de sus resultados se presentan como dos aspiraciones

por lo menos en tensión.¹⁸⁴ Un acuerdo sobre principios morales muy elementales resultaría ineficaz desde el punto de vista práctico, con lo cual no serviría para fundar la justificación fuerte de las decisiones judiciales. De ello parecería seguirse que solo podría obviarse esta objeción apelando a alguna forma de objetivismo radical, esto es, a la idea de que la 'corrección' o 'verdad' moral es identificable de modo independiente de las convicciones morales de los individuos.

Sin embargo, como veremos a continuación, esta discusión está mal planteada: para considerar justificada en sentido fuerte una decisión judicial, esto es, para evaluar la corrección de la premisa normativa del razonamiento judicial, no se requiere asumir ninguna forma de objetivismo, ni fuerte ni débil. De hecho, asumir una postura moral objetivista es algo enteramente irrelevante en lo que respecta a la justificación de las decisiones judiciales.

20.3. La irrelevancia práctica del objetivismo moral

En una reseña de sus principales tesis acerca del razonamiento judicial y la argumentación jurídica, Manuel Atienza sostiene entre otras cosas que:

La noción de buena motivación (o de motivación sin más) implica que existen criterios objetivos para evaluar los argumentos judiciales de tipo justificativo. ¿Pero se trata de criterios puramente formales o tienen también un alcance sustantivo? ¿Suponen alguna referencia a la moral y, en particular, la asunción de un objetivismo moral mínimo? ¿Son esos criterios suficientes para sustentar la tesis de la única respuesta correcta en alguna de sus versiones? Una respuesta positiva a esas cuestiones es condición necesaria para tomarse la motivación judicial en serio y presupone una concepción no positivista del Derecho.¹⁸⁵

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

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

¿Puede el proyectivista tomar en serio cosas tales como obligaciones, deberes, la 'severa hija de la voz de Dios'? ¿Cómo puede hacerlo si niega que tales cosas representen exigencias externas, independientes y dotadas de autoridad? ¿Debe tener en cierto sentido una actitud esquizoide hacia sus propias convicciones morales –sostenerlas, pero al mismo tiempo sostener que son infundadas?¹⁸⁶

Para decirlo en otros términos, el rechazo del objetivismo moral importaría que todos los sistemas morales serían igualmente válidos, es decir, que cada sistema moral sería tan bueno como

cualquier otro,¹⁸⁷ lo cual impediría a un escéptico poder ofrecer argumentos morales seriamente. ¿Es correcta esta conclusión?

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

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

Para la paradoja de la inanidad del objetivismo, también si, en hipótesis, se probase la existencia de la única moral verdadera, esto no tendría un efecto dirimente sobre las controversias morales. Objetivista: 'He aquí los preceptos de la única moral verdadera. Dicen: 'no admitirás la interrupción de los tratamientos terapéuticos vitales, ni siquiera en el caso de que fuese solicitada por el paciente capaz de entender y querer''. No objetivista: 'Por descontado. ¿Pero por qué yo debería hacer eso? Con todo el respeto, sobre este asunto pienso diferente. Y del resto, estarán de acuerdo, la presencia ('existencia') de cadenas montañosas no obliga moralmente a convertirse en avezados escaladores, la presencia de los abismos oceánicos no obliga moralmente a convertirse en expertos buceadores, ni, por acudir a nosotros, la presencia de un aparato digestivo no obliga moralmente a convertirse en *maîtres à manger*. El objetivismo genuino –podría añadir una voz neófita– es el fruto paradigmático de un colapso mental, favorecido por un escaso dominio del lenguaje, generado y reforzado por planteamientos psicológicos bien conocidos: *horror vacui, metus libertatis, cupiditas servitutis...*¹⁸⁸

Como podrá advertirse, el punto está íntimamente conectado con el ya comentado *problema moral* de Michael Smith.¹⁸⁹ hablar de objetividad moral parece sugerir que hay hechos morales

completamente determinados por las circunstancias y que nuestros juicios morales expresan *creencias* acerca de cuáles son esos hechos. Esto permitiría dar sentido a los desacuerdos morales, puesto que hace posible explicar de un modo simple sobre qué estamos discutiendo cuando discutimos sobre cuestiones morales. No obstante, la idea de que los juicios morales expresan creencias deja completamente sin explicación cómo o por qué la posesión de ciertas convicciones morales podría tener un vínculo especial con nuestras motivaciones para actuar, porque las meras creencias no motivan la conducta.¹⁹⁰

Jeremy Waldron ha señalado, con criterio concordante, que los objetivistas parecen experimentar un cierto pánico frente a las consecuencias que seguirían de adoptar una posición escéptica en metaética, y acusan a los escépticos de no tomar en serio a la moral.¹⁹¹ Sin embargo, advierte acertadamente que ‘tomar en serio’ nuestros juicios morales podría significar dos cosas distintas. En primer lugar, podría significar estar dispuesto a actuar de acuerdo con ellos, estar motivado por ellos, asignarles un papel importante en nuestras vidas y nuestras acciones, y hacer realmente lo que uno considera que es lo correcto, incluso cuando nos vemos tentados a hacer algo diferente. En segundo lugar, podría significar no estar dispuesto a abandonar en los debates y en la argumentación nuestras afirmaciones morales, aferrarse a los propios juicios morales, negarse a aceptar la posibilidad de modificar nuestros puntos de vista.

Waldron sostiene que lo que los objetivistas parecen tener en mente es este segundo sentido de ‘tomarse en serio’ los juicios morales. Si los juicios morales describen o informan sobre una realidad objetiva, entonces quien se considere un observador fiable debería atenerse a su descripción y rehusarse a adoptar una posición distinta dado que ella seguramente será menos fiel a la realidad. No obstante, esto resulta incompatible con una defensa del objetivismo sobre bases no realistas, puesto que no es conciliable con el carácter argumentativo del discurso moral, y el consiguiente compromiso a revisar las propias convicciones morales con fundamento en mejores argumentos. Podría, en cambio, ser compatible con una defensa del objetivismo sobre bases realistas, pero en este último caso sigue resultando necesario resaltar que la existencia de hechos que hagan objetivamente verdaderos o falsos los juicios morales no constituye todavía fundamento válido como para no estar dispuesto a modificar *nuestras creencias* sobre ellos con fundamento en mejores argumentos.

En cualquier caso, Waldron observa que lo verdaderamente atractivo no es ‘tomar en serio’ los juicios morales en este sentido de rigidez y dogmatismo discursivo, sino en el primer sentido antes indicado, esto es, admiramos a quien está dispuesto a *actuar* de acuerdo con sus convicciones morales. Una característica de los juicios morales que muchos autores han remarcado consiste precisamente en que su adopción sincera conlleva un compromiso a la acción. Pero ahora ocurre paradójicamente que quienes están en mejor posición para dar cuenta de este rasgo de los juicios morales no son los objetivistas sino, por el contrario, los escépticos. Si se estima que los juicios morales no informan o describen nada, sino que expresan emociones, sentimientos, preferencias, prescripciones u otras actitudes proposicionales con dirección de ajuste de la realidad al lenguaje y no a la inversa, entonces se dispone de una explicación simple y clara de porqué ellos nos motivan a actuar. Para el objetivismo, en cambio, representa un desafío muy difícil el tratar de explicar esta disposición a la acción que presentan los juicios morales, lo cual ha sido utilizado por autores como Mackie para delinear un argumento en su contra.¹⁹²

El mismo Mackie presenta otro argumento significativo contra el objetivismo, centrado en los desacuerdos de hecho existentes entre la gente sobre cuestiones éticas, lo cual es difícil de

conciliar con la idea de que los juicios morales captan verdades objetivas.¹⁹³ Desde luego, del hecho de que existan desacuerdos en materia moral no se sigue que el escepticismo sea verdadero, ni sirve para demostrar que no existan hechos que determinen la verdad de nuestros juicios morales. Pero como bien lo resalta Waldron, la existencia de desacuerdos permanece como una dificultad acuciante para el realismo, en tanto este no logre establecer una conexión entre la idea de verdades morales objetivas y la existencia de procedimientos para resolver los desacuerdos. No se trata de señalar que no existe un método en la ética que concite el asentimiento general, dado que tampoco en la ciencia se cuenta con una metodología semejante. Pero la diferencia relevante es que al menos en cada paradigma científico dominante existe una metodología reconocida en sentido amplio por la mayoría de los científicos, quienes consideran a ese reconocimiento como independiente de los desacuerdos científicos que subsisten entre ellos.¹⁹⁴ En la ética no hay nada comparable, sino que, como vimos en el punto precedente, las diferentes posiciones en ética normativa discrepan no solo sobre qué es lo moralmente bueno o correcto sino, además, sobre qué es lo que cuenta como una justificación adecuada de ello.

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

Los jueces están sujetos a las consecuencias psicológicas debilitantes del escepticismo en la misma medida que el resto de nosotros. Su papel institucional puede incluso intensificar sus efectos, puesto que los jueces deben no solo hacer juicios de valor, sino también imponérselos a otras personas. Si nuestra tarea cotidiana consiste en imponer valores sobre otros, pensar que ellos son solo nuestros propios valores personales sin dudas vuelve más duro nuestro trabajo.¹⁹⁵

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

Puesto que, en cualquier caso, hay desacuerdo moral, y puesto que no estamos de acuerdo, ni siquiera en principio, con ningún procedimiento para resolver esos desacuerdos, un juez a quien se le asigna la tarea de hacer juicios morales debe decir 'Yo creo' y 'Por supuesto, esa es solo es mi opinión', incluso aunque el realismo sea cierto. Si presta atención al hecho de que no es la única persona en la sociedad con una opinión formada sobre el tema al que se refiere, seguramente será consciente de que hay algo de arbitrariedad en que prevalezca su opinión, sea o no realista.¹⁹⁶

Me parece que aquí puede apreciarse la parte de razón que lleva Dworkin cuando sostiene que el objetivista, al afirmar cosas tales como ‘La esclavitud es *objetivamente* injusta’ no haría sino formular una afirmación moral interna por medio de la cual se remarcaría la proposición ‘La esclavitud es injusta’, es decir, solo se utilizaría el lenguaje de la objetividad para darles a los juicios morales mayor énfasis.¹⁹⁷ Como hemos visto ya, la crítica que sobre tales bases Dworkin pretende dirigir contra el escepticismo (al que califica como *externo*) y, en términos generales, a la distinción entre el plano de la metaética y el de la ética normativa, resulta inviable puesto que concede al escéptico todo lo que este necesita (que el objetivista en realidad no puede defender seriamente la tesis de que existen hechos o cualidades morales que determinan la verdad o falsedad de nuestros juicios morales) y además resulta autorefutatoria (niega la posibilidad de hablar desde fuera de la moral hablando desde fuera de la moral).¹⁹⁸

No obstante, el punto de partida de la argumentación de Dworkin es parcialmente correcto. Contrariamente a lo que piensa Dworkin, tiene perfecto sentido defender el objetivismo como tesis metaética según la cual habría pautas objetivas de corrección en nuestro discurso moral. Pero *en el marco de una discusión de ética normativa*, si un objetivista dice ‘La esclavitud es *objetivamente* injusta’, su calificación no podría entenderse sino como una mera indicación de énfasis. Del mismo modo, en el marco de una discusión de ética normativa no es posible situarse por fuera de la moral para tratar de apoyar tesis morales sustantivas. La única forma de respaldar nuestros juicios morales es con razones morales sustantivas, no con consideraciones metaéticas.

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

20.4. Racionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales

Se ha señalado oportunamente que resulta problemático hablar de ‘racionalidad en el derecho’ en general, sin tomar en cuenta las peculiares finalidades perseguidas por sus diferentes operadores, y que las exigencias de racionalidad respecto de la labor de jueces y juristas son mucho más fuertes que las que cabe formular a los restantes participantes del discurso jurídico. En lo que respecta a los jueces, como hemos visto los deberes que les imponen la mayoría de los sistemas jurídicos pueden condensarse, según Alchourrón y Bulygin, en los principios de *inexcusabilidad*, *justificación* y *legalidad*.¹⁹⁹ De acuerdo con el primero, los jueces deben resolver todos los casos que se les sometan a decisión. Por cierto, eso no significa que un juez no puede resultar incompetente para entender en un cierto caso o tener razones para excusarse de juzgarlo, pero como la competencia del conjunto de los jueces es exhaustiva, si un caso no puede o debe ser resuelto por cierto juez, otro deberá hacerlo. El principio de justificación, por su parte, establece que las resoluciones de los jueces deben ser fundadas, es decir, el juez debe hacer explícitas las razones que apoyan el contenido de su decisión. Finalmente, el principio de legalidad exige que las resoluciones judiciales se funden en razones de una clase especial: debe tratarse de normas jurídicas. Los jueces no

pueden apelar a fuentes extranormativas, salvo en aquellos casos en los que el propio derecho así lo autoriza. Este principio impone una restricción en la elección de los fundamentos, limitando el ámbito de los enunciados que pueden figurar como fundamentos aceptables.

En la intelección de Alchourrón y Bulygin, el primer principio se fundaría en la consideración práctica de que si el derecho ha de ser un instrumento eficaz para el mantenimiento del orden social, debe proveer los medios necesarios para resolver todos los conflictos de intereses que surjan en el seno del grupo social de que se trate. El segundo expresaría el imperativo de que las decisiones judiciales estén justificadas por normas generales. Por ello, ambas exigencias no representarían ninguna ideología política especial, sino que se trataría de principios puramente racionales. El tercero, en cambio, tendría un fundamento ideológico: el positivismo jurídico, doctrina acerca de las fuentes del derecho que solo admitiría como tales a las normas identificables a partir de ciertos hechos sociales.²⁰⁰

Pese a que parecen conformar exigencias sensatas y no demasiado fuertes, el conjunto de estos tres principios presupone que los jueces están en condiciones de encontrar siempre en el sistema jurídico la fundamentación normativa para solucionar cualquier caso que se les someta a juzgamiento, lo cual supone asumir la verdad del postulado de la completitud del derecho. En efecto, si un juez se encuentra con una laguna normativa, dado que le está prohibido abstenerse de juzgar ¿cómo hará para cumplir con la obligación de fundar su decisión en derecho? Lo único que podría hacer en tal caso es modificar el sistema jurídico llenando la laguna y luego fundar su decisión en el sistema así modificado. Pero para ello debería estar autorizado para modificar el derecho, algo que está reñido con la idea corriente de que los jueces han de limitarse a aplicar normas preexistentes. Si en cambio el juez no está habilitado para modificar el sistema, el problema no tiene solución: si resuelve el caso individual sin solucionar el caso genérico, su decisión no respetará la exigencia de justificación. Si resuelve el caso genérico, como no está habilitado a modificar el sistema su decisión no respetará el principio de legalidad. Y si se abstiene de resolver el caso, violará el principio de inexcusabilidad. De tal modo, las tres exigencias se revelan incompatibles entre sí frente a un caso como el analizado.²⁰¹

En realidad, la diferencia que postulan Alchourrón y Bulygin entre los principios de inexcusabilidad y de justificación, que serían exigencias puramente racionales, y el principio de legalidad, que tendría un fundamento ideológico, no parece fácil de justificar. Es que, en primer lugar, no puede suponerse la existencia de un límite claro que separe a los principios *racionales* de los *ideológicos*. Todo principio de racionalidad se asienta en alguna medida sobre fundamentos ideológicos y todo principio ideológico resulta en alguna medida racional, si se acepta cierta concepción de la realidad. En este contexto, el concepto de racionalidad utilizado por Alchourrón y Bulygin expresa una adecuación de medios a fines, esto es, se trata de una noción teleológica de racionalidad. Esto es así ya que, para los citados autores, será ‘puramente racional’ exigir a los jueces el cumplimiento del principio de inexcusabilidad siempre y cuando se acepte que la finalidad del derecho es la de facilitar la convivencia social, pues entonces el derecho debería proveer los medios para resolver todas las controversias que se susciten en el grupo. Igualmente, será ‘puramente racional’ el principio de justificación si se admite que una decisión que no se funda en una norma general es arbitraria. Lo que aquí se presupone es que si no se expresan cuáles son los criterios que van a emplearse para la resolución de las controversias que surjan en el seno del grupo, no sería posible para los súbditos evitar su surgimiento. Los sistemas jurídicos deberían adecuarse a ambas finalidades, pero ninguna de ellas es definitoria de lo que ha de entenderse por ‘sistema jurídico’. La existencia de sistemas que se aparten de dichos fines, en los cuales ni el principio de

inexcusabilidad ni el principio de justificación resultarían exigencias ‘puramente racionales’, parece, aunque ideológicamente repudiable, perfectamente concebible.

Donde las mencionadas finalidades deben necesariamente estar presentes es en aquellos sistemas jurídicos enmarcados en la concepción ideológica del *Estado de Derecho*. Y ello aun cuando se asuma una caracterización muy restringida de tal ideología que la circunscriba a la imposición de un principio meramente instrumental: que las decisiones jurídicas particulares deben ser guiadas por normas generales relativamente estables.²⁰² Pero, ¿hasta qué punto no sería también ‘puramente racional’ en un Estado de Derecho así concebido el principio de legalidad, si se acepta que para que una decisión judicial no sea arbitraria, se requiere que no se funde en una norma general que no existía antes de la cuestión que se somete a juzgamiento y, en consecuencia, que las normas generales en que se fundan las decisiones judiciales deben haber sido de alguna manera explicitadas previamente?

Resumiendo, solo puede hablarse de racionalidad como adecuación de medios a fines desde un cierto marco ideológico que especifique qué fines son considerados admisibles. Al evaluar en este sentido la racionalidad en la labor jurisdiccional, y partiendo de la base de la doctrina del Estado de Derecho, resultan tan racionales los principios de inexcusabilidad y justificación como el principio de legalidad.

En un Estado de Derecho, cuando el sistema jurídico posea defectos lógicos como lagunas o contradicciones, tal como manifiestan Alchourrón y Bulygin, los jueces no podrán cumplir con todas estas exigencias de racionalidad. Es que desde esta concepción, con el dictado de normas generales se busca garantizar un mínimo de orden y seguridad para los justiciables, por lo cual resulta entendible que se establezcan sobre los jueces obligaciones como las que han sido especificadas arriba. Sin embargo, cuando aparece un caso para el cual no existe una norma general en el sistema que determine la solución correspondiente, los jueces tratarán de no apartarse de la exigencia de inexcusabilidad, buscando igualmente una decisión derivable del sistema. El problema es que en tal caso no habrá modo de justificar la decisión en normas generales identificables, salvo que el sistema se modifique.

¿Cómo reaccionan los jueces cuando deben operar con sistemas jurídicos defectuosos, situación que parece constituir la regla y no simplemente una excepción? Se utilizan habitualmente en el discurso jurídico diversas estrategias para intentar salvar las deficiencias de los sistemas, presentando las modificaciones introducidas sin que ellas se vean como lo que realmente son. Los jueces no están en principio habilitados para alterar las normas generales de los sistemas jurídicos, por lo que deberían buscar vías para la solución de problemas tales como las lagunas o las contradicciones sin modificarlos, lo que los obliga a utilizar recursos que de manera encubierta operan modificaciones en los sistemas jurídicos para corregir tales deficiencias.

De tales estrategias, la utilización de esquemas de razonamiento como los argumentos *a fortiori*, *a pari* o *a contrario*, ya examinados en el módulo precedente, es la que aquí interesa particularmente, dado que a partir de ella se podría intentar dar apoyo a la idea de que el razonamiento jurídico reviste particularidades que lo distinguen de otros marcos discursivos. El punto en cuestión podría formularse del siguiente modo: el hecho de que muchas veces los jueces se valgan de razonamientos como estos, que resultan inválidos desde el punto de vista lógico, constituiría una evidencia de que las pautas de la lógica no servirían para efectuar una reconstrucción satisfactoria de ellos. Los teóricos de la argumentación jurídica han puesto énfasis

en remarcar que la lógica constituye una herramienta insuficiente para el análisis de los razonamientos que se emplean en el derecho, ya que algunos de ellos podrían ser calificados como ‘buenos’ o ‘correctos’ no obstante su invalidez lógica. Esta misma idea se presenta a veces como la necesidad de reemplazar en el derecho, para la evaluación de sus argumentaciones, a la noción de *racionalidad* por la de *razonabilidad*.²⁰³ La segunda no se reduciría a una pauta meramente formal como la primera sino que, por el contrario, permitiría justificar o validar conclusiones desde el punto de vista material, en función de su conformidad con ciertos valores.

Al respecto parece importante señalar lo siguiente: puede que se interprete que la corrección formal no basta para considerar justificada la conclusión del razonamiento judicial, exigiéndose además su conformidad material con cierto sistema de valores. Esta pretensión es perfectamente legítima, pero aun cuando la correlación deductiva entre las premisas y la conclusión no se considere condición suficiente, siempre será una condición necesaria, pues seguramente no se reputaría justificada a la conclusión de un razonamiento en el discurso jurídico si ella fuese manifiestamente incoherente con las premisas escogidas. La lógica opera así como una *exigencia mínima de racionalidad*.

Respecto de la idea de que existen de razonamientos jurídicos calificables como ‘buenos’, ‘correctos’ o ‘admisibles’ no obstante su invalidez lógica, si con esto pretende expresarse que siempre resulta preferible una conclusión justa, de conformidad con cierto sistema de valores –aun cuando para llegar a ella se haya empleado un esquema de razonamiento inválido– a una conclusión injusta derivada deductivamente de las premisas que se hubieren escogido del sistema, el planteo también es perfectamente plausible. Pero resulta en un todo incompatible con la concepción ideológica del Estado de Derecho, interpretada en su versión más débil como el respeto al principio de que las decisiones jurídicas particulares deben justificarse en normas generales y relativamente estables, preexistentes a la decisión. El riesgo que corre quien efectúa la opción antes comentada es que, validando esquemas argumentativos lógicamente inválidos, está abriendo una enorme puerta a la arbitrariedad, y a que tanto las soluciones que él considere justas como aquellas que repute totalmente injustas puedan tener cabida, con independencia de lo que el sistema jurídico diga. Es en esta concepción ideológica que subyace al Estado de Derecho donde puede hallarse la mejor justificación de la aplicación del análisis lógico para la evaluación de las argumentaciones en el derecho.

En este sentido, además de constituir un poderoso marco teórico, la lógica reporta ventajas prácticas en su utilización como criterio de adecuación negativa del razonamiento jurídico, a fin de evitar los peligros de la arbitrariedad. Esto al menos en lo que respecta a la labor de los jueces, pues como ya se expresó, hablar de racionalidad en el derecho sin efectuar ninguna precisión parece altamente confuso.

NOTAS AL MÓDULO IV

¹ *R (Nicklinson y Lamb) v. Ministry of Justice, R (AM) v. Director of Public Prosecutions* [2014] UKSC 38 (25 de junio de 2014).

² Recuérdese lo que se dijo al respecto en el módulo I (fundamentalmente en el punto 1.2).

³ De acuerdo con la conocida distinción de Anscombe comentada en el módulo I (cf. Anscombe 1957: 56).

⁴ Cf. Redondo 2005: 32.

⁵ Cf. Woods 1972: 189.

⁶ Cf. Raz 1975: 15-17.

⁷ Cf. Smith 1994: 94-96.

⁸ Cf. Smith 1994: 133 y siguientes.

⁹ Cf. von Wright 1983a: 1-34.

¹⁰ Un examen del problema general del seguimiento de reglas se ofrece, como hemos visto, en Wittgenstein 1953, párrafos 199 y siguientes. Para la reconstrucción escéptica de las ideas de Wittgenstein, véase Kripke 1982.

¹¹ Cf. Schauer 1991: 25-33.

¹² Cf. Nino 1984: 370.

¹³ Cf. Raz 1986: 48.

¹⁴ Cf., por todos, Bayón 1991a: 602-605.

¹⁵ Para un reciente análisis de esta paradoja, véase Martí 2006: 135-153.

¹⁶ Véase sobre este punto Rodríguez 2006, donde se efectúa un examen más amplio de las similitudes y diferencias entre las paradojas aquí comentadas y otras, como la paradoja de Sen del liberal paretiano.

¹⁷ Cf. Raz 1975: 35-48 y 73-84.

¹⁸ Cf. Raz 1989: 1156-7.

¹⁹ Cf. Schauer 1991: 89-91. Aunque esta objeción de Schauer parece certera, que la propia concepción de Schauer constituya una alternativa superadora respecto de la de Raz es algo que resulta controvertible. Véase al respecto Orunesu y Rodríguez 2004: 28 y siguientes.

²⁰ Cf. Raz 1975: 178-180.

²¹ Cf. von Wright 1963a: 9-11. Véase lo expuesto al respecto en el módulo I (puntos 1.2 y 1.4).

²² Cf. Schauer 1991: 3-5.

²³ Cf. Bayón 1991b: 25-66.

²⁴ Cf. Nino 1989b: 111-135. Nino, no obstante, no cuestiona tales presupuestos y propone una salida a la paradoja a través de la idea de la justificación epistémica, cuya consideración crítica no es posible siquiera esbozar aquí.

²⁵ Cf. Waldron 1999: 210-216.

²⁶ Cf. Redondo 2005.

²⁷ Cf. Moreso 2004.

²⁸ Cf. Dancy 1993: 65.

²⁹ Cf. Bayón 2001.

³⁰ Véase la interesante polémica plasmada en Moreso 2002 y Celano 2002.

³¹ Cf. Hare 1963:10 y siguientes.

³² Cf. Geach 1972: 1-13.

³³ Hare sostiene que un modo simple de descartar el particularismo consistiría en sostener que no puede haber nada sobre una acción que la haga incorrecta, o sobre una persona que la convierta en mala, excepto esas características que son especificables en términos universales. Cualquier característica que no pudiera ser especificada de este modo tendría que consistir en algún tipo de esencia individual, solo describible diciendo 'esta persona' o 'este acto', y permaneciendo callado a partir de entonces. Pero eso no sería describir un acto o una persona en absoluto. La única forma de describir una persona o un acto es mediante la atribución de propiedades universales (cf. Hare 1997: 108). Por otra parte, en Davidson 1963: 105-148 se demuestra que la forma lógica de los enunciados relativos a acciones requiere siempre de cuantificadores universales.

³⁴ Cf. Bulygin 1966.

³⁵ Recuérdese la reconstrucción del realismo jurídico presentada en el módulo III (punto 11.3).

³⁶ Con unas pocas variaciones seguimos en esta reconstrucción básicamente a Alchourrón y Bulygin 1989.

³⁷ Ross 1958: 41.

³⁸ Cf. Bulygin 1963.

³⁹ Cf. Bulygin 1963 y 1966.

⁴⁰ Cf. McCormick 1992.

⁴¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1989.

⁴² Cf. Alchourrón y Bulygin 1989. Como luego veremos, se ha objetado contra esto que ‘...la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica pues ... los argumentos jurídicos pueden ser estudiados también desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien desde una perspectiva no formal que a veces se denomina ‘lógica material’ o ‘lógica informal’, y otras veces ‘tópica’, ‘retórica’, ‘dialéctica’, etc.’ (Atienza 1991: 46; en el mismo sentido, Atienza 2013: 20-21). Es obvio que las decisiones judiciales, así como cualquier ‘argumentación jurídica’ –la de los abogados en sus escritos o alegatos, la de los juristas en sus textos, etc.– puede ser estudiada desde muchas perspectivas distintas. Pero eso de ningún modo puede ser considerado como un obstáculo para emprender un análisis formal de los razonamientos jurídicos. Lo contrario resultaría en el absurdo de considerar que un fenómeno complejo, susceptible de distintos planos de análisis, hace imposible su estudio desde cualquiera de ellos con carácter independiente.

⁴³ Cf. Wróblewski 1971 y 1974.

⁴⁴ Cf. Atienza 1991: 45-46.

⁴⁵ Sobre las supuestas limitaciones de la lógica deductiva porque no ‘produciría nuevo conocimiento’ y porque no reflejaría ‘cómo de hecho argumentamos en el derecho y en la vida cotidiana’, véase Atienza 2013: 174. Más adelante volveremos sobre el punto. Baste aquí con señalar que pretender que la lógica genere nuevo conocimiento o describa cómo de hecho se razona es no haber comprendido de qué se ocupa esta disciplina.

⁴⁶ Cf. Redondo 1996: 218.

⁴⁷ En Sartor 1995 se sostiene que la lógica formal y la teoría de la argumentación han estado desarrollándose en forma separada, en un estado de mutua incomprensión, si no lisa y llanamente en abierto conflicto. Por una parte, los estudiosos que siguen un enfoque lógico han dado prioridad a la búsqueda de corrección, control y certeza del razonamiento jurídico y, en consecuencia, han subrayado la falta de rigor y determinación de las teorías de la argumentación. Por la otra, los teóricos de la argumentación han remarcado aspectos tales como el conflicto de opiniones, la evaluación de alternativas y la elección racional y, en consecuencia, han condenado a la lógica simbólica por su incapacidad para dar cuenta de estos aspectos fundamentales del razonamiento moral y jurídico.

⁴⁸ Cf. Redondo 1996: 219-221.

⁴⁹ Cf. Atienza 1991: 36-39.

⁵⁰ Atienza 1991: 24.

⁵¹ Así, por ejemplo, Atienza 2013: 21.

⁵² Atienza 1991: 32.

⁵³ Cf. Dworkin 1977: 47-48. Estas ideas de Dworkin, aquí muy superficialmente presentadas, serán ampliadas en lo que sigue.

⁵⁴ Cf. Aarnio 1987: 23 y siguientes.

⁵⁵ Lo que ocurre en verdad es que Aarnio brinda tal caracterización en el marco de su análisis de la actividad de la dogmática, por lo cual no toma en cuenta los problemas concernientes a la premisa fáctica.

⁵⁶ Cf. Atienza 1991: 45-46.

⁵⁷ Cf. McCormick 1978: 53 y siguientes.

⁵⁸ Sobre el concepto de ‘casos fáciles’, véase Schauer 1985.

⁵⁹ Véase lo que se dijo al respecto en el módulo II (punto 8.2).

⁶⁰ Cf. Redondo 1996: 220.

⁶¹ Cf. Navarro 1993.

⁶² Siguiendo a Carrió 1987: 22-42.

⁶³ Moreso 1997: 142-143.

⁶⁴ Kelsen 1945: 316.

⁶⁵ Cf. Atienza 1991: 45-46; Redondo 1996: 238.

⁶⁶ Cf. Navarro y Rodríguez 2014: 3-8.

⁶⁷ Véase el módulo I (punto 3).

⁶⁸ Cf. Caracciolo 2013.

⁶⁹ Para una crítica a esta idea sobre la base de puntualizar una ambigüedad en la noción de ‘hecho’, véase Navarro 2014.

⁷⁰ Planteado en Bulygin 1985. Con relación a sus implicancias respecto de la aplicabilidad el ejemplo se discute, por ejemplo, en Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar 2004.

⁷¹ Véase el módulo II (punto 7.2).

⁷² Munzer 1973.

⁷³ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 58.

⁷⁴ Cf. Caracciolo 2013.

⁷⁵ Sobre el significado de ‘está probado que p’, véase Ferrer Beltrán 2005.

⁷⁶ Kelsen 1945: 161.

⁷⁷ Cf. Caracciolo 2013. Allí no obstante se señala que esta estrategia también sería paradójica porque los actos de elección y las normas elegidas por los jueces no serían independientes, puesto tales acciones se definirían como la producción de esos resultados, motivo por el cual no podrían ser evaluados con criterios independientes.

-
- ⁷⁸ Dworkin 1977: 84.
- ⁷⁹ Cf. Dworkin 1977: 83-86.
- ⁸⁰ Cf. Hart 1961: 176-183.
- ⁸¹ Cf. Dworkin 1977: 87.
- ⁸² Cf. Dworkin 1977: 72 y siguientes. Para esta sintética reconstrucción del pensamiento de Dworkin se ha seguido a Carrió 1986: 221-223.
- ⁸³ Cf. Caracciolo 1988: 13.
- ⁸⁴ Cf. Nino 1985: 145-173.
- ⁸⁵ Nino cita por ejemplo a Carrió 1986 y Raz 1972. Más adelante tendremos oportunidad de evaluar otras críticas.
- ⁸⁶ Por lo demás, Nino afirma que Dworkin falla en su crítica al positivismo porque se equivoca de blanco. Pero para Nino ello obedecería a que el positivismo en su visión sería perfectamente congeniable con la idea de que las proposiciones que asignan validez a las normas jurídicas son una subclase de juicios morales (cf. Nino 1985: 160-164). Para una crítica, véase Bulygin 1990.
- ⁸⁷ Cf. Carrió 1986: 209-211. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero advierten también sobre la ambigüedad del uso de la expresión 'principios jurídicos', distinguiendo entre sus acepciones más significativas las de: a) normas muy generales; b) normas redactadas en términos particularmente vagos; c) normas programáticas o directrices —que estipulan la obligación de perseguir determinados fines; d) normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo; e) normas dirigidas a los órganos de aplicación del derecho y que señalan cómo debe seleccionarse o interpretarse la norma aplicable y f) enunciados o máximas generales de la ciencia jurídica que permiten sistematizar el orden jurídico. Los citados autores proponen distinguir entre principios en sentido estricto (sentido d) y directrices o normas programáticas (sentido c), tomando a esta distinción como exhaustiva y excluyente, queriendo con ello significar que, aunque sea posible que un mismo enunciado pueda considerarse en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz, un mismo jurista no puede utilizarlo en un mismo contexto argumentativo como ambas cosas a la vez. Desde este punto de vista, señalan que las características a) y b) no permitirían por sí mismas calificar determinada pauta como principio o directriz, y que los sentidos e) y f) resultarían reconducibles a principios en sentido estricto o directrices (cf. Atienza y Ruiz Manero 1991 y 1996: 3-6).
- ⁸⁸ Es muy interesante advertir cómo en Carrió 1986: 197-236, donde se reproduce una conferencia que impartiera en 1969, se anticipan muchas de las réplicas dirigidas con posterioridad a los argumentos de Dworkin.
- ⁸⁹ Cf. Alexy 1986: 82 y siguientes.
- ⁹⁰ Cf. Raz 1972.
- ⁹¹ Cf. Alexy 1986: 86-87. MacCormick distingue entre reglas y principios con un criterio bastante semejante: las reglas tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable, mientras que los principios expresan el fin a alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero un argumento basado en algún principio no tendría carácter concluyente como lo tendría si se basara en alguna regla obligatoria. Los principios dependen de valoraciones y suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que jueguen en sentido contrario (cf. MacCormick 1978 y 1984).
- ⁹² Cf. Atienza y Ruiz Manero 1991, 1996: 10-11.
- ⁹³ Cf. Atienza y Ruiz Manero 1991, 1996: 9.
- ⁹⁴ Cf. Comanducci 1998.
- ⁹⁵ Cf. Dworkin 1977: 74 y siguientes.
- ⁹⁶ Cf. Dworkin 1977: 77-78.
- ⁹⁷ Cf. Dworkin 2016.
- ⁹⁸ Cf. *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- ⁹⁹ Cf. Alexy 1986: 89 y siguientes. Véase lo que se dijo al respecto en el módulo II (punto 9.3).
- ¹⁰⁰ Alexy 1986: 94.
- ¹⁰¹ Cf. Atienza y Ruiz Manero 1996: 9-10.
- ¹⁰² Cf. Dworkin 1977: 75-76.
- ¹⁰³ Véase Hart 1994 y Dworkin 2016. Un profundo análisis de la controversia puede hallarse en los estudios publicados en Coleman 2001b.
- ¹⁰⁴ Cf. Hart 1994: 264.
- ¹⁰⁵ Cf. Dworkin 2016.
- ¹⁰⁶ Cf. Hart 1994: 250-254.
- ¹⁰⁷ Cf. Coleman 2000a: 173.
- ¹⁰⁸ Cf. Waluchow 1994, particularmente capítulos 4 y 5.
- ¹⁰⁹ Siendo x una norma, e interpretando N como el carácter necesario, VJ como el valor jurídico, VM como el valor moral, y D como la relación de dependencia, la tesis de la conexión necesaria podría representarse formalmente como:
- $$N(\forall x (VJx D VMx)).$$
- ¹¹⁰ Formalmente: $N(\forall x \neg(VJx D VMx)).$

¹¹¹ Formalmente: $\sim N(\forall x (VJx D VMx))$. Esta reconstrucción de las dos versiones de la tesis de la separación se presenta en Coleman 2000a. Aunque ella es muy elegante, tiene un problema: la tesis débil que se atribuye al positivismo incluyente equivaldría a sostener que es posible que en cierto sistema jurídico la validez de sus normas no dependa de su valor moral. Sin embargo, si el positivismo incluyente se limitara a sostener esto, asumiendo que exista algún sistema jurídico, su tesis básica resultaría implicada por la versión fuerte de la tesis de la separación defendida por los positivistas excluyentes, puesto que si de acuerdo con esta última necesariamente en todo sistema jurídico la validez de sus normas no depende de su valor moral, y existe algún sistema jurídico, en él la validez de sus normas no dependerá de su valor moral, de lo que se sigue que tal cosa es posible. Lo que el positivismo incluyente en verdad sostiene es algo más que eso: *Tesis débil de la separación modificada*: Es posible que en cierto sistema jurídico la validez de sus normas no dependa de su valor moral y es posible que en cierto sistema jurídico la validez de sus normas dependa de su valor moral. Formalmente: $M(\exists x \sim (VJx D VMx)) \wedge M(\exists x (VJx D VMx))$. Así interpretada, la versión de la tesis de la separación defendida por el positivismo incluyente sería la negación de la tesis de la conexión necesaria en conjunción con la negación de la versión fuerte de la tesis de la separación que defiende el positivismo excluyente. De este modo las tres posiciones resultarían conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes: el iusnaturalista (o antipositivista) sostendría que derecho y moral necesariamente están conectados; el positivista excluyente sostendría que necesariamente no están conectados, en tanto que el positivista incluyente negaría ambas cosas, tanto que necesariamente estén conectados como que no lo estén, por considerar que esa conexión es meramente contingente (es posible que estén conectados y es posible que no lo estén).

¹¹² Para un panorama de las dificultades que se han señalado respecto de la postura positivista incluyente, véase Bayón 2002.

¹¹³ Cf. Hart 1994: 274.

¹¹⁴ Cf. Hart 1994: 275.

¹¹⁵ Cf. MacCormick 1978: 260 y 1984.

¹¹⁶ Según MacCormick, la analogía presupondría la coherencia del derecho e implicaría siempre un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen, se sustentan precisamente en razones de principio.

¹¹⁷ Cf. Dworkin 2016.

¹¹⁸ Cf. Hart 1994: 261-263.

¹¹⁹ 115 N.Y. 506; 22 N. E. 188 (1889).

¹²⁰ Este argumento fue originariamente presentado en Raz 1972 y también ha sido sostenido entre otros por Alexy 1986: 99-100 y Prieto Sanchís 1992.

¹²¹ Cf. Dworkin 1977: 141.

¹²² Cf. Dworkin 1977: 76.

¹²³ Cf. Dworkin 1977: 141.

¹²⁴ Cf. Dworkin 1977: 142.

¹²⁵ Cf. Atienza y Ruiz Manero 1996: 33-34.

¹²⁶ Cf. Moreso 2001b.

¹²⁷ Cf. Dworkin 1977: 141.

¹²⁸ Cf. Dworkin 2016.

¹²⁹ Cf. Moreso 2001b.

¹³⁰ Eso es precisamente lo que dice Dworkin que se seguiría del argumento considerado en (cf. Dworkin 2016).

¹³¹ Cf. Bayón 1991: 362 y 2003: 27-66.

¹³² Cf. Coleman 2000a.

¹³³ Esas serían las tres explicaciones que a juicio de Coleman podría ofrecer un positivista excluyente. El positivismo incluyente, además de ellas, podría aceptar que los argumentos morales son empleados en el razonamiento judicial como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de su valor moral.

¹³⁴ Cf. MacCormick 1978: 19 y siguientes. Hemos visto ya que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no tiene incidencia en la cuestión de si se considera o no justificada una decisión judicial y en qué sentido (véase *supra* punto 17.3).

¹³⁵ Cf. Atria 2002: 179 y siguientes.

¹³⁶ Cf. MacCormick 1978: 29.

¹³⁷ Cf. Hart 1948-49.

¹³⁸ Cf. MacCormick 1978: xiii, 1995.

¹³⁹ Cf. Atria 2002: 180.

¹⁴⁰ No estamos aludiendo aquí a la (ambigua) distinción de Hart entre reglas primarias y secundarias, sino más bien a la introducida en Alchourrón y Bulygin 1971: 202-205, de acuerdo con la cual el criterio para diferenciarlas está centrado en los distintos destinatarios de cada grupo (ciudadanos/jueces). Sobre la carga de la prueba, véase Schauer 2009: 219 y siguientes.

-
- ¹⁴¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1975: 61-65. Véase lo dicho sobre eso en el punto 17.4.
- ¹⁴² Cf. Hart 1948-49, MacCormick 1995, Sartor 195. La calificación de *derrotabilidad procesal* es de Alchourrón 1991b.
- ¹⁴³ Cf. Schauer 2009: 222.
- ¹⁴⁴ Cf. Schauer 2009: 225.
- ¹⁴⁵ Cf. Baker 1977.
- ¹⁴⁶ Esa falta de distinción se aprecia, por ejemplo, en Hart 1948-49 y MacCormick 1995.
- ¹⁴⁷ Esta es una de las cuestiones que ha motivado la aplicación de lógicas por defecto y de lógicas no monótonas en el derecho (cf., por ejemplo, Loui 1995, Prakken 1999, Duarte d'Almeida 2015).
- ¹⁴⁸ Una interesante crítica a esta idea de Nino puede encontrarse en Moreso, Navarro y Redondo 1992.
- ¹⁴⁹ Nino 2007: 144.
- ¹⁵⁰ Nino 1985: 139.
- ¹⁵¹ Cf. Nino 1985: 139 y siguientes.
- ¹⁵² Cf. Hume 1739: 339.
- ¹⁵³ Nino 2007: 145.
- ¹⁵⁴ Cf. Navarro 2017.
- ¹⁵⁵ Bayón utiliza un argumento similar. Véase Bayón 1991: 268-270.
- ¹⁵⁶ Nino 2007: 147.
- ¹⁵⁷ Cf. Redondo 1996: 196.
- ¹⁵⁸ Cf. Redondo 1996: 208.
- ¹⁵⁹ Nino no parece advertir que si el juez toma como razón última de su decisión, por ejemplo, el que debe pensarse a los que matan, está observando una norma jurídica, no una norma moral: aquella que lo obliga a fundar sus decisiones en el sistema primario. Las razones que tiene el juez para tomar en cuenta las normas del sistema primario son de hecho distintas a las que tiene el legislador para dictarlas, puesto que entre ellas se encuentra además la norma secundaria que lo obliga a fundar sus decisiones en derecho.
- ¹⁶⁰ Cf. Nino 1994: 78.
- ¹⁶¹ Cf. Smith 1994: 2; igualmente, Miller 2003: 21.
- ¹⁶² Suele decirse que el objeto de estudio de la ética descriptiva es la *moral positiva*, esto es, la moral vigente en cierto grupo social, para contrastarlo con el objeto de estudio de la ética normativa, que sería la *moral crítica o ideal*, que sería un conjunto de pautas morales racionalmente justificadas o correctas. No empleamos en el texto esa terminología porque ella presupone que la moral ideal o crítica es objetiva ('la moral correcta'). En otras palabras, la distinción moral positiva/moral ideal importa asumir una concepción cognoscitivista y objetivista en metaética.
- ¹⁶³ Cf. Miller 2003: 22.
- ¹⁶⁴ Seguiremos aquí la clasificación ofrecida en la introducción de Miller 2003.
- ¹⁶⁵ Cf. Moore 1903: 92.
- ¹⁶⁶ Cf. Sturgeon 1988; Brink 1989.
- ¹⁶⁷ Cf. Brandt 1979; Railton 1986.
- ¹⁶⁸ Cf. Moore 1903.
- ¹⁶⁹ Cf. McDowell 1998; Wiggins 1987.
- ¹⁷⁰ Cf. Mackie 1973.
- ¹⁷¹ Cf. Wright 1988.
- ¹⁷² Cf. Ayer 1936; Stevenson 1944.
- ¹⁷³ Cf. Hare 1952.
- ¹⁷⁴ Cf. Blackburn 1984.
- ¹⁷⁵ Cf. Gibbard 1990, 2003.
- ¹⁷⁶ Cf. Miller 2003: 42.
- ¹⁷⁷ Cf. Smith 1994.
- ¹⁷⁸ Hume 1739.
- ¹⁷⁹ Cf. Comanducci 1999. Véase también Moreso 1997: capítulos II y V.
- ¹⁸⁰ Cf. Redondo 1996: 170-171.
- ¹⁸¹ Cf. Redondo 1996: 251-252.
- ¹⁸² Cf. Comanducci 1999.
- ¹⁸³ Raz 1972.
- ¹⁸⁴ Cf. Rodríguez 2002: 327-331.
- ¹⁸⁵ Cf. Atienza 2017: 34.
- ¹⁸⁶ Blackburn 1984: 197.
- ¹⁸⁷ Cf. Rescher 2008.
- ¹⁸⁸ Cf. Chiassoni 2012.
- ¹⁸⁹ Cf. Smith 1994.

-
- ¹⁹⁰ Cf. Smith 1994: 11.
- ¹⁹¹ Cf. Waldron 1998. En realidad, Waldron habla de realistas y emotivistas.
- ¹⁹² Cf. Mackie 1973: 40.
- ¹⁹³ Cf. Mackie 1973: 36.
- ¹⁹⁴ Cf. Waldron 1998.
- ¹⁹⁵ Cf. Moore 1982.
- ¹⁹⁶ Cf. Waldron 1998.
- ¹⁹⁷ Cf. Dworkin 1986: 78-85; 1996; 2004: 141-143; 2011: 40-68.
- ¹⁹⁸ Véase el módulo III (punto 11.2).
- ¹⁹⁹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 236 y siguientes y Alchourrón 1996b.
- ²⁰⁰ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 239 y 240.
- ²⁰¹ Cf. Alchourrón y Bulygin 1971: 218.
- ²⁰² Cf. Raz 1977b. Véase lo dicho al respecto en el módulo II (punto 10.3).
- ²⁰³ Cf. Atienza 2013: 562-564.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1987): *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht: Reidel, citado por la traducción al español de E. Garzón Valdés, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Aguiló Regla, J. (1995): *Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*, México D. F.: Fontamara.
- Alchourrón, C.E. (1961): 'Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari', *Revista jurídica de Buenos Aires* IV: 177-199.
- Alchourrón, C.E. (1969): 'Logic of Norms and Logic of Normative Propositions', *Logique et Analyse* 12 (47): 242-268.
- Alchourrón, C.E. (1982): 'Normative Order and Derogation', en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland-Amsterdam-New York-Oxford: North Holland Publishing Company, 51-60.
- Alchourrón, C.E. (1988): 'Conditionality and the Representation of Legal Norms', en A.A. Martino et al. (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts*, North-Holland: Elsevier, 175-186.
- Alchourrón, C.E. (1991a): 'Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems', *Law and Philosophy* 10 (4): 413-425.
- Alchourrón, C.E. (1991b): 'Defeasibility', manuscrito inédito.
- Alchourrón, C.E. (1993): 'Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals', en J.J. Meyer y R. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore: Wiley & Sons, 43-84.
- Alchourrón, C.E. (1995): 'Concepciones de la lógica', en C.E. Alchourrón et al. (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, volumen 7, Madrid: Trotta, 11-48.
- Alchourrón, C.E. (1996a): 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', *Studia Logica* 57: 5-18.
- Alchourrón, C.E. (1996b): 'On Law and Logic', *Ratio Juris*, 9 (4): 331-348.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1971): *Normative Systems*, Wein-New York: Springer Verlag, citado por la traducción al español de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1975.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1976): 'Sobre el concepto de orden jurídico', *Crítica* VIII (23): 3-23.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1981): 'The Expressive Conception of Norms', en Hilpinen 1981a: 95-124.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1984): 'Pragmatic Foundations for a Logic of Norms', *Rechtstheorie* 15: 453-464.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1988): 'Perils of Level Confusion in Normative Discourse', *Rechtstheorie* 19: 230-237.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1989): 'Limits of Logic and Legal Reasoning', en A. Martino (ed.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica-Informatica-Diritto*, vol. II, Firenze: Consiglio.
- Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1991): *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C.E., P. Gärdenfors y D. Makinson (1985): 'On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contractions and Revision Functions', *Journal of Symbolic Logic* 50 (2): 118-139.
- Alchourrón, C.E. y D. Makinson (1981): 'Hierarchies of Regulations and their Logic', en Hilpinen 1981: 125-148.

- Alchourrón, C.E. y A.A. Martino (1990): 'Logic without Truth', *Ratio Juris* 3 (1): 46-67.
- Alchourrón, C.E. y A.A. Martino (1991): 'Kelsen senza la norma fondamentale', en Gianformaggio 1991: 399-412.
- Alexy, R. (1978): *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, citado por la traducción al español de M. Atienza, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, R. (1986): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp-Verlag, citado por la traducción al español de E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alexy, R. (2003a): 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Juris* 16 (2): 131-140.
- Alexy, R. (2003b): 'On Balancing and Subsumption', *Ratio Juris* 16 (4): 433-449.
- Alexy, R. (2007): 'The Weight Formula', en J. Stelmach, B. Brożek y W. Załuski (eds.), *Frontiers of Economic Analysis of Law*, Cracow: Jagiellonian University Press, 9-27, citado por la versión al español de C. Bernal Pulido, 'La fórmula del peso', en R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 349-374.
- Alexy, R. (2011b): 'Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad', *Revista Española de Derecho Constitucional* 91: 11-29.
- Alonso, J.P. (2006): *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Altman, A. (1990): *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton: Princeton University Press.
- Anscombe, G.E.M. (1957): *Intention*, Oxford: Basil Blackwell.
- Åqvist, L. (1973): 'Modal Logic with Subjunctive Conditionals and Dispositional Predicates', *Journal of Philosophical Logic* 2: 1-76.
- Åqvist, L. (1984): 'Deontic Logic', en D. Gabbay y F. Guethner (eds.), *Handbook of Philosophical Logic. Volume II: Extensions of Classical Logic*, Dordrecht: Reidel, 605-714, citado por la segunda edición, 2002, volume 8, The Netherlands: Kluwer, 147-264.
- Atienza, M. (1985): *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid: Civitas.
- Atienza, M. (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2017): en 'Algunas tesis sobre el razonamiento judicial', en J. Aguiló Regla y P.P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, 11-42.
- Atienza, M. y J. Ruiz Manero (1991): 'Sobre principios y reglas', *Doxa* 10: 101-120.
- Atienza, M. y J. Ruiz Manero (1996): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- Atria, R. (2002): *On Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing.
- Atria, F. et al. (eds.) (2005): *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons.
- Austin, J.L. (1953): 'Other Minds', en A.N. Flew (ed.), *Logic and Language*, New York: Philosophical Library.
- Austin, J.L. (1962): *How to do Things with Words*, Oxford: Oxford University Press.
- Ayer, A.J. (1936): *Language, Truth, and Logic*, London: Gollancz.

- Baker, G. (1977): 'Defeasibility and Meaning', en P. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 26-57.
- Baker, G. y P. Hacker (1984): *Skepticism, Rules, and Language*, Oxford: Basil Blackwell.
- Baker, G. y P. Hacker (1985): *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, Oxford: Basil Blackwell.
- Bayón, J.C. (1991a): *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bayón, J.C. (1991b): 'Razones y Reglas. Sobre el concepto de 'razón excluyente' de Joseph Raz', *Doxa* 10: 25-66.
- Bayón, J.C. (2000a): 'Derechos, democracia y constitución', *Doxa* 1: 65-94.
- Bayón, J.C. (2000b): 'Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico', *Isonomía* 13: 87-117.
- Bayón, J.C. (2001): 'Why is Legal Reasoning Defeasible?', en A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, 327-346.
- Bayón, J.C. (2002): 'Derecho, convencionalismo y controversia', en P.E. Navarro y M.C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 57-92.
- Bayón, J.C. (2003): 'Proposiciones normativas e indeterminación del derecho', en Bayón y Rodríguez 2003: 27-66.
- Bayón, J.C. (2004): 'Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo', en J. Betegón *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 67-138.
- Bayón, J.C. (2007): 'Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente', en J.J. Moreso y M.C. Redondo (eds.): *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 137-152.
- Bayón, J.C. y J.L. Rodríguez (2003): *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beirlaen, M. y C. Straßer (2013): 'Two Adaptive Logics of Norm-propositions', *Journal of Applied Logic* 11 (2): 147-168.
- Belnap, D.N. (1962): 'Tonk, Plonk, and Plink', *Analysis* 22 (6): 130-134.
- Belzer, M. y B. Loewer, 'Deontic Logics of Defeasibility', en Nute 1997: 45-58.
- Bentham, J. (1872): *Of Laws in General*, citado por la edición de H.L.A. Hart, *The Collected Works of Jeremy Bentham*, London: Athlone Press, 1970.
- Bickel, A. (1962): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis: Bobs-Merrill.
- Bidart Campos, G. (1989): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: Ediar.
- Bix, B. (1993): *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. (2012): 'Legal Interpretation and the Philosophy of Language', en P.M. Tiersma y L.M. Solan (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford: Oxford University Press, 145-158.
- Black, M. (1962): *Models and Metaphors. Studies of Language and Philosophy*, Ithaca: Cornell University Press.
- Blackburn, S. (1984): *Spreading the Word*, New York: Oxford University Press.
- Bobbio, N. (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- Bobbio, N. (1970): *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.

- Bobbio, N. (1984): *Il futuro della democrazia*, Turin: Giulio Einaudi.
- Bouvier, H. (2012): *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid: Marcial Pons.
- Brandom, R. (1994): *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Brandt, R. (1979): *A Theory of the Good and the Right*, New York: Oxford University Press.
- Brink, D. (1988): 'Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review', *Philosophy and Public Affairs* 17: 105-148.
- Brink, D. (1989): *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bulygin, E. (1961): *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bulygin, E. (1963): 'El concepto de vigencia en Alf Ross', *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* 1: 1-16.
- Bulygin, E. (1966): 'Sentencia judicial y creación de derecho', *La Ley* 124.
- Bulygin, E. (1982a): 'Time and Validity', en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam-New York-Oxford: North Holland Publishing Company, 51-63.
- Bulygin, E. (1985): 'Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms', *Law and Philosophy* 4 (2): 145-163.
- Bulygin, E. (1987): 'Sobre el status ontológico de los derechos humanos' *Doxa* 4: 79-84.
- Bulygin, E. (1990): 'An Antinomy in Kelsen's Theory of Law', *Ratio Juris* 3: 29-45.
- Bulygin, E. (1991): 'Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos', *Doxa* 9: 257-279.
- Bulygin, E. (1992): 'On Norms of Competence', *Law and Philosophy* 11 (3): 201-216.
- Bulygin, E. (1995): 'Lógica deóntica', en C.E. Alchourrón et al. (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, volumen 7, Madrid: Trotta, 129-142.
- Bulygin, E. (1999): 'Existence of Norms', en G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 237-244.
- Bulygin, E. (2000): 'Sistema deductivo y sistema interpretativo', *Isonomía* 13: 55-60.
- Bulygin, E. (2003): 'On Legal Gaps', *Analisi e Diritto* 2003: 21-28.
- Bulygin, E. (2004): '¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?', en *Doxa* 27: 15-26.
- Bulygin, E. (2005a): 'Observaciones a Kelsen, 'Validez y eficacia del Derecho'', en Kelsen, Bulygin y Walter 2005: 75-83.
- Bulygin, E. (2005b): 'El problema de la validez en Kelsen', en Kelsen, Bulygin y Walter 2005: 99-118.
- Bulygin, E. (2006): *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1992): 'La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español', *Doxa* 11: 295-311.
- Canale, D. y G. Touzet (2017): 'Constitutional Rights Can Be Weighed? On the Inferential Structure of Balancing in Legal Argumentation', manuscrito inédito.
- Caracciolo, R. (1988): *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Caracciolo, R. (1994a): *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F.: Fontamara.

- Caracciolo, R. (1994b): 'El concepto de 'laguna'. Descripción o prescripción', en Caracciolo 1994a: 27-36.
- Caracciolo, R. (1996): 'Sistema jurídico', en Garzón Valdés 1996: 161-176.
- Caracciolo, R. (1997): 'Existencia de normas', en *Isonomía* 7: 159-178.
- Caracciolo, R. (2003): 'Conocimiento moral', conferencia dictada en el *Seminario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vaquerías, Córdoba.
- Caracciolo, R. (2013): 'El problema de los hechos en la justificación de las sentencias', *Isonomía* 38: 13-34.
- Carnap, R. (1942): *Introduction to Semantics*, Cambridge: Harvard University Press.
- Carrió, G. (1986): *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, tercera edición aumentada; original de 1968.
- Carrió, G. (1987): *Cómo estudiar y argumentar un caso*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Celano, B. (1999): *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna: Il Mulino.
- Celano, B. (2002): 'Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili', *Ragion Pratica* 18: 223-239.
- Chiassoni, P. (1988): 'L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese'', *Analisi e diritto* 1998: 21-75.
- Chiassoni, P. (2011): *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, Madrid: Marcial Pons.
- Chaissoni, P. (2012): 'Conceptos tóxicos en la filosofía moral: Desacuerdo ético objectivism-style', en P. Luque Sánchez y G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 241-258.
- Chiassoni, P. (2013): 'Normativismo ingenuo v. normativismo crítico', *Analisi e diritto* 2013: 33-44.
- Chisholm, R. (1963): 'Contrary-to-Duty Imperatives and Deontic Logic', *Analysis* 34 (2): 33-36.
- Christiano, T. (2000): 'Waldron on Law and Disagreement', *Law and Philosophy* 19: 513-543.
- Church, A. (1965): 'The History of the Question of Existential Import for Categorical Propositions', en Y. Bar-Hillel (ed.), *Logic, Methodology and Philosophy of Sciences. Proceedings of the 1964 International Congress*, Amsterdam: North-Holland, 417-424.
- Coleman, J.L. (1982): 'Negative and Positive Positivism', *Journal of Legal Studies* 11: 139-162.
- Coleman, J.L. (1998b): 'Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory* 4: 381-426.
- Coleman, J.L. (2000a): 'Constraints on the Criteria of Legality', *Legal Theory* 6 (2): 171-183.
- Coleman, J.L. (2001b): *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.
- Coleman, J.L. (ed.) (2001c): *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Coleman, J.L. y B. Leiter (1995): 'Determinacy, Objectivity, and Authority', en Marmor 1995: 203-278.
- Comanducci, P. (1998): 'Principios jurídicos e indeterminación del derecho', *Doxa* 21 (II): 89-104.
- Comanducci, P. (1999): *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, México D.F.: Fontamara.

- Comanducci, P. (2010): *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dahl, R. (2001): *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven: Yale University Press.
- Dancy, J. (1993): *Moral Reasons*, Oxford: Basil Blackwell.
- Davidson, D. (1963): 'Actions, Reasons, and Causes', *The Journal of Philosophy* LX (23): 685-700.
- Devitt, M. (1987): 'On Determining Reference', en A. Burri (ed.), *Sprache und Denken 1 Language and Thought*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 112-121.
- Devitt, M. y K. Sterelny (1987): *Language and Reality: An Introduction to the Philosophy of Language*, Cambridge (Mass.): MIT Press.
- Díaz, E. (1966): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Edicusa.
- Duarte d'Almeida, L. (2015): *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Dummett, M. (1973): *Frege. Philosophy of Language*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, citado por la segunda edición de 1981.
- Dummett, M. (1991): 'Frege and the Paradox of Analysis', en M. Dummett, *Frege and Other Philosophers*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, citado por la traducción al español de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- Dworkin, R. (1982): 'Natural Law Revisited', *University of Florida Law Review* 34: 165-188.
- Dworkin, R. (1985): *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986): *Law's Empire*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996): 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe it', *Philosophy and Public Affairs* 25 (2): 87-139.
- Dworkin, R. (2000): *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.): Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (2004): 'Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy', *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2): 1-37, citado por la versión publicada en Dworkin 2006: 140-186.
- Dworkin, R. (2006): *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011): *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2016): 'Hart's Posthumous Reply', *Harvard Law Review* 130: 2096-2130.
- Ekmekdjian, M. (1987): *Temas Constitucionales*, Buenos Aires: Ediar.
- Elster, J. (1979): *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press, citado por la traducción castellana de J.J. Utrilla, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Elster, J. (2000): *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, citado por la traducción castellana de J. Mundó, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- Ely, J.H. (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

- Endicott, T. (2001): *Vagueness in Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Endicott, T. (2007): 'Adjudication in the Law', *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2): 311-326.
- Endicott, T. (2011): 'The Value of Vagueness', en A. Marmor y S. Soames (eds.), *Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 14-30.
- Engel, P. (1989): *La norme du vrai*, Paris: Gallimard, citado por la versión inglesa de 1991 *The Norm of Truth*, New York-London: Harvester Wheatsheaf.
- Ezquiaga Ganuzas, J. (1998): 'El sistema jurídico', en M.A. Barrere Unzutea et al., *Lecciones de teoría del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 127-181.
- Fernández Moreno, L. (2006): 'Cambios de referencia: Kripke y Putnam', *Critica* 38 (114): 45-67.
- Ferrajoli, L. (2001a): 'Derechos fundamentales', en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 19-56.
- Ferrajoli, L. (2003): 'Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero', *Isonomía* 19: 227-240.
- Ferrer Beltrán, J. (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferrer Beltrán, J. (2005): *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2da. Edición.
- Ferrer Beltrán, J. y G.B. Ratti (eds.) (2009): *El realismo jurídico genovés*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. y G.B. Ratti (eds.) (2012): *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferrer Beltrán, J. y J.L. Rodríguez (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ferreres Comella, V. (1997): *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Feys, R. (1937): 'Les Logiques Nouvelles des Modalités', *Revue Néoscholastique de Philosophie* 40: 517-553.
- Fiedler, H. (1968): *Derecho, lógica, matemática*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Finnis, J. (1987): 'On Reason and Authority in Law's Empire', *Law and Philosophy* 6: 357-80.
- Freeman, S. (1990): 'Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review', *Law and Philosophy* 9: 327-370.
- Frege, G. (1892): 'Über Sinn und Bedeutung', *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* 100: 25-50.
- Fuller, L. (1958): 'Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart', en *Harvard Law Review* 71: 630-672.
- Fuller, L. (1964): *The Morality of Law*, New Haven-London: Yale University Press, citado por la segunda edición revisada de 1969.
- Gärdenfors, P. (ed.) (1992): *Belief Revision*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (2000): 'Los jueces frente al 'coto vedado'', *Discusiones* 1: 53-64.
- Gargarella, R. (2004): *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires: Capital Intelectual.

- Garzón Valdés, E. (1977): 'Algunos modelos de validez normativa', *Revista Latinoamericana de Filosofía* 3 (1): 41-68, reproducido en Garzón Valdés 1993: 73-105.
- Garzón Valdés, E. (1989a): 'Algo más acerca del coto vedado', *Doxa* 6: 209-213.
- Garzón Valdés, E. (1989b): 'Representación y democracia', *Doxa* 6: 143-164.
- Garzón Valdés, E. (2000): 'El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías', *Isonomía* 12: 7-34.
- Garzón Valdés, E. y F. Laporta (eds.) (1996): *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Volumen 11, El derecho y la justicia*, Madrid: Trotta.
- Gascón, M. (1997): 'La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias', en J. Betegón *et al.*, *Lecciones de teoría del Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 269-284.
- Gavazzi, G. (1959): *Delle antinomie*, Torino: Giapichelli, citado por la versión publicada en G. Gavazzi, *Studi di teoria del diritto*, Torino: Giapichelli, 1983, 3-164.
- Geach, P.T. (1965): 'Assertion', *Philosophical Review* 74: 449-465.
- Geach, P.T. (1972): *Logic Matters*, Oxford: Basil Blackwell.
- Gentzen, G. (1934): 'Untersuchungen über das Logische Schliessen', *Mathematische Zeitschrift* 39: 176-210.
- Gianformaggio, L. (ed.) (1991): *Sistemi Normativi Statici e Dinamici. Analisi di una Tipologia Kelseniana*, Torino: Giapichelli.
- Gibbard, A. (1990): *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Oxford: Clarendon Press.
- Gibbard, A. (2003): *Thinking How to Live*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Gil Domínguez, A. (2004): 'El caso "Arancibia Clavel": un fallo fundante en torno a la aplicabilidad', *La Ley* D-790: 99-104.
- Golding, M.P. (1961): 'Kelsen and the Concept of "Legal System"', *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 47: 355-364.
- González Vicén, F. (1961): 'Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo', *Anuario de Filosofía del Derecho* VIII: 47-75.
- Green, L. (1996): 'The Concept of Law Revisited', *Michigan Law Review* 94: 1687-1717.
- Green, L. (1999): 'Positivism and Conventionalism', *Canadian Journal of Law and Philosophy* 12 (1): 35-52.
- Green, M. (2005): 'Legal Realism as Theory of Law', *William and Mary Law Review* 46 (6): 1917-2000.
- Greenspan, P. (1975): 'Conditional Oughts and Hypothetical Imperatives', *Journal of Philosophy* 72: 259-276.
- Guarironi, R. (2006): *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*, Buenos Aires: LexisNexis.
- Guastini, R. (1990): *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giapichelli.
- Guastini, R. (1995): 'Grounds for Inconstitutionality - The Italian Case', *Cardozo Law Review* 17 (2): 253-267.
- Guastini, R. (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Torino: Giapichelli, citado por la traducción al español de J. Ferrer Beltrán, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- Guastini, R. (1997): 'Interpretive Statements' en E. Garzón Valdés *et al.* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin: Duncker & Humblot, 279-292.

- Guastini, R. (1998): 'Principi di diritto e discrezionalità giudiziale', *Diritto Pubblico* 4 (3): 641-660, citado por la versión publicada en Guastini 2001a: 132-151.
- Guastini, R. (2001): *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2004): *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. (2005): 'A Sceptical View on Legal Interpretation', en *Analisi e diritto* 2005: 139-144.
- Guastini, R. (2006): 'Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación', *Análisis Filosófico* XXVI (2): 277-293.
- Guastini, R. (2010): *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima: Ara Editores.
- Guastini, R. (2012): 'El escepticismo ante las reglas replanteado', *Discusiones* 11: 27-57.
- Guastini, R. (2016): *La sintaxis del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- Guibourg, R. (1986): *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires: Astrea.
- Guibourg, R. y D. Mendonca (2004): *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid: Marcial Pons.
- Günther, K. (1989): 'Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation', *Rechtstheorie* 20: 163-190.
- Günther, K. (1995): 'Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica', *Doxa* 17-18: 271-302.
- Habermas, J. (1996): *Between Facts and Norms*, Cambridge: Polity.
- Habermas, J. (2003): 'On Law and Disagreement: Some Comments on 'Interpretative Pluralism'', *Ratio Juris* 16 (2): 187-194.
- Hansson, B. (1969): 'An Analysis of Some Deontic Logics', *Nous* 3: 373-398; reimpresso en Hilpinen 1971: 121-147.
- Hansson, S.O. (1999): *A Textbook of Belief Dynamics. Theory Change and Database Updating*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Hansson, S.O. (2001): *The Structure of Values and Norms*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hansson, S.O. (2004): 'A New Representation Theorem for Contranegative Deontic Logic', *Studia Logica* 77: 1-7.
- Hansson, S.O. (2006): 'Ideal Worlds - Wishful Thinking in Deontic Logic', *Studia Logica* 82: 329-336.
- Hansson, S.O. y D. Makinson (1997): 'Applying Normative Rules with Restraint', en M. Dalla Chiara *et al.* (eds.), *Logic and Scientific Methods*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 313-332.
- Hare, R.M. (1952): *The Language of Morals*, Oxford: Clarendon Press.
- Hare, R.M. (1963): *Freedom and Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- Hare, R.M. (1997): *Sorting Out Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1948-49): 'The Ascription of Responsibility and Rights', *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171-194, reimpresso en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Oxford: Basil Blackwell, 1960, 145-166.
- Hart, H.L.A. (1958): 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 71: 593-629.

- Hart, H.L.A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, citado por la traducción al español de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Hart, H.L.A. (1963): 'Kelsen Visited', *UCLA Law Review* 10: 709-728.
- Hart, H.L.A. (1965): 'Lon L. Fuller: The Morality of Law', *Harvard Law Review* 78: 1281-1296, citado por la versión publicada en Hart 1983: 341-364.
- Hart, H.L.A. (1968): 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law', en Kiefer, H. y M. Munitz (eds.), *Ethics and Social Justice*, Albany: State University of New York Press, 171-199, citado por la versión publicada en Hart 1983: 309- 342.
- Hart, H.L.A. (1977): 'American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream', *Georgia Law Review* 11 (5): 969-990.
- Hart, H.L.A. (1982): *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994): *'Postscript' to The Concept of Law* (second edition), Oxford: Clarendon Press.
- Hartney, M. (1991): 'Introduction. The Final Form of the Pure Theory of Law', en H. Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford: Oxford University Press, IX-LIII.
- Hauriou, M. (1925): 'La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social', en M. Hauriou (ed.), *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris: Cahiers de la Nouvelle Journée 23.
- Hedenius, I. (1941): *Om rätt och moral*, Stockholm: Wahlström & Widstrand.
- Hernández Marín, R. (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- Hilpinen, R. (ed.) (1971): *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht: Reidel.
- Hilpinen, R. (ed.) (1981): *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London: Reidel.
- Hilpinen, R. (1987): 'Conflict and Change in Norm Systems', en A. Frändberg y M. Van Hoecke (eds.), *The Structure of Law*,ustus Förlag, Uppsala, 37-49.
- Hintikka, J. (1957): 'Quantifiers in Deontic Logic', *Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Humanarum Literarum* XXIII (4): 1-23.
- Hoerster, N. (1989): 'Verteidigung des Rechtspositivismus', Francfort del Meno: Metzner, citado por la traducción al español de J. Malem, en N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona: Gedisa, 1992.
- Hofstadter, A. y J.C.C. McKinsey (1939): 'On the Logic of Imperatives', *Philosophy of Science* 6 (4): 446-357.
- Holtzman, S. y C. Leich (1981): *Wittgenstein: To Follow a Rule*, London-Boston: Routledge & Kegan Paul.
- Hughes, G.E. y M.J. Cresswell. (1996): *A New Introduction to Modal Logic*, London-New York: Routledge.
- Hume, D. (1739): *A Treatise of Human Nature*, London: John Noon.
- Hunter, G. (1971): *Metalogic: An Introduction to the Metatheory of Standard First-Order Logic*, Berkeley: University of California Press.
- Hurley, S. (1989): *Natural Reasons*, Oxford: Oxford University Press.
- Iglesias Vila, M. (1998): 'Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas', *Analisi e Diritto* 1998: 129-144.

- Jakson, F. y R. Pargetter (1986): 'Oughts, Options, and Actualism', *Philosophical Review* 95: 233-255.
- Jørgensen, J. (1937-8): 'Imperatives and Logic', *Erkenntnis* 7: 288-296.
- Kalinowski, J. (1967): *Le probleme de la vérité en morale et en droit*, Lyon: Emmanuel Vitte.
- Kanger, S. (1957): 'New Foundations for Ethical Theory', Stockholm: Almqvist & Wiksell, reimpresso en Hilpinen 1971: 36-58.
- Kelsen, H. (1934): *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien: Franz Deuticke.
- Kelsen, H. (1945): *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, citado por la versión en español de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del estado*, México D.F.: UNAM, 1989.
- Kelsen, H. (1953): *Theorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, Paris: Éditions de la Baconnière, citado por la traducción al español de M. Nilve, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1960.
- Kelsen, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, Wien: Frans Deuticke, citado por la traducción al español de R. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho* (2da edición), México, UNAM, 1979.
- Kelsen, H. (1962): 'Derogation', en R. Newman (ed.), *Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York: Bobbs Merrill, 339-355.
- Kelsen, H. (1963): 'Die Grundlage der Naturrechtslehre', *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts* 13: 1-37.
- Kelsen, H. (1965): 'Recht und Logik', *Neues Forum* 12: 421-425.
- Kelsen, H. (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, citado por la traducción al inglés de M. Hartney, *General Theory of Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- Kelsen H. y U. Klug (1981): *Rechtsnormen und logische Analyse*, Wien: Verlag Franz Deuticke.
- Kelsen, H., E. Bulygin y R. Walter (2005): *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Kennedy, D. (1992): 'Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos', *Doxa* 11: 283-293.
- Kennedy, D. (2005): 'A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation', *Kritische Justiz* 40 (3): 296-305.
- Kripke, S. (1959): 'A Completeness Theorem in Modal Logic', *Journal of Symbolic Logic* 24 (1): 1-14.
- Kripke, S. (1963): 'Semantical Analysis of Modal Logic I: Normal Propositional Calculi', *Zeitschrift für Mathematische Logik und Grundlagen der Mathematik* 9: 67-96.
- Kripke, S. (1980): *Naming and Necessity*, Oxford: Basil Blackwell.
- Kripke, S. (1982): *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford: Basil Blackwell, citado por la traducción al español de A. Tomasini Bassols, *Wittgenstein: Reglas y lenguaje privado*, México: UNAM, 1989.
- Kristan, A. (2015): 'El zuletiano análisis del derecho', *Analisi e Diritto* 2015: 229-235.
- Kuhn, T. (1962): *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press.
- Kuhn, T. (1989): 'Possible Worlds in History of Science', en S. Allen (ed.), *Possible Worlds in Humanities, Arts, and Sciences: Proceedings of Nobel Symposium 65*, Berlin: Walter de Gruyter, 9-32.
- Kuhn, T. (1990): 'Dubbing and Redubbing: The Vulnerability of Rigid Designation', en W. Savage (comp.), *Scientific Theories*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 298-318.

- Kunz, J.L. (1948): *La teoría pura del derecho: cuatro conferencias en la escuela nacional de jurisprudencia*, México D.F.: Imprenta Universitaria.
- Laporta, F. (2001): 'El ámbito de la constitución', *Doxa* 25: 459-484.
- Leibniz, G.W. (1672): *Elementa iuris naturalis*, citado por la edición de 1930, Darmstadt: Otto Reichl Verlag.
- Leiter, B. (2007): *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Lewis, D. (1969): *Convention: A Philosophical Study*, Oxford: Blackwell.
- Lewis, D. (1973): *Counterfactuals*, London: Basil Blackwell.
- Lewis, D. (1986): *On the Plurality of Worlds*, Oxford: Blackwell.
- Lindahl, L. (1991): 'Conflicts in Systems of Legal Norms: A logical point of View', en B. Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory, Amsterdam-Deventer-Boston: Kluwer, 39-64.
- Lindahl, L. (2009): 'On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing', en A. Silva Dias *et al.* (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 355-375.
- Lindahl, L. y J. Odelstad (2013): 'The Theory of Joining-Systems', en D. Gabbay, J. Horty, X. Parent, R. van der Meyden y L. van der Torre (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, London: College Publications: 545-631.
- Linfante Vidal, I. (2015): 'Interpretación jurídica', en J.L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1349-1387.
- Llewellyn, K. (1950): 'Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons about How Statutes are to be Construed', *Vanderbilt Law Review* 3: 395-406.
- Loui, R. (1995): 'Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism', en *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York: ACM Press, 21-30.
- Luzzati, C. (1999): *L'interprete e il legislatore*, Milano: Giuffrè.
- MacCallum, G.C. (1993): 'On Applying Rules', en M. Singer y R. Martin (eds.), *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics, and Morality*, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 68-69.
- MacCormick, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1984): 'Coherence in Legal Justification', en W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler y A. Schraun (eds.), *Theorie der Normen (Festgabe für Ota Weinberger zum 65 Geburtstag)*, Berlin: Dunker & Humblot.
- MacCormick, N. (1992): 'Legal Deduction, Legal Predicates, and Expert Systems', *Revue Internationale de sémiotique juridique* 5: 181-202.
- MacCormick, N. (1995): 'Defeasibility in Law and Logic', en Z. Bankowski, I. White, U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht: Kluwer, 99-118.
- Mackie, J. (1973): *Ethics: Inventing Right and Wrong*, New York: Penguin.
- Makinson, D. (1999): 'On a Fundamental Problem of Deontic Logic', en McNamara y Prakken 1999: 29-54.
- Makinson, D. (2008): *Sets, Logic and Maths for Computing*, London: Springer.
- Makinson, D. y L. Van der Torre (2000): 'Input-output Logics', *Journal of Philosophical Logic* 29: 383-408.

- Makinson, D. y L. Van der Torre (2001): 'Constraints for Input-output Logics', *Journal of Philosophical Logic* 30 (2): 155-185.
- Makinson, D. y L. Van der Torre (2003): 'Permission from an Input-output Perspective', *Journal of Philosophical Logic* 32: 391-416.
- Maranhão, J.S. (2002): 'Von Wright's Sceptic Turn on the Logic of Norms and the Problem of Gaps in Normative Systems', *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 88 (2): 216-229.
- Marmor, A. (1992): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2001): *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2009): *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- Marmor, A. (2011): *Philosophy of Law*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- Martí, J.L. (2006): *La republica deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Mazzarese, T. (1989): *Logica Deontica e Linguaggio Giuridico*, Cedam: Padova.
- Mazzarese, T. (1991): "Norm Proposition": Epistemic and Semantic Queries", *Rechtstheorie* 22: 39-70.
- McDowell, J. (1984): 'Wittgenstein on Following a Rule', *Synthese* 58: 325-363.
- McDowell, J. (1998): *Mind, Value, and Reality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- McNamara, P. (2006): 'Deontic Logic', en D. Gabbay *et al.* (eds.), *Handbook of the History of Logic*, vol 7, The Netherlands: Elsevier, 197-288.
- McNamara, P. y H. Prakken (eds.) (1999): *Norms, Logics and Information Systems*, Amsterdam-Berlin-Oxford-Tokyo-Washington D.C.: IOS Press.
- Mendonca, D. (1997): *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería: Universidad de Almería.
- Merkel, A. (1931): 'Prolegomena zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues', en J. Dobretsberger y A. Verdross, *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen au reiner Rechtslehre*, Wien: Springer, 252-294.
- Miller, A. (2003): *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Oxford: Polity Press.
- Minow, M. (1987): 'Feminist Legal Theory', *Harvard Law Review* 101: 70-95.
- Modugno, F. (1997): *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, con il contributo di Alfonso Celotto e Rosalia d'Alessio, 2ª ed., Torino: Giappichelli.
- Montague, R. (1960): 'Logical Necessity, Physical Necessity, Ethics, and Quantifiers', *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy* 3: 259-269.
- Moore, G.E. (1903): *Principia Ethica*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Moore, M. (1982): 'Moral Reality', *Wisconsin Law Review*: 1061-1107.
- Moore, M. (1985): 'A Natural Law Theory of Interpretation', *Southern California Law Review* 58: 279-398.
- Moreso, J.J. (1997): *La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, J.J. (1999): 'De nuevo sobre la vigilia. A modo de réplica a mis críticos', *Analisi e Diritto* 1999: 295-341.

- Moreso, J.J. (2000a): 'Derechos y Justicia Procesal Imperfecta', *Discusiones* 1: 15-52.
- Moreso, J.J. (2000b): 'Sobre el alcance del precompromiso', *Discusiones* 1: 95-108.
- Moreso, J.J. (2001a): 'In Defense of Inclusive Legal Positivism', en P. Chiasoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino: Giapichelli, 37-64.
- Moreso, J.J. (2001b): 'El encaje de las piezas del derecho (I)', *Isonomía* 14: 135-157.
- Moreso, J.J. (2002): 'A propósito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano', *Ragion Pratica* 18: 241-248.
- Moreso, J.J. (2004): 'Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales', en J. Betegón, F. Laporta, J. De Páramo y L. Prieto Sanchíz (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales: 473-493.
- Moreso, J.J. (2006): 'Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales', *Revista Direito GV* 2 (2): 13-30.
- Moreso, J.J. (2009): 'Legal Positivism and Legal Disagreements', *Ratio Juris* 22 (1): 62-73.
- Moreso, J.J. (2013): 'The importance of being George o lo que las autoridades jurídicas pueden y no pueden hacer (por razones conceptuales)', *Analisi e Diritto* 2013: 45-53.
- Moreso, J.J. y P.E. Navarro (1992): 'Algunas observaciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico', *Análisis Filosófico* XII (2): 125-142.
- Moreso, J.J. y P.E. Navarro (1993): *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, J.J. y P.E. Navarro (1997): 'Applicability and Effectiveness of Legal Norms', *Law and Philosophy* 16: 201-219.
- Moreso, J.J. y P.E. Navarro (1998): 'The Reception of Norms, and Open Legal Systems', en S.L. Paulson y B.L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, 273-292.
- Moreso, J.J., P.E. Navarro y M.C. Redondo (1992): 'Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial', *Doxa* 11: 247-262.
- Moreso, J.J., P.E. Navarro y M.C. Redondo (2001): 'Sobre la lógica de las lagunas en el derecho', *Crítica* 33 (99): 47-73.
- Morris, C.W. (1938): 'Foundations of the Theory of Signs', en O. Neurath *et al.* (ed.), *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. 1 N° 2, Chicago: University of Chicago Press.
- Munzer, S. (1973): 'Validity and Legal Conflicts', *The Yale Law Journal* 82 (6): 1140-1174.
- Navarro, P.E. (1993): 'Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho', en *Doxa* 14: 243-268.
- Navarro, P.E. (2014): 'Hechos y normas aplicables: Comentarios en torno a una propuesta de Ricardo Caracciolo', *Isonomía* 40: 147-159.
- Navarro, P.E. (2017): 'Razones morales y razonamiento jurídico', en J. Aguiló Regla y P.P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, 221-244.
- Navarro, P.E., C.I. Orunesu, J.L. Rodríguez y G. Sucar (2000): 'La aplicabilidad de las normas jurídicas', *Analisi e Diritto* 2000: 133-152.
- Navarro, P.E., C.I. Orunesu, J.L. Rodríguez y G. Sucar (2004): 'Applicability of Legal Norms', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XVII (2): 337-359.
- Navarro, P.E. y J.L. Rodríguez (2014): *Deontic Logic and Legal Systems*, New York: Cambridge University Press.

- Nino, C. (1978): 'Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity', *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 64: 357-376, citado por la versión publicada en Paulson 1999: 253-262.
- Nino, C.S. (1979): *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo.
- Nino, C.S. (1980): *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea, segunda edición ampliada y revisada.
- Nino, C.S. (1984): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1985): *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C.S. (1989a): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México D.F.: Unam.
- Nino, C.S. (1989b): *El constructivismo ético*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C.S. (1993): 'Derecho, moral y política', *Doxa* 14: 35-46.
- Nino, C.S. (1994): *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona: Ariel.
- Nino, C.S. (1996): *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press, citado por la traducción al español de R. Saba, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997.
- Nino, C.S. (2007): *Derecho, moral y política I: Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Barcelona: Gedisa.
- Nozick, R. (1974): *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell.
- Nute, D. (ed.) (1997): *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
- Nute, D. y Yu, X. (1997): 'Introduction', en Nute 1997: 1-16.
- Núñez Vaquero, A. (2013): 'Five Models of Legal Science', *Revus* 19: 53-81.
- Opalek, K. (1991): 'Riesame della distinzione tra sistema normativi statici e dinamici', en Gianformaggio 1991: 19-38.
- Orlando, E. (1999): *Concepciones de la referencia*, Buenos Aires: Eudeba.
- Orunesu, C.I. (2012): *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid: Marcial Pons.
- Orunesu, C.I., J.L. Rodríguez y G. Sucar (2001): 'Inconstitucionalidad y derogación', *Discusiones* 2: 11-58.
- Orunesu, C.I. y J.L. Rodríguez (2004): 'Estudio preliminar' a la traducción castellana de Schauer 1991: 14-47.
- Orunesu, C.I., P.M. Perot y J.L. Rodríguez (2005): *Estudios sobre interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, México D.F.: Fontamara.
- Paulson, S. (1992): 'Kelsen's Legal Theory: The Final Round', *Oxford Journal of Legal Studies* 12: 265-270.
- Paulson, S. y B. Litschewski (eds.) (1998): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press.
- Perot, P.M. (2003): 'Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica', *Isonomía* 19: 197-219.
- Perot, P.M. y J.L. Rodríguez (2010): 'Desacuerdos acerca del derecho', *Isonomía* 32: 119-147.
- Poggi, F. (2007): 'Significado literal: una noción problemática', *Doxa* 30: 617-634.
- Pollock, J.L. (1990): *Technical Methods in Philosophy*, Boulder-San Francisco-London: Westview Press.

- Prakken, H. (1999): 'On Formalising Burden of Proof in Legal Argument', en H. Jaap van den Herik *et al.* (eds.), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, Nijmegen: GNI, 85-97.
- Prieto Sanchís, L. (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Prieto Sanchís, L. (2002): 'Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación', *Diritto & Questioni Pubbliche* 2: 97-114.
- Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta.
- Prior, A.N. (1954): 'The Paradoxes of Derived Obligation', *Mind* 63: 64-65.
- Prior, A.N. (1958): 'Escapism: The Logical Basis of Ethics', en A. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press, 135-146.
- Putnam, H. (1973): 'Meaning and Reference', *The Journal of Philosophy* 70: 699-711.
- Putnam, H. (1975): 'The Meaning of "Meaning"', en H. Putnam, *Mind, Language, and Reality. Philosophical Papers Vol. 2*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Putnam, H. (1981): *Reason, Truth and History*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Putnam, H. (1995): 'Are Moral and Legal Values Made or Discovered?', *Legal Theory* 1 (1): 5-19.
- Quine, W.V.O. (1953): *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Quine, W.V.O. (1990): *Pursuit of Truth*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Radin, J. (1989): 'Reconsidering the Rule of Law', *Boston University Law Review* 69: 781- 819.
- Railton, P. (1986): 'Facts and Values', *Philosophical Topics* 14 (2): 5-31.
- Ramírez Ludueña, L. (2012): 'El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado"', *Discusiones* 11: 87-116.
- Ramírez Ludueña, L. (2015): *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- Ratti, G.B. (2008): *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Ratti, G.B. y Rodríguez, J.L. (2015): 'On Coherence as a Formal Property of Normative Systems', *Revus* 27: 131-145.
- Rawls, J. (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Raz, J. (1970): *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Oxford University Press, citado por la traducción al español de R. Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico*, México D.F.: UNAM, 1985.
- Raz, J. (1971): 'The Identity of Legal Systems', *California Law Review* 59: 795-815, reproducido en Raz 1979: 78-102.
- Raz, J. (1972): 'Legal Principles and the Limits of Law', *Yale Law Review* 81: 823-854.
- Raz, J. (1974): 'Kelsen's Theory of the Basic Norm', *American Journal of Jurisprudence* 19: 94-111.
- Raz, J. (1975): *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, citado por la segunda edición de 1990, Princeton: Princeton University Press.

- Raz, J. (1976): 'Kelsen's General Theory of Norms. Critical Study', *Philosophia* 6: 495-504.
- Raz, J. (1977a): 'Legal Validity', *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 63 (3): 339-353, reproducido en Raz 1979: 146-159.
- Raz, J. (1977b): 'Rule of Law and its Virtue', *Law Quarterly Review* 93 (APR): 195-211.
- Raz, J. (1979): *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1982): 'The Problem about the Nature of Law', en *Contemporary Philosophy. A New Survey, Vol. 3: Philosophy of action/Philosophie de l'action*, The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 107-125, reimpresso en *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 195-209.
- Raz, J. (1986): 'The Inner Logic of the Law', *Rechtstheorie* 10: 101 y siguientes, reimpresso en J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 238-253.
- Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1989): 'Facing Up: A Reply', *Southern California Law Review* 62: 1153-1235.
- Raz, J. (1994): *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1998): 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison', *Legal Theory* 4 (3): 249-282.
- Raz, J. (2004): 'Incorporation by Law', *Legal Theory* 10: 1-17.
- Redondo, M.C. (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Redondo, M.C. (1997): 'Teorías del derecho e indeterminación normativa', *Doxa* 20: 177-196.
- Redondo, M.C. (2000): 'Lógica y concepciones del derecho', *Isonomía* 13: 35-54.
- Redondo, M.C. (2005): 'Razones y Normas', en *Discusiones V*: 29-66.
- Reimer, M. (2003): 'Reference', E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stm?ford.edu/entries/reference>.
- Rescher, N. (1966): *The Logic of Commands*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Rescher, N. (2008): 'Moral objectivity', *Social Philosophy and Policy* 25 (1): 393-409.
- Rodríguez, J.L. (1997): 'La derrotabilidad de las normas jurídicas', en *Isonomía* 6: 149-57.
- Rodríguez, J.L. (2000): 'Normative Relevance and Axiological Gaps', *Archiv für Rechts -und Sozialphilosophie* 86: 151-167.
- Rodríguez, J.L. (2002): *Lógica de los sistemas normativos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J.L. (2003): 'Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright', *Doxa* 26: 87-108.
- Rodríguez, J.L. (2005): 'La imagen actual de las lagunas en el derecho', en *Atria* 2005: 127-157.
- Rodríguez, J.L. (2006): '¿Cómo puede el derecho obligar a quienes oprime?', en *Discusiones VI*: 109-166.
- Rodríguez, J.L. (2012a): 'Against Defeasibility of Legal Rules', en Ferrer Beltrán y Ratti 2012: 89-107.
- Rodríguez, J.L. (2012b): 'Normas, verdad y enunciados acerca del derecho', en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso y D. Papayanis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 179-203.

- Rodríguez, J.L. (2013): 'Secuencias extensionales e igualación de bases: dos problemas lógicos en la reconstrucción de la dinámica jurídica', *Ruptura* 4: 13-28.
- Rodríguez, J.L. y Sucar, G. (1998): 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho', *Analisi e Diritto* 1998: 277-305.
- Rodríguez, J.L. y D.E. Vicente (2009): 'Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional', *Doxa* 32: 177-204
- Rodríguez Blanco, V. (2001): "Genuine' Disagreements: A Realist Interpretation of Dworkin', en *Oxford Journal of Legal Studies* 21: 649-671.
- Rönnedal, D. (2010): *An Introduction to Deontic Logic*, Stockholm: CreateSpace.
- Ross, A. (1941): 'Imperatives and Logic', *Theoria* 7: 53-71.
- Ross, A. (1957): 'Tû-tû', *Harvard Law Review* 70 (5): 812-825.
- Ross, A. (1958): *On Law and Justice*, London: Stevens & Sons Ltd., citado por la traducción al español de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- Ross, A. (1961): 'Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law', *Revista Jurídica de Buenos Aires* 4: 46-93, reproducido en S. Paulson y B. Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, 147-163.
- Ross, A. (1968): *Directives and Norms*, London: Routledge and Kegan Paul.
- Royakkers, L.M.M. (1998): *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
- Ruiz Manero, J. (1990): *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Russell, B. (1905): 'On Denoting', *Mind* XIV (4): 479-493.
- Sainsbury, R.M. (1987): *Paradoxes*, Cambridge: Cambridge University Press, citado por la segunda edición, 1995.
- Sainsbury, R.M. (1996): 'Concepts without Boundaries', en R. Keefe y P. Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 186-205.
- Sartor, G. (1995): 'Defeasibility in Legal Reasoning', en Z. Bankowski, I. White y U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers: 119-158.
- Schauer, F. (1985): 'Easy Cases', *Southern California Law Review* 58: 406-426.
- Schauer, F. (1991): *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, R. (1998): 'On the Supposed Defeasibility of Legal Rules', *Current Legal Problems* 51 (1): 223-240.
- Schauer, F. (2008): 'A Critical Guide to Vehicles in the Park', *New York University Law Review* 83: 1109-1134.
- Schauer, F. (2009): *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Schreiber, R. (1962): *Logik des Rechts*, Berlin-Göttingen-Heilderberg: Springer Verlag.
- Searle, J.R. (1969): *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press.

- Searle, J.R. (1976): 'A Classification of Illocutionary Acts', *Language in Society* 5 (1): 1-23.
- Searle, J.R. (1980): 'The Background of Meaning', en M. Bierwisch, F. Kiefer y J.R. Searle (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht-Boston-London: Reidel, 221-232.
- Searle, J. (1995): *The Construction of Social Reality*, London: Simon and Schuster.
- Sellars, W. (1963): 'Some Reflections on Language Games', en W. Sellars, *Science, Perception, and Reality*, London: Routledge and Kegan Paul.
- Sen, A. (1970): *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco: Holden-Day.
- Shapiro, S. (1998): 'On Hart's Way Out', *Legal Theory* 4: 469-508.
- Shapiro, S. (2011): *Legality*, Cambridge (Mass.)-London: Harvard University Press.
- Simaz, A. (2013): *Principio de legalidad e interpretación*, Buenos Aires: Nova Tesis.
- Singer, J. (1984): 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', *Yale Law Journal* 94 (1): 1-70.
- Smith, M. (1994): *The Moral Problem*, Oxford: Blackwell.
- Soeteman, A. (1989): *Logic in Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Sollum, L. (1987): 'On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma', *The University of Chicago Law Review* 54 (2): 462-503.
- Stalnaker, R. (2003): *Ways a World Might Be. Metaphysical and Antimetaphysical Essays*, Oxford: Clarendon Press.
- Stavropoulos, N. (1996): *Objectivity in Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Stavropoulos, N. (2003): 'Interpretivist Theories of Law', en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/win2003/entries/law-interpretivist/>.
- Stevenson, C.L. (1944): *Ethics and language* (Vol. 19), New Haven: Yale University Press.
- Sturgeon, N. (1988): 'Moral Explanations', en G. Sayre-McCord (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca (N.Y.): Cornell University Press.
- Sunstein, C. (1991): 'Constitutionalism and Secession', *University of Chicago Law Review* 58: 633-660.
- Tamanaha, B. (2004): *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tarello, G. (1974): *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Tarello, G. (1976): 'Orientamenti analitico-linguistici e teoria della interpretazione giuridica', en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano: Comunità.
- Tarello, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè.
- Tarski, A. (1931): 'The Concept of Truth in Formalized Languages', versión original en polaco publicada en *Prace Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, Wydział III Nauk Matematyczno-Fizycznych* 34, Warsaw, citado por la versión en inglés incluida en Tarski 1956: 152-278.
- Tarski, A. (1956): *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford: Oxford University Press.
- Tushnet, M. (1984): 'Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction', *Stanford Law Review* 36: 623-647.

- Tushnet, M. (1985): 'A note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory', *Southern California Law Review* 58: 683-700.
- Tushnet, M. (1988): *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge (Mass): Harvard University Press.
- Tushnet, M. (2005): 'Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States', *The Journal of Political Philosophy* 13 (1): 99-112.
- Unger, R. (1983): *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Vernengo, R.J. (1971): *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vernengo, R.J. (1986): 'Sobre algunos criterios de verdad normativa', *Doxa* 3: 233-242.
- Vernengo, R.J. (1996): 'Interpretación del derecho', en E. Garzón Valdés y F. Laporta (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 239-265.
- Von Savigny, F.C. (1840): *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin: Veit, citado por la traducción al español de J. Mesía y M. Poley, *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid: Góngora, 1978.
- Von Wright, G.H. (1951a): 'Deontic Logic', *Mind* 60: 1-15.
- Von Wright, G.H. (1951b): *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam: North-Holland.
- Von Wright, G.H. (1957): *Logical Studies*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1963a): *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London: Routledge & Kegan Paul, citado por la traducción al español de P. Garica Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos, 1970.
- Von Wright, G.H. (1963b): *The Varieties of Goodness*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1963c): *The Logic of Preference: An Essay*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Von Wright, G.H. (1967): 'The Logic of Action - A Sketch', en N. Rescher (ed.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 121-136.
- Von Wright, G.H. (1968): *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam: North Holland Publishing Company.
- Von Wright, G.H. (1983a): *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Oxford: Basil Blackwell.
- Von Wright, G.H. (1983b): 'Norms, Truth and Logic', en von Wright 1983a: 130-209.
- Von Wright, G.H. (1984): 'Truth Logic', en G.H. von Wright, *Truth, Knowledge and Modality. Philosophical Papers Volume III*, Oxford: Basil Blackwell, 26-41.
- Von Wright, G.H. (1985): 'Is and Ought', en E. Bulygin et al. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht: Reidel, 31-48.
- Von Wright, G.H. (1989): 'Intellectual Autobiography', en P. Schilpp et al. (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Illinois: Open Court, 1-55.
- Von Wright, G.H. (1999): 'Deontic Logic - As I See It', en McNamara y Prakken 1999: 15-25.
- Von Wright, G.H. (2000): 'On Norms and Norm-Propositions. A Sketch', en W. Krawietz et al. (eds.), *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin: Duncker & Humblot, 173-178.
- Waismann, F. (1945) 'Verifiability', *Proceedings of the Aristotelian Society* 19: 119-50.

- Waldron, J. (1993): 'A Rights-Based Critique of Constitutional Rights', *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1): 18-51.
- Waldron, J. (1998): 'The Irrelevance of Moral Objectivism', en R. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford: Clarendon Press, 158-187.
- Waldron, J. (1999): *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press.
- Waluchow, W. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press.
- Wedberg, A. (1951): 'Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science', *Theoria* 17: 246-275.
- Weinberger, O. (1981): *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Weinberger, O. (1985): 'The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms', *Law and Philosophy* 4 (2): 165-198.
- Weinberger, O. (1986): 'Logic and the Pure Theory of Law', en R. Tur y W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press, 187-199.
- Wiggins, D. (1987): *Needs, Values, Truth*, Oxford: Blackwell.
- Williams, P. (1989): 'The Obliging Shell: An Informal Essay on Formal Equal Opportunity', *Michigan Law Review* 87: 2128-2151.
- Wittgenstein, L. (1953): *Philosophische Untersuchungen*, Oxford: Basil Blackwell, citado por la traducción al español de A. García Suárez y U. Moulines, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM-Crítica, 1988.
- Woleński, J. (1990): 'Deontic Logic and Possible Worlds Semantics: A Historical Sketch', *Studia Logica* 49 (2): 273-282.
- Woods, M. (1972): 'Rasons for Action and Desires', *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes 46: 189-201.
- Wright, C. (1984): 'Kripke's Account of the Argument against Private Language', *Journal of Philosophy* LXXI (12): 759-778.
- Wright, C. (1988): 'The Inaugural Address: Moral Values, Projection and Secondary Qualities', *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes 62: 1-26.
- Wróblewski, J. (1971): 'Legal Decisions and its Justification', *Logique et Analyse* 14 (53/54): 409-419.
- Wróblewski, J. (1974): 'Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision', *Rechtstheorie* 5: 33-46.
- Yablon, Ch. (1987): 'Law and Metaphysics', *Yale Law Journal* 96: 613-636.
- Zuleta, H. (2008): *Normas y justificación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Zuleta, H. (2013): 'El concepto de orden jurídico en la teoría de Alchourrón y Bulygin', *Análisis Filosófico* 33 (2): 239-248.
- Zuleta, H. (2015): 'Dinámica jurídica e identidad', *Analisi e Diritto* 2015: 213-227.
- Zuleta, H. (2017): 'El principio de proporcionalidad. Reflexiones sobre la racionalidad del modelo de Robert Alexy', manuscrito inédito.

ACTIVIDADES DIDÁCTICAS

MÓDULO I

Actividades sugeridas para el módulo 'Normas, lenguaje y lógica'

Para comprender el complejo proceso que traduce simples textos en decisiones institucionales dotadas de autoridad se requiere, como primer paso, adentrarse en el estudio de qué son y cómo funcionan las normas. Debe advertirse aquí que las normas no sólo son importantes para este curso porque constituyen uno de los elementos centrales de la decisión judicial, puesto que constituyen la premisa normativa de las sentencias, sino porque no podríamos hablar con sentido de jueces, sentencias, obligaciones, delitos, prueba, etc., sin presuponer su existencia. Y ello, a su vez, requiere conocer las diferentes concepciones de las normas que pueden asumirse, cuál es la relación entre las normas y el lenguaje y, concretamente respecto de su papel en la justificación de las decisiones judiciales, examinar el problema de la posibilidad de admitir relaciones lógicas entre las normas.

Competencias que se espera fomentar:

- a) Identificar las diversas clases de normas y sus posibles funciones en el marco de la sociedad actual a fin de contextualizar al derecho en su relación con otros órdenes normativos.
- b) Reconocer el papel que las generalizaciones cumplen en el lenguaje en general y en el derecho en particular y cómo impacta en nuestros esquemas de toma de decisiones.
- c) Familiarizarse con los diferentes operadores deónticos y sus relaciones.
- d) Distinguir entre normas y proposiciones normativas y, correlativamente, entre lógicas de normas y lógicas de proposiciones normativas, con el objeto de apreciar su utilidad para el análisis de tesis y problemas jurídicos de diferente complejidad.
- e) Aplicar técnicas de clasificación desde criterios, relacionando conceptos abstractos con su aplicación práctica.
- f) Desarrollar la capacidad para leer e interpretar textos normativos y fallos judiciales, así como la capacidad de análisis y síntesis de textos teóricos de mediana complejidad.

Objetivos, pautas y sugerencias para el desarrollo de las actividades:

En las consignas 1, 2 y 3 se busca que los alumnos apliquen los criterios que propone von Wright para delimitar el campo de significado de la expresión 'norma' y para discriminar entre los núcleos significativos primarios de dicha expresión, esto es, entre normas determinativas, normas técnicas y prescripciones.

Conviene advertir que el listado de enunciados que componen el ejercicio 1 está integrado no solo por normas, sino también por enunciados descriptivos. Por ello, es importante que en este punto los alumnos no solamente sean capaces de discriminar entre los grupos principales de normas, sino también que puedan aplicar la estipulación que formula von Wright para delimitar el campo de

significado del término 'norma', según la cual ningún enunciado descriptivo puede ser considerado como una norma.

En la consigna 2 se pretende que los alumnos sean capaces de distinguir las normas técnicas de las proposiciones anankásticas, así como de explicar las relaciones que median entre ellas. En lo que concierne a las diferencias, la más importante es que las proposiciones anankásticas son enunciados descriptivos y, por ende, quedan excluidos del campo de significado de la expresión 'norma'. Respecto de las relaciones que las vinculan, deberían ser capaces de identificar y explicar las siguientes: la formulación de una norma técnica presupone la verdad de una proposición anankástica, y la eficacia de la norma técnica depende de la verdad de la proposición anankástica presupuesta.

Con la consigna 3 se busca que los alumnos expliciten los criterios que utilizaron en la consigna 1 para discriminar entre normas determinativas, normas técnicas y prescripciones. Más específicamente, se pretende que adviertan el modo diverso en que cada tipo de norma funciona como pauta o guía de conducta, lo que puede advertirse con claridad cuando se centra la atención en lo que sucede o debería suceder si el destinatario no respeta lo que los diferentes tipos de normas establecen.

En la consigna 4 se busca que los alumnos puedan visualizar en normas de derecho positivo los diferentes elementos o componentes de las prescripciones según von Wright, diferenciando aquellos que forman parte del núcleo normativo.

El ejercicio 5 persigue integrar los contenidos teóricos desarrollados en los puntos 1 y 2 del módulo con el desarrollo de habilidades vinculadas con el manejo de fuentes jurisprudenciales y el desarrollo de capacidades de comunicación escrita. Si el docente así lo considera, el ejercicio puede complejizarse modificando la decisión judicial, o planteando el mismo caso con la normativa en juego para que los propios alumnos elaboren una decisión justificada y luego, a partir del análisis de Schauer, puedan efectuar una devolución oral en términos de qué modelo decisorio (atrincherado o conversacional) preferirían y por qué. También pueden incorporarse a la actividad los clásicos textos de la discusión entre Hart y Fuller sobre interpretación jurídica, que permitirían además desarrollar un trabajo transversal con el módulo 3.

Los ejercicios 6 y 7 pretenden que los alumnos adquieran una familiaridad básica con los operadores deónticos y que adviertan la importancia que tiene la distinción entre normas y proposiciones normativas para el análisis jurídico. Se recomienda que estos ejercicios sean revisitados al momento de desarrollar el punto 7 del módulo 2. Las consignas 8 y 9 son del tipo de opción múltiple y pueden ampliarse para presentarse como ejercicios de autoevaluación.

El ejercicio 10 propone el análisis de tres textos escritos en torno a las relaciones entre derecho y lógica, los que abarcan un arco temporal de treinta años. Este es un aspecto importante a tener en cuenta al momento de plantear la actividad en clase y explicar los límites de cada uno de los textos, en particular debido a los desarrollos de ambas disciplinas al momento de ser escritos. Si se desea simplificar la tarea, se puede trabajar solo con el texto de Carlos Alchourrón, que tiene suficiente riqueza y claridad explicativa como para conectarlo a medida que avance el curso con diferentes temas desarrollados en los módulos subsiguientes. Para profundizar sobre esta discusión se recomienda incorporar los textos de Haack 2007 y Bulygin 2008, incluidos en la bibliografía ampliatoria.

Actividades

1. Clasifique cada uno de los siguientes enunciados de acuerdo con los diferentes tipos de normas que distingue G.H. Von Wright:

a) 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter' (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

b) 'Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello' (artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

c) 'Para los efectos de la presente Convención, se entiende por *niño* todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad' (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

d) 'Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado' (artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

e) 'A los efectos de la presente convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera' (artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

f) 'Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales' (artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

g) 'La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas' (artículo 16 de la Constitución Nacional).

h) 'La acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe' (artículo 19 de la Constitución Nacional).

i) 'Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años' (artículo 25 del Código Civil y Comercial de la Nación).

j) '...La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...' (artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación).

k) 'Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua' (artículo 431 del Código Civil y Comercial de la Nación).

l) 'Hay permuta si las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero' (artículo 1172 del Código Civil y Comercial de la Nación).

m) 'Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero' (artículo 1187 del Código Civil y Comercial de la Nación).

n) 'Quien participa en el otorgamiento de un testamento o en cuyo poder se encuentra, está obligado a comunicarlo a las personas interesadas, una vez acaecida la muerte del testador' (artículo 2471 del Código Civil y Comercial de la Nación).

o) 'El tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior: en los 18 años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es menor de edad. Como ya mencionamos en el comentario a la Sección 1a, el CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En dicho sistema, la edad de 14 años, piso del discernimiento para los actos lícitos (art. 921 CC), establecía dos rangos de menores de edad –carentes o titulares, respectivamente– de la posibilidad de ejercicio de actos jurídicos' (Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires: Infojus, 2015).

p) 'Para ver imágenes en 3D en este televisor, utilice las gafas pasivas Philips Easy 3D que se incluyen con el televisor' (*Manual de Usuario, Philips, 42PFL5008G, 46PFL5008G, 42PFL5508G o 46PFL5508G*, pág. 19).

q) 'Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: ... Los términos 'firma' y 'suscripción' comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente...' (artículo 77 del Código Penal de la Nación).

r) 'Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado' (artículo 83 del Código Penal de la Nación).

s) 'La tenencia y el consumo de hojas de coca, en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación o a su empleo como infusión no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes' (artículo 15 de la Ley 23.737).

t) 'El art. 35 CP establece una disminución de pena para el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad. La pena aplicable en ese supuesto es la fijada para el delito por culpa o imprudencia...' (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2002, 644).

u) '...A fin de que el pescado no se pegue, cuando haya tomado calor, frotar la parrilla con un papel absorbente aceitado...' (Juan Braceli, 'Pescado a la parrilla con refrito de ajos', en D. Golombek (comp.), *El parrillero científico. Trucos y secretos para hacer el fuego, asar la carne, preparar la ensalada y tomar vino*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, 45).

2. Explique qué rasgos permiten discriminar entre lo que von Wright denomina 'normas técnicas' y 'proposiciones anankásticas'. Identifique y explique qué relaciones median entre ellas.

3. Distinga entre normas determinativas, normas técnicas y prescripciones, haciendo hincapié en lo que sucede o debería suceder si el destinatario de la norma no respeta lo que ellas establecen.

4. Brinde ejemplos de prescripciones que reúnan las siguientes características:

a) de carácter prohibitivo, con contenido omisivo, hipotética, disyuntivamente general en cuanto al sujeto y particular con respecto a la ocasión espacial;

b) de carácter obligatorio, relativa a una actividad, categórica, particular respecto al sujeto y conjuntivamente general respecto a la ocasión temporal;

c) de carácter permisivo, relativa a una acción, hipotética, conjuntivamente general en cuanto al sujeto y disyuntivamente general con respecto a la ocasión temporal.

5. En el fallo de la CSJN '*Saguir y Dib, Claudia Graciela*', del 6 de Noviembre de 1980 (disponible en <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>) la Corte decidió acerca de la autorización a una menor de edad para que pudiera donar un riñón a su hermano. Analice el fallo con las herramientas conceptuales de este capítulo, con especial consideración de las nociones sobre y sub inclusión de las normas jurídicas.

a) Identifique cuál es el predicado fáctico de la norma cuya aplicación está en juego, esto es, el artículo 13 de la ley 21. 541. Luego, identifique, entre el conjunto de argumentos esgrimidos, cuál es a juicio de la Corte la justificación subyacente a dicha norma.

b) De acuerdo con las distinciones de Schauer, ¿frente a qué tipo de experiencia recalcitrante nos encontraríamos en este caso? ¿Se trataría de un caso de sobre o subinclusión? ¿Por qué?

c) ¿Qué diferencias encuentra en lo que respecta a las relaciones entre la regla y su justificación subyacente entre la decisión de la Cámara y la de la Corte?

d) Realice un comentario de no más de una página sobre las ventajas y desventajas del modelo conversacional o el modelo atrincherado para la toma de decisiones basadas en reglas.

6. Seleccione de algún cuerpo normativo de su preferencia dos normas de prohibición. Identifique en ellas el operador deóntico y el contenido. Luego indique, siguiendo el cuadro de oposición deóntica que se desarrolla en el punto 4.3., cuáles serían las normas contrarias, subcontrarias, subalternas y contradictorias.

7. Tome las mismas normas de prohibición y aplique sobre ellas el operador de la negación. Formule respecto de esas mismas normas las correspondientes proposiciones normativas y aplique sobre ellas el operador de la negación. ¿Qué resultados se obtienen en uno y otro caso? ¿Qué conclusiones puede derivar de ellos?

8. En la lógica de normas es verdad que:

- a) el operador deóntico califica estados de cosas o descripciones de acciones;
- b) el operador deóntico no califica estados de cosas ni descripciones de acciones;
- c) el operador deóntico califica estados de cosas;
- d) el operador deóntico califica descripciones de acciones.

Justifique su respuesta.

9. Los sistemas de lógica de normas y de proposiciones normativas resultan equivalentes:

- a) bajo condición de completitud;
- b) bajo condición de consistencia;
- c) bajo condición de completitud o consistencia;
- d) bajo condición de completitud y consistencia.

Justifique su respuesta.

10. Lea atentamente los siguientes textos y luego responda las consignas:

- Bobbio, N. (1965): *Derecho y Lógica*, México D.F.: UNAM (versión electrónica disponible en http://www.derechopenalened.com/libros/norberto_bobbio_derecho_y_logica_II.pdf y en <http://colegioamerica.edu.uy/MATERIAL/DERECHO/DERECHO%20Y%20LOGICA%202.pdf>).

- Vernengo, R. (1987): *Derecho y lógica: un balance provisorio*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (versión electrónica disponible en http://www.filosofiajuridica.com.br/arquivo/arquivo_26.pdf).

- Alchourrón, C.E. (1996): 'Sobre derecho y lógica', *Isonomía* 13: 11-33 (versión electrónica disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-derecho-y-lgica-0/>).

a) ¿Qué diferentes relaciones pueden establecerse entre la lógica y el derecho?

b) ¿Cómo se concibe a la lógica y su relevancia para el derecho según las diferentes concepciones del derecho que se han desarrollado desde la época del Iluminismo hasta la actualidad?

c) ¿En qué áreas de la práctica y la teoría jurídica consideran los autores que se manifiesta la relevancia de los estudios lógicos para el derecho?

d) Una vez terminado el curso, lea las respuestas anteriores e indique a su entender en qué aspectos los autores sobreestimaron o subestimaron el papel de la lógica y su utilidad en relación con el derecho. Justifique su respuesta.

Bibliografía ampliatoria

Bulygin, E. (2008): 'What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something): A Reply to Susan Haack', *Ratio Juris* 21 (1): 150-156.

Haack, S. (2007): 'On Logic in the Law: Something, but not All', *Ratio Juris* 20 (1): 1-31.

Schauer, F. (1991): *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press (traducción al español de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004).

Von Wright, G.H. (1963): *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London: Routledge & Kegan Paul (traducción al español de P. Garía Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos, 1970).

Material audiovisual disponible en internet

Conferencia de Eugenio Bulygin sobre 'Las normas y la verdad', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=NaSdkorrIKU>.

Conferencia de Eugenio Bulygin sobre '¿Hay una lógica de normas?', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3g1gMDVcuqE&t=444s>.

MÓDULO II

Actividades sugeridas para el módulo 'Racionalidad y sistematización del derecho'

A efectos de que el juez pueda configurar tanto la premisa normativa como la fáctica del razonamiento judicial se requiere identificar el conjunto de las normas que pueden tener consecuencias relevantes respecto del caso considerado. Esa tarea involucra, en primer lugar, identificar los criterios de admisión y rechazo del ordenamiento jurídico, que conjuntamente suministran la definición de norma válida. Una comprensión adecuada de la noción de validez, en la que se discrimine entre sus diferentes sentidos, es central para este curso, ya que ello repercute directamente sobre la configuración de los casos, sus soluciones, e incluso sobre la propia noción de decisión judicial justificada. Si bien habitualmente se habla en la literatura de 'sistema jurídico', esta expresión encubre al menos dos sentidos que deben ser distinguidos: uno estático y uno dinámico. El sentido estático alude al sistema jurídico como un sistema deductivo y permite derivar las consecuencias que se siguen de ciertas normas para la resolución de ciertos casos. En este plano es posible examinar las propiedades formales de completitud, consistencia e independencia, así como las correlativas deficiencias que conforman las lagunas, las contradicciones y las redundancias. El sentido dinámico, en cambio, da cuenta del modo en que los procesos de promulgación y derogación impactan sobre la identidad del derecho, lo cual requiere de una reconstrucción más compleja en términos de secuencias ordenadas de conjuntos de normas, en la que se priorizan las relaciones de legalidad. Es de particular relevancia la articulación adecuada de las variaciones del derecho en la faz dinámica con su estructura jerárquica. En este capítulo también es importante reflexionar sobre el papel de los criterios jerárquicos respecto de la determinación del derecho válido, el derecho aplicable y la dinámica jurídica. Por último, dado que en los Estados constitucionales contemporáneos la validez de las normas infraconstitucionales depende de su adecuación a constituciones que atrincheran ciertos derechos, se deben considerar los alcances del papel de los jueces al ejercer el control de constitucionalidad para garantizar la supremacía de la constitución, con especial hincapié en la problemática de los conflictos entre derechos constitucionales. Ello permitirá también evaluar el grado de tensión existente entre esta facultad que nuestros diseños reconocen a los jueces y el ideal democrático.

Competencias que se espera fomentar:

- a) Identificar las diversas nociones de validez de las normas y sus posibles funciones en la determinación del derecho aplicable a un caso.
- b) Operar eficientemente con las categorías de lagunas, contradicciones y redundancias a fin de determinar el derecho aplicable.
- c) Comprender el impacto que tienen sobre el sistema del juez los aspectos dinámicos y jerárquicos de los sistemas jurídicos y sus interrelaciones.
- d) Evaluar críticamente el papel del juez y sus estrategias como garante de derechos en el marco de democracias constitucionales con declaraciones de derechos atrincheradas.
- e) Seleccionar y analizar información sobre problemas jurídicos relevantes para poder formular juicios técnicamente sólidos que procedan de una reflexión personal.

f) Desarrollar la aptitud de trabajar colectivamente y producir resultados escritos y orales, para ser sometido a discusión entre pares, conectando los aspectos jurídicos con su contexto político institucional.

Objetivos, pautas y sugerencias para el desarrollo de las actividades:

Los ejercicios 1 y 2 tienen por fin evaluar la comprensión de los diferentes sentidos de validez analizados en el curso: pertenencia, fuerza obligatoria, creación regular y aplicabilidad. En el caso del ejercicio 1, esa comprensión se conecta específicamente con el sistema jurídico argentino. Según el grado de formación del auditorio, quizás podría ser enriquecedor incorporar al comienzo o al final de la actividad la lectura de algunos artículos de la Constitución Nacional que puedan mejorar la comprensión de las consignas.

Los ejercicios 3 y 4 buscan que los estudiantes se familiaricen con el manejo adecuado de las nociones de validez, eficacia y aplicabilidad, planteando posibles escenarios para su utilización. El docente puede complementarlos proponiendo el análisis de casos reales (por ejemplo, el de alguna ruptura institucional en el ejercicio 3, o un caso de derecho penal donde se discuta la aplicación de la ley más benigna en el ejercicio 4).

El ejercicio 5 requiere para su solución la construcción de una matriz que correlacione cada caso con sus soluciones y así poder detectar defectos lógicos del sistema normativo considerado. Para este ejercicio es importante que previamente los alumnos hayan comprendido adecuadamente la noción de propiedad relevante y su dependencia respecto de la solución prevista por el legislador: no debe confundirse, por ejemplo, la tipicidad del delito con la noción de propiedad relevante para construir la matriz.

El ejercicio 6 tiene por objetivo, no solo reforzar la comprensión de la clásica clasificación de Alf Ross en torno a los diferentes tipos de contradicciones normativas, sino también integrar ese criterio con los contenidos desarrollados en el módulo 1 (elementos de las prescripciones y cuadro de oposición deóntica).

El ejercicio 7 apunta a que, a la luz de diferentes casos, el estudiante demuestre su dominio de los defectos lógicos, en particular las lagunas normativas, y los pueda diferenciar de problemas semánticos, axiológicos, o de simple falta de regulación.

A los efectos del trabajo previsto en la consigna 8 es importante tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de conflictos entre derechos, tradicionalmente ha privilegiado en sus fallos la noción de 'armonización' entre derechos como categoría central para su resolución. Identificar el modo en que la Corte plantea esa 'armonización' en los fallos que se elijan puede constituir una posible estrategia para concretar el análisis que requieren las consignas. En cursos avanzados, si los casos elegidos involucran la remisión a normas de derecho internacional, el docente podrá además incorporar como variables de análisis las nociones de jerarquías normativas, y de pertenencia y aplicabilidad.

La situación planteada en la actividad 9 pretende generar la reflexión y el desarrollo de la capacidad argumentativa de los estudiantes a partir de una cuestión que presenta diferentes problemas: una situación inicial de trato desigual; la preocupación por optimizar el cumplimiento

de la constitución; la deferencia que según algunos debe presentarse a favor del poder legislativo por ser el directo representante de la voluntad popular, y el papel de la coacción en el derecho, entre otras cuestiones. Puede plantearse solo como una actividad que priorice el desarrollo de argumentos por escrito o como una actividad de cierre y puesta en común de los puntos 10.3. y 10.4.

La actividad 10 podría ofrecerse como una actividad cuya elaboración vaya acompañando desde un comienzo el desarrollo de la temática de todo el módulo, o como una actividad de cierre e integración de sus contenidos. También puede escogerse solo un aspecto de su desarrollo (validez y eficacia, aplicabilidad, objeción democrática, etc.) según los intereses y el nivel del curso (inicial o avanzado).

Actividades

1. ¿Cuáles de las siguientes afirmaciones le parece correcta? Justifique en cada caso su respuesta:

a) Una norma pertenece al derecho argentino cuando está destinada a regular la conducta de los argentinos.

b) El dictado de toda norma que pertenece al derecho argentino fue autorizado por otra norma del derecho argentino.

c) Una norma solo pertenece al derecho argentino si fue dictada por el Congreso de la Nación.

d) El conjunto de las normas que pertenecen al derecho argentino son una primera norma positiva y todas aquellas que han sido creadas de modo regular a partir de ella.

e) Una norma pertenece al derecho argentino cuando se adecua a los ideales consagrados en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

f) Una norma pertenece al derecho argentino cuando es reconocida como tal por los órganos de aplicación.

g) Una norma pertenece al derecho argentino solo a partir de que es aplicada por los tribunales.

2. Identifique con qué sentido se utiliza la expresión 'validez' en las siguientes frases. Justifique en cada caso su respuesta:

a) 'Esta norma ya no es válida. Fue derogada el año pasado'.

b) 'Esta norma es inválida. No constituye una razón para justificar mi decisión'.

c) 'Esta norma es válida porque fue dictada de conformidad con otra norma que forma parte del mismo sistema jurídico'.

d) 'La norma que penaba el adulterio nunca fue válida porque nunca fue obedecida por los ciudadanos ni aplicada por las autoridades'.

e) 'La ley provincial 14.050, que prohíbe la compraventa de alcohol entre las 21:00 y las 9:00 horas es inválida porque contradice lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional'.

f) 'En nuestro país no está regulado el llamado 'alquiler de vientres''.

3. Explique cuál es, según Kelsen, la relación entre validez y eficacia en las siguientes situaciones, indicando en particular qué sucedería en cada caso con la norma fundante básica kelseniana:

a) una revolución derroca al gobierno, deja sin efecto la constitución vigente, e impone una nueva;

b) una norma fue dictada de conformidad con otra norma válida del sistema, pero nunca fue obedecida ni aplicadas sanciones a sus transgresores.

4. Brinde dos ejemplos de normas que pertenecen a un sistema jurídico pero no son aplicables a ciertos casos, y de normas que no pertenecen a un sistema jurídico y, sin embargo, son aplicables a ciertos casos.

5. Analice el sistema que regula el delito de lesiones en el Código Penal argentino (artículos 89, 90, 91, 92 y 93). Identifique los casos y las soluciones establecidas por el legislador y luego elabore la correspondiente matriz a fin de establecer si el sistema es completo, coherente e independiente.

6. Tome una norma vigente de su sistema jurídico con el carácter deóntico de su preferencia y elabore a partir de ella tres normas imaginarias que resulten contradictorias con ella de manera total-total, total-parcial y parcial-parcial.

7. Teniendo en cuenta los diversos sentidos de contradicciones y lagunas analizados en el curso, establezca si algunos de ellos se presentan o están en discusión en los casos que a continuación se detallan. Justifique en cada caso su respuesta.

a) 'Transformación. Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, solo debe el valor de la primera ... Si el transformador es de buena fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión. Si el transformador es de mala fe, y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y del daño' (artículo 1957 del Código Civil y Comercial).

b) Personal de un municipio labra un acta de infracción al conductor de un vehículo por prestar servicios como remise sin poseer la habilitación correspondiente de conformidad con las disposiciones de una ordenanza municipal que regula dicha actividad. El imputado se presenta a ofrecer su descargo ante el órgano municipal competente acompañado por su abogado, quien aduce que la ordenanza en cuestión se refiere genéricamente a la prestación del servicio de transporte de pasajeros, pero no cubre específicamente la actividad a la que se dedica su cliente, quien transporta pacientes desde y hasta establecimientos geriátricos. En consecuencia, solicita se lo absuelva por no encontrarse dicha actividad sujeta a la obtención de habilitación municipal previa.

c) Ley 14050 de la Provincia de Buenos Aires. Artículo 1: *'Encuéntanse comprendidos en los términos de la presente Ley los locales bailables, confiterías bailables, discotecas, discos, salas y salones de bailes, clubes, y demás locales donde se realicen actividades bailables y/o similares, tanto en lugares cerrados como al aire libre, cualquiera fuere su denominación o actividad principal y la naturaleza o fines de la entidad organizadora'*. Artículo 6: *'No se admitirá la presencia y/o asistencia y/o permanencia de niños menores de catorce (14) años en los establecimientos y locales enunciados en el artículo 1°'*. Artículo 8: *'Los menores de entre catorce (14) a diecisiete (17) años sólo podrán permanecer en los establecimientos y locales comprendidos en el artículo 1° hasta las*

veintitrés (23,00) horas como horario máximo’. Artículo 9: ‘No se admitirá la concurrencia en los locales e instalaciones bailables de menores de catorce (14) a diecisiete (17) años en forma simultánea con mayores de dieciocho (18) años de edad’.

Se labra una infracción contra un local bailable por haberse constatado la presencia a tres personas de 17 años con posterioridad a las 23:00 horas en concurrencia con mayores de 18 años. El abogado defensor plantea como defensa que lo constatado no constituye infracción alguna porque los artículos 8 y 9 de la citada ley se refieren a menores cuyas edades se encuentren comprendidas entre los 14 y los 17 años, no a quienes ya hubieran superado los 17 años, como sería el caso de los tres que fueran individualizados en el acta de infracción.

d) Con fundamento en que de acuerdo con el artículo 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 2 de la ley 23.849 y el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho a la vida, un doctrinario sostiene la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 86 del Código Penal, al establecer que *‘El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’.* En consecuencia, propicia aplicar a tales supuestos las penas previstas en la primera parte del artículo para quien causare un aborto.

e) *‘Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal’* (artículo 14 de la Ley 23.737).

Con anterioridad a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decretara la inconstitucionalidad del segundo párrafo de este artículo *in re ‘Recurso de hecho en Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080, A. 891, XLIV, 25/08/09’*, la jurisprudencia había sostenido, entre otras cosas, que *‘La ley no brinda ninguna pauta que permita desentrañar qué cuantía consideró el legislador a los fines del artículo 14 2ª parte y si ese factor varía en función de la persona que la tenga o bien por las demás circunstancias. Al no surgir ninguna referencia que acote la aplicación de la figura privilegiada parecería que el legislador, con buen criterio, dejó en manos del intérprete el marco de aplicación de la figura, dado que la cantidad que en un caso concreto puede ser módica en otra podrá exceder la necesaria para ese consumidor’* (TO.Fed. Cap. Fed. N°3, ‘Flores, Zulema’, 20-10-94).

8. Escoja dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos diez años en los que se ventilen conflictos entre derechos. Identifique las cláusulas constitucionales en juego. ¿Considera que la Corte acepta en esos casos la existencia de genuinos conflictos? ¿Considera que existe algún punto de contacto en su argumentación con las pautas identificadas para la ponderación por Alexy? ¿O su aproximación teórica a los conflictos entre derechos y la ponderación es más cercana a la de Guastini? Justifique su respuesta.

9. Suponga un sistema jurídico que prevé sanciones para los casos en que, por ejemplo, oficiales de policía realizan un allanamiento sin una orden judicial o sin que exista causa probable. Sin embargo, si las legislaturas provinciales o el Congreso Nacional dictaran una norma que de algún

modo permitiera que la policía violara la garantía constitucional que prohíbe tal intromisión, los legisladores no recibirían ninguna sanción formal.

Para Schauer, la obediencia al derecho por parte de autoridades y ciudadanos que se obtiene sin recurrir a sanciones, solo por el hecho de ser tal, es en la práctica un fenómeno mucho menos generalizado de lo que a menudo los teóricos del derecho han considerado al elaborar sus especulaciones acerca del derecho. Y afirma que *‘la obediencia a la constitución que no está respaldada por la coacción puede también ser rara, al menos cuando la constitución cumple funciones regulativas y no constitutivas, y cuando lo que ella exige diverge del juicio de la autoridad ‘todas las cosas consideradas excepto por lo que establece la constitución’* (Frederick Schauer, ‘Constitutionalism and Coercion’, *Boston College Law Review* 54, 2013: 1881-1908). Por ello concluye que existirían razones para evaluar la introducción de la coacción para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales.

a) Examine qué consecuencias se seguirían en su ordenamiento jurídico para situaciones similares a las del caso propuesto al comienzo.

b) Ud. es defensor de un modelo de democracia con constitución rígida y control judicial de constitucionalidad. ¿Considera compatible con ese modelo la propuesta de Schauer? ¿Por qué? En caso afirmativo, indique de qué forma podría articularse. En caso negativo, indique qué otros mecanismos podrían considerarse para mejorar en nuestros sistemas el cumplimiento de la constitución.

c) Si Ud. considerara contramayoritario el control judicial de constitucionalidad, ¿estaría dispuesto a aceptar la propuesta de Schauer? ¿Por qué?

10. En grupos de no más de tres personas se relevará información acerca de las normas involucradas en el movimiento de secesión catalana, haciendo especial hincapié en la Constitución Española, la Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, la Ley del Referéndum aprobadas por el Parlamento de Cataluña a comienzos de septiembre de 2017 y las decisiones recaídas al respecto por parte del Tribunal Constitucional español. La Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República sienta las bases de la ruptura de esa comunidad con el resto de España para el caso en que, una vez realizado el referéndum, triunfe el sí a la secesión. Sin embargo, el gobierno central ha objetado su constitucionalidad por ante el Tribunal Constitucional, el cual ha aceptado el recurso, lo que implica la suspensión automática de la norma de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.2 de la Constitución. No obstante, existen razones para prever que el gobierno local desoirá la decisión del Tribunal.

En clase deberá ofrecerse un panorama de la normativa en juego y los desafíos legales que representa. Además, deberán ofrecerse argumentos a favor y en contra de la independencia de Cataluña teniendo en cuenta los escenarios e interrogantes que se indican más abajo. Los análisis que se ofrezcan deberán hacer uso de las nociones de validez, eficacia, aplicabilidad, jerarquías normativas, sistema y orden jurídico, decisiones mayoritarias y contramayoritarias, democracia y Estado de derecho.

a) La ley de transición establece que para el caso de que triunfe el sí, ella devendrá norma suprema, desplazando a la Constitución de 1978. Si ello sucediera ¿cómo analizaría esa situación en cuanto a las relaciones entre validez y eficacia en términos kelsenianos?

b) Analice las normas referidas a la sucesión de los ordenamientos para el caso de secesión (Título II) ¿Cómo afectaría a las normas preexistentes? ¿Y a las decisiones del Tribunal Constitucional?

c) Reconstruya los criterios de pertenencia y de aplicabilidad de normas al sistema jurídico durante la etapa de transición para el caso de que se inicie el proceso de secesión. ¿Qué condiciones deberían configurarse para considerar que se ha iniciado un nuevo orden jurídico?

d) Evalúe las consecuencias legales e institucionales (en términos de los requisitos de un Estado democrático de derecho) de los siguientes escenarios:

- El Tribunal Constitucional declara constitucionales las leyes de transitoriedad y referéndum catalanas. El referéndum se lleva a cabo y triunfa el sí por diez puntos con una abstención del cuarenta por ciento del padrón.

- El Tribunal Constitucional declarara inconstitucional las leyes de transitoriedad y referéndum catalanas. El referéndum se lleva a cabo y triunfa el sí por dos puntos con una participación del setenta y ocho por ciento del padrón.

Bibliografía ampliatoria

Alchourrón, C.E. y E. Bulygin (1971): *Normative Systems*, Wein-New York: Springer Verlag (traducción al español de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1975).

Caracciolo, R. (1988): *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ferrer Beltrán, J. y J.L. Rodríguez (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

Kelsen, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, Wien: Frans Deuticke (traducción al español de R. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho* (2da edición), México, UNAM, 1979).

Moreso, J.J. (2009): *Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.

Discusiones 1 (2000) (disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusiones-derechos-y-justicia-constitucional-num-1-2000-introduccion/>).

Material audiovisual disponible en internet

Conferencia de Robert Alexy sobre '¿Cómo proteger los derechos fundamentales?', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU>.

Podcast de John Gardner sobre 'On Constitutions', disponible en <http://philosophybytes.com/2013/03/john-gardner-on-constitutions.html>.

MÓDULO III

Actividades sugeridas para el módulo 'Interpretación, objetividad y conocimiento del derecho'

Si hubiera que señalar cuál es la cuestión que representa la mayor dificultad a la hora de construir la justificación de una decisión judicial, seguramente nos inclinaríamos por las complicaciones involucradas en la interpretación de las normas jurídicas. En este módulo se trabaja centralmente esta cuestión, examinándose sus relaciones con el problema de la objetividad y el estudio del derecho. Es imprescindible conocer inicialmente cuáles son las diferentes concepciones de la interpretación jurídica, a cuyo fin es conveniente discriminarlas en tres grandes grupos: las teorías de la única respuesta correcta, las teorías de la indeterminación radical y las teorías de la indeterminación parcial. Una vez posicionados en una cierta concepción de la interpretación, es menester analizar los principales focos de dificultad que ofrece la interpretación en el derecho, desde problemas como la vaguedad o ambigüedad del lenguaje del legislador, a cuestiones más complejas como la así denominada *derrotabilidad* de las normas jurídicas. Las apuntadas dificultades generan en los operadores del derecho la necesidad de apelar a diferentes argumentos interpretativos, que es preciso examinar detenidamente en cuanto a su estructura y alcances, así como sus relaciones recíprocas, y ellos a su vez impactan en el surgimiento de desacuerdos entre los juristas, una cuestión que ha generado recientes controversias en lo que respecta a los modos en que puede darse cuenta de ellos desde el plano teórico desde diferentes concepciones del derecho. Las dificultades involucradas en la interpretación de las normas jurídicas tienen igualmente un profunda repercusión en el estudio teórico del derecho, en particular sobre la pregunta relativa a qué es aquello que determina la verdad de nuestros enunciados acerca del derecho.

Competencias que se espera fomentar:

- a) Familiarizarse con las diferentes concepciones de la interpretación a fin de reconocer sus proyecciones respecto de la comprensión del fenómeno jurídico.
- b) Identificar los diferentes problemas interpretativos y su impacto en cada caso en la determinación del derecho.
- c) Analizar críticamente los argumentos interpretativos más comúnmente utilizados con el objeto de discriminar las diferentes funciones que pueden cumplir en el razonamiento del juez.
- d) Reflexionar sobre los desafíos que la posibilidad de desacuerdos en el derecho plantea a la teoría jurídica a fin de que generar criterios para la construcción de un conocimiento del derecho de naturaleza científica.
- e) Generar criterios y estrategias propias y colectivas para el análisis de problemas jurídicos concretos.
- f) Comunicar adecuadamente, de forma oral y escrita, problemas y argumentos distinguiendo diferentes niveles de abstracción y complejidad en cada uno de ellos y discriminando los contextos discursivos en que se insertan.

Objetivos, pautas y sugerencias para el desarrollo de las actividades:

En la actividad 1 se busca que los estudiantes adviertan el modo en que nuestros compromisos en torno a la naturaleza de la interpretación inciden sobre otras discusiones vinculadas con el fenómeno jurídico. En particular, se explora su impacto sobre la cuestión de si es posible justificar el control judicial de constitucionalidad en el marco de las democracias constitucionales y en base a qué argumentos. Para la realización de la consigna es importante considerar de qué manera cada concepción de la interpretación se posiciona frente a la posibilidad y alcances de la discrecionalidad del intérprete y de qué modo cada una de ellas concibe la asignación de significado a las formulaciones normativas en general, y a las constitucionales en particular, a fin de que estas últimas puedan considerarse un 'límite' que los jueces pueden y deben garantizar.

Los ejercicios 2 a 6 proponen el análisis de casos de derecho positivo en los cuales el estudiante pueda ensayar la utilización de las diversas categorías incluidas en los puntos 11, 12 y 13 del módulo 3, e integrarlas en textos propios que apunten tanto a dar cuenta del sistema jurídico bajo análisis como a justificar una toma de posición. Específicamente, en la actividad 6, dedicada al estudio del octavo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, es importante identificar cómo las diferentes instancias establecieron el alcance de la prohibición de conceder la suspensión de juicio a prueba que dicha norma establece y, a partir de allí, evaluar esas decisiones en términos de las categorías de interpretación restrictiva y extensiva. Este caso permitirá, además, reflexionar sobre el propio concepto de interpretación (¿en qué momento la interpretación deja de ser tal para transformarse en invención?) y advertir que la determinación de cuál de las interpretaciones puede ser considerada como 'literal' o 'correctora' puede en ocasiones ser una cuestión discutible.

Las consignas 7 y 8 servirán para profundizar la detección y análisis de los argumentos interpretativos en el marco de las decisiones judiciales. En el caso de la consigna 7, debe remarcarse que la identificación de argumentos interpretativos debe ser sensible no solo al nombre que el intérprete u órgano de aplicación les asigne, sino también a lo que de hecho hace con ellas a fin de detectar posibles inconsistencias. También, y esto es lo que prioriza el ejercicio 8, se considerará valioso que el estudiante, con las herramientas del curso, sea capaz de elaborar sus propias estrategias para identificar y evaluar la corrección de razonamientos en los que se recurre a argumentos interpretativos.

Los ejercicios 9 y 10 están orientados, por una parte, a detectar situaciones de desacuerdos entre juristas y reflexionar sobre su reconstrucción teórica desde el marco de posturas positivistas y antipositivistas y, por otra parte, a examinar críticamente las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, particularmente frente a casos problemáticos. Se busca con ellos, además, promover las habilidades de argumentación y debate sobre cuestiones controvertidas.

Actividades

1. Lea atentamente el siguiente texto de Michael Moore. Luego formule dos argumentos de similar extensión, uno desde una posición que asuma la tesis de la indeterminación radical y otro que asuma la tesis de la indeterminación parcial, explicando la práctica del control judicial de constitucionalidad en las democracias constitucionales y evaluando su justificación. ¿Qué objeción podría hacerse desde cada una de ellas a la reconstrucción que ofrece Michael Moore?

‘El realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas de adjudicación ... cosa que no pueden hacer ni el convencionalismo ni el escepticismo moral. Considérese un solo ejemplo, la práctica del control judicial de constitucionalidad en el derecho constitucional americano en tanto ese control es ejercido al interpretar la carta de derechos y las enmiendas de la guerra civil. Un realista moral puede ver esas enmiendas como si se refirieran a derechos preexistentes que todas las personas poseen. Cuando hoy un juez realista moral invalida la expresión de la voluntad de la mayoría que supuestamente está representada en una ley, lo hace en el nombre de algo que está más allá de su poder de cambio y más allá del poder de cambio del consenso de la sociedad. Su justificación para ir en contra de la mayoría no es que sus sentimientos son diferentes de los de la mayoría, ni que algún consenso del pasado de una supermayoría es diferente del consenso actual que una ley representa. Su justificación para el control judicial de constitucionalidad es contundente, y también lo es su forma de practicarlo: buscará descubrir la verdadera naturaleza de los derechos a los que se hace referencia construyendo la mejor teoría que pueda mostrar acerca de la naturaleza de la igualdad, la naturaleza de la libertad, etc.’ (Michael Moore, ‘A Natural Law Theory of Interpretation’, *Southern California Law Review* 58, 1985: 331).

2. La modificación de la ley de matrimonio civil en virtud de la ley 26.618, que admitiera el *matrimonio igualitario*, generó numerosos y encarnizados debates. Los dos fragmentos siguientes son buenos ejemplos de ello:

‘Afirmar que la unión de dos personas del mismo sexo debe ser considerada un matrimonio, sería relativizar la noción del matrimonio, puesto que existen diferencias esenciales entre el matrimonio y aquella unión. Nuestra negativa al respecto no es arbitraria, sino que se fundamenta en lo que verdaderamente es un matrimonio, cuya esencia no puede ser dejada de lado sin que la misma quede desvirtuada. Y ello es así hasta un punto tal, que el resultado de la unión de dos personas de igual sexo no puede sino ser considerada de cualquier otra manera, pero no como un matrimonio. Augusto M. Morello considera indudable que las parejas formadas por dos hombres o dos mujeres tienen derecho a que registren su unión, así como a gozar de no pocos de los beneficios sociales, jurídicos, impositivos, de asistencia social y hereditarios asociados al matrimonio; pero esa unión, dice, no es un matrimonio, que sólo se configura si se trata de la unión de hombre y mujer. Y agrega que ‘insistir en la denominación de matrimonio para las parejas que formalizan esas uniones, es desvirtuar el registro propio, específico y calificante de matrimonio, cónyuge, esposo, consorte, si acatamos que desvirtuar es quitar la virtud, sustancia, esencia y vigor que tiene, define y porta un concepto, o la naturaleza de una cosa’ (A. M. Morello, ‘Desvirtuación del matrimonio’, LL-2005-D, 1471). También del Diccionario de la Lengua Española resulta que el concepto de la voz matrimonio consiste en la unión de

hombre y mujer (DRAE, 20ma. ed., Madrid, 1984, II, 886). Siguiendo esas pautas, Bidart Campos dice a su vez que ‘denominar matrimonio, y encuadrar de modo recíproco a la unión entre personas de un mismo sexo, es asimilar lo que no resulta asimilable. La ley puede hacerlo... Pero que tal tipo de unión responda a lo que ontológicamente es la unión nupcial, no parece lo más verdadero ni acertado’. Y más adelante se pregunta: ‘¿Quién desmentiría, por más apelaciones igualitarias que hiciera, que los roles personales y sociales masculinos y femeninos no son los mismos? Y si existe –como enfáticamente lo defendemos– un derecho a la identidad personal que obliga a respetar las diferencias que identifican a cada ser humano en su mismidad, no nos parece demasiado lógico ignorar lo que de diferente hay entre el varón y la mujer para decir que ‘es matrimonio’ la unión entre dos hombres o entre dos mujeres’ (‘Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo’, ED, 164-721, 5 y 7). ... Con relación al matrimonio no debe dejarse de lado que se trata de una institución del orden natural –que existe grabada en la mente y en el corazón de los hombres– ... que se encuentra ordenado, dentro de esa armonía que deriva de la naturaleza, además de a lograr el bien de los esposos, a la generación y educación de la prole, que hace a la mejor perpetuación de la especie. Lo cual es un elemento constitutivo del matrimonio y pertenece al mismo por su propia naturaleza. La sexualidad está encauzada a la fecundación, y la diferenciación sexual a la complementariedad, encontrándose la misma orientada al servicio de la intercomunicación interpersonal, y de esa manera, a la perfección de los integrantes de la pareja. La misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en eso consiste el matrimonio. Existe, pues, una abismal diferencia entre el matrimonio y la unión de dos personas del mismo sexo, quedando además en este último caso excluida la generación en forma natural. ... Pues bien, partiendo de las premisas que anteceden, debemos afirmar que consideramos al matrimonio como la unión encarada con un sentido de permanencia, que celebran en legal forma el hombre y la mujer, con la finalidad normal de procrear y de educar a los hijos, así como la de ayudarse mutuamente entre los esposos y la de buscar su bien. Caracteres que el derecho no hace más que recoger y regular’ (Eduardo A. Sambrizzi, ‘El consentimiento para contraer matrimonio debe ser necesariamente expresado por un hombre y una mujer’, en AA.VV., *El matrimonio: un bien jurídico indisponible*, Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2010.)

‘... juristas, profesionales de la psicológica, la psiquiatría, la medicina, religiosos y activistas políticos desplegaron argumentos a favor y en contra del proyecto de ley. En general, no sólo buscaron legitimar sus exposiciones con base en la argumentación retórica, sino en la autoridad de la representación corporativa, es decir, invocando la infabilidad de lo religioso o de lo científico. Particularmente los sectores vinculados a las posiciones contrarias, sobre todo, católicos, comenzaron utilizando argumentos que se decían estaban basados en estudios científicos. La Federación LGBT –que condujo el proceso legislativo que concluyó con la aprobación de la ley– advirtió la necesidad de ubicar rápidamente parte de la discusión en ese plano. Debemos, no obstante, dejar claro que siempre se consideró que el hecho de ‘someter a estudio’ a la gente LGBT y la existencia de las familias homoparentales es ya un punto de partida discriminatorio. Nadie estudia a los heterosexuales y sus familias para ver si tienen derecho a existir. A pesar de ello entrar en esta discusión contribuyó a visualizar los procedimientos falaces que intentan forzar conclusiones científicas a favor de la

discriminación. Respecto a este último sector la adhesión fue masiva. Pocas veces se vio tantos grupos vinculados a la investigación y a la docencia, especialmente de las principales universidades públicas, e incluso grupos de investigadores y universidades del exterior manifestándose con su firma de apoyo en documentos a favor de la ley de igualdad. También varias Universidades públicas se manifestaron a favor de la iniciativa, entre ellas, los Consejos Superiores de la Universidad de Buenos Aires, de las Universidades Nacionales de Córdoba, de Rosario, La Pampa y San Luis, numerosas Facultades e innúmeras asociaciones profesionales, especialmente del campo psicológico, médico y jurídico. Más de 600 investigadores/as y docentes universitarios/as argentinos/as, en su gran mayoría pertenecientes al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) suscribieron un Informe titulado 'Per scientiam ad justitiam! Consideraciones de científicos/as del CONICET e investigadores/as de Argentina acerca de la ley de matrimonio universal y los derechos de las familias de lesbianas gays, bisexuales y trans'. En él, además de argumentaciones legales y sociológicas, era referenciada una reveladora cantidad y variedad disciplinar de estudios realizados con familias homoparentales a nivel internacional, cuyas conclusiones no evidenciaban diferencias significativas con las familias heterosexuales, respecto a la conformación familiar, crianza y cuidado de niños y niñas e identidad sexual de los/as mismos/as. Este material, sumado a algunos otros documentos fue, además de ampliamente difundido por las redes sociales en Internet, publicado bajo la forma de un libro llamado 'Matrimonio para todas y todos. Ley de Igualdad: aportes para el debate', por la Federación y entregado a cada uno de los senadores/as que debían decidir su aprobación o no a la ley de matrimonio igualitario. Como la discusión parecía centrarse, sobre todo en los debates en Comisión, tanto en la cámara de Diputados como Senadores, en las voces 'expertas', una estrategia que los sectores contrarios supusieron podría resultar convincente fue abandonar el campo de las afirmaciones religiosas o slogans de cualquier orden y tratar de fincarlas en argumentaciones de carácter científico. ... este tipo de informes suelen presentar los argumentos bajo el sayo de la objetividad científica, entendiendo por tal que los hechos a los cuales aluden no admiten interpretación en contrario. Es más, no aceptan interpretación alguna. No hay mediación entre el hecho observado/conocido y su conceptualización. Así el concepto es unívoco y responde solamente a la manera de ver de quien lo plantea. Generalmente la fuente de tal conocimiento es el derecho natural (cuando no los textos bíblicos) que se dicen impresos en el corazón de cualquier y todo hombre. El problema es que son solo ellos quienes pueden leerlos y decirnos al resto su significación. De hecho, opera de forma similar a cualquier tipo de conocimiento dogmático; algo seriamente reñido con el pensamiento científico. Cualquiera tiene el derecho de pensar que una ley natural existe y que regula su moral, sus comportamientos individuales, familiares, e inclusive el matrimonio. Pero eso está reservado al ámbito de las creencias y no de las ciencias' (Carlos Figari, 'Matrimonio Igualitario: ciencia y acción política', en N. Solari y C. Von Opiela, *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*, Buenos Aires: La Ley, 2011.)

Después de leer detenidamente los dos fragmentos transcritos, resuelva las siguientes consignas:

a) Encuentre en los fragmentos y liste tres ejemplos de palabras *ambiguas* (de al menos dos clases diferentes de ambigüedad) y tres *vagas*. Justifique la elección en cada caso.

b) ¿Se utiliza en los fragmentos el lenguaje en su uso emotivo, de manera independiente o a través de definiciones persuasivas? Señale ejemplos y explique el propósito de su uso.

c) En el segundo fragmento se hace referencia a una idea particular de *interpretación*. ¿En qué sentido se está empleando esa expresión?

d) Señale las disputas (al menos dos) que encuentre en los fragmentos leídos, indicando cuáles son los temas debatidos y los principales argumentos planteados, y si considera que se trata de desacuerdos genuinos o de seudodisputas.

3. Asuma una posición con respecto a alguno de los temas en discusión en el punto anterior y escriba una defensa de no más de quinientas palabras para dar fundamento a su elección. Esa defensa deberá incluir referencia a textos legales vigentes y a lo que considera Ud. su adecuada interpretación.

4. La ley 11.723 de Propiedad Intelectual data del año 1933. Su artículo 1 originalmente disponía:

‘A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción’.

El inciso a) de su artículo 72, por su parte, castiga con la pena de la defraudación del artículo 172 del Código Penal (un mes a seis años de prisión) a quien:

‘... edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes’.

A finales de la década de los 80 y comienzos de la de los 90, el aumento de la popularidad de las computadoras personales generó un crecimiento exponencial del mercado de los programas de computación. Un porcentaje importante de ese mercado estaba ocupado por copias no autorizadas de *software*, que por su facilidad para ser reproducidas se vendían a una fracción ínfima del precio de los productos originales. Por iniciativa de las empresas propietarias de las licencias de esos programas, los autores de estas reproducciones comenzaron a ser perseguidos penalmente. Teniendo en cuenta que en el ámbito del Derecho Penal está prohibida la analogía en perjuicio del imputado, se suscitó una discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la punibilidad de la edición, venta y reproducción no autorizadas del *software*. Los fallos siguientes son representativos de las posturas enfrentadas:

i) ‘La reproducción ilegal de un programa de computación (*software*) describe el tipo penal contenido en el art. 72, inc. a de la ley 11723’ (‘Lotus Development Corp. y Ashton Tate Corp. s/ sobreseimiento definitivo’, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, 4 de abril de 1994).

ii) 'La reproducción, venta o edición sin autorización, de un programa de computación cuya titularidad demanda el querellante, puede encuadrar a primera vista en el art. 72 de la ley 11.723, partiendo de aceptar la condición de obra intelectual de un soporte lógico (software) cuando se trata de una obra original' ('Ashton Tate Corp. s/ Propiedad intelectual', Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 30 de mayo de 1995).

iii) 'El software es una obra *sui generis*, y, por lo tanto, no puede incluirse en el tipo penal a estudio so riesgo de violar el principio *nullum crimen sine praevia lege poenale*. En efecto, extender el tipo penal aludido a la protección de esas obras *sui generis*, importaría quebrar la garantía de la realización del derecho penal liberal en cuanto limita las fuentes del poder represivo, propias del Poder Legislativo, ya que es facultad del Poder Judicial aplicar las leyes pero no sancionarlas' ('Autodesk, Inc. s/ recurso de casación', Cámara Nacional de Casación Penal de Capital Federal, 19 de julio de 1995).

iv) 'El 'software' no encuentra protección específica en los aspectos penales conforme la ley 11.723. ... El 'software' no reviste calidad de obra científica, literaria, artística y didáctica en los términos del art. 1º, ley 11.723 dado que un programa de computación es un conjunto de secuencias para el logro de un resultado y no un fin en sí mismo, necesitando la interacción del usuario, cuya originalidad es difícil de establecer, dado que en general se trata de modificaciones y adecuaciones de programas anteriores, que no persigue una búsqueda estética ya que está destinado a servir a una máquina' ('Carnicero, Ariel s/ propiedad intelectual', Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 20 de mayo de 1997).

v) 'Constituye el delito tipificado en el art. 72, inc. a), ley 11.723 cometido en forma reiterada, la acción del imputado que reprodujo y vendió programas de computación de la firma damnificada sin autorización alguna. Pues las órdenes que se le imparten a una máquina no están unidas en forma arbitraria sino que se encuentra detrás el intelecto del programador por lo que le es otorgado a cada 'software' un rasgo distintivo que encuentra protección en la ley citada. Asimismo dichos programas de computación son el resultado de una gestión racional y por ende humana que constituyen el desarrollo de una idea, vale decir, una creación personal y original del espíritu' ('Carcán, Javier s/ propiedad intelectual', Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 18 de julio de 1997).

vi) '... el *software* es un hecho nuevo en esta sociedad, mas tal argumento no excluye por sí solo su inclusión como obra protegida por aquella ley. Lo contrario implicaría restringir su aplicación a los elementos que fueron creados al momento de su sanción y a aquellos surgidos luego pero que podía considerarse previsible su surgimiento, circunstancia que la condenaría al fracaso al no atender a aquella capacidad creativa e innovadora propia del hombre. ... la ley de propiedad intelectual debe ser interpretada de manera dinámica, a fin de no quedar al margen de los continuos avances tecnológicos que se producen en estos tiempos, ello sin que –por supuesto– su esencia sea forzada o desnaturalizada por medio de esa interpretación' ('Microsoft Corporation, Inc. y otros', Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 2ª, 25 de mayo de 1998).

vii) 'No corresponde que de manera general se excluya de la normativa contenida en la Ley 11.723 referida al derecho de autor a las obras de software, las que quedarán en ella incluida si reúnen las características generales requeridas para todo tipo de creación' ('Microsoft Corporation,

Inc. s/ denuncia', Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, 29 de mayo de 1998).

viii) 'Si lo que protege la ley es la creación intelectual de una persona, aprovechándose de la obra de otro, a los efectos de obtener algún beneficio que no le corresponde, la excepción a este principio no debe existir para los programas de computación, ni tampoco la afirmación de que éstos no son obra del espíritu humano, más allá de la comprensión o no de ellos, o del rechazo al avance de la ciencia; el hecho es que el programa de computación se basa en la creatividad de la persona que unió los elementos técnicos que posibilitan la utilización del programa como tal, es decir, que si bien hay un conjunto de factores que la máquina puede hacer por sí misma, no hay duda que se necesita de una persona que haya dirigido esos elementos, esto es, en definitiva, lo que protege la ley de propiedad intelectual' ('Lin, Chun Hsiung y otros s/ falsificación', Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 30 de marzo de 1999).

ix) 'En la especie el cuestionamiento acerca de si corresponde atribuir a los programas de computación el carácter de obra a los efectos de su tutela penal en los términos de la ley 11.723 exige un examen por demás detenido de la normativa aplicable que ni doctrina ni jurisprudencia han resuelto aún de manera pacífica, por lo que tampoco puede afirmarse –como lo sostiene el Tribunal– que se trata de un supuesto que resulte de manera manifiesta y evidente' ('Dojorti, Nidia del Valle y otro s/ recurso de casación', Cámara Nacional de Casación Penal, 20 de mayo de 1999).

En octubre de 1998, el Congreso de la Nación modificó el artículo 1 de la ley 11.723, a través de la ley 25.036 (publicada en el Boletín Oficial del 11 de noviembre de ese año). La norma quedó redactada así:

'A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción'.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resuelva las consignas siguientes:

a) Identifique el o los términos a cuyo respecto se generaron las principales desintelencias interpretativas representadas por los fallos transcritos.

b) Explique por qué resulta obstaculizada la intelección simple de las normas involucradas.

c) Determine qué tipo de problemas semánticos del lenguaje representan el o los términos referidos.

d) Describa cuál es la postura explicitada en cada fallo acerca del significado de las palabras de las leyes.

e) Si los jueces integrantes de los tribunales cuyos fallos se citan conocieran la polémica entre las tesis de la única respuesta correcta, de la indeterminación radical y de la indeterminación parcial, ¿a cuál de las posiciones adherirían en cada caso?

f) Escoja una de las posturas en disputa y construya un argumento *a fortiori* para sostener sus conclusiones.

g) Explique el problema comentado como un caso de textura abierta en las normas. A continuación, explíquelo como un caso de derrotabilidad. Indique cuál de estas dos maneras de presentarlo le parece más adecuada y fundamente su respuesta.

h) Señale diferentes argumentos interpretativos utilizados para apoyar cada postura.

i) Reformule las posturas enfrentadas en términos de las naturalezas jurídicas presuntamente involucradas y evalúe críticamente dicho recurso.

j) ¿Considera que la modificación del artículo 1 de la ley 11.723 zanja la discusión sobre la punibilidad de la reproducción no autorizada de programas de computación?

k) Proponga una redacción alternativa que, a su juicio, satisfaga o mejore la solución del problema. ¿Entiende posible que la norma pueda reformarse de manera que abarque cualquier otra conducta hoy inconcebible (como lo fuera la reproducción de *software* a comienzos del siglo XX), que pudiera surgir en lo futuro? Justifique sus respuestas.

6. A continuación, se transcriben un texto normativo que ha dado lugar a desinteligenias interpretativas y extractos de fallos judiciales que dan cuenta de ellas. Léalos con detenimiento y realice las actividades que se indican más abajo.

Artículo 14, ley 23.737:

‘Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal’.

Fallos:

i) ‘El legislador quiso con la configuración del delito previsto por el artículo 14 parte 2ª de la ley 23.737, que inequívocamente surge por la escasa cantidad y demás circunstancias, que el estupefaciente sea para consumo personal’ (C. Fed. General Roca; 20/11/90).

ii) ‘Si bien la ley 23.737 art. 14 prevé un régimen más benigno que el artículo 6 de la ley 20.771 al referirse al tenedor para consumo propio, es requisito que ese destino surja *inequívocamente* de la escasa cantidad de la materia tenida y de las demás circunstancias del caso’ (CCC.Sala II, ‘Trovato, O.’; 16/5/90).

iii) 'Encuadra 'prima facie' en el artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737, la cotenencia de 5 gramos de clorhidrato de cocaína de alta pureza (91%), arrojada al exterior del inmueble, presentando los imputados signos sanguíneos de consumo reciente de droga' (CCC. Fed. Sala I, 'Maradona, D.', 28/11/91).

iv) 'La voz *inequívocamente*, inserta en el segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737, no puede otorgar válidamente al dispositivo de ley una inteligencia que no se concilie con el principio de inocencia de jerarquía constitucional y sus correlatos del *in dubio pro reo*; toda vez que la demostración de los hechos que justifiquen la criminalidad del procesado –incluso, figura más gravosa– está a cargo de la acusación' (C. Fed. Rosario, Sala A; 'Moschini, L. y Soís, R.'; 21/6/90).

v) 'La tenencia que prevé el segundo párrafo del artículo 14 necesita para su consumación –según su redacción– de dos elementos objetivos constitutivos del tipo, esto es, la escasa cantidad y demás condiciones que hagan surgir en forma inequívoca que dicha tenencia es para uso personal' (C. Fed. Rosario, Sala A, 'Arias, A.', 25/10/90).

vi) 'Con la sanción de la ley 23.737 se tipifica nuevamente como delito la tenencia de sustancias tóxicas prohibidas para uso personal y se instrumentan diferentes opciones para la reacción del Estado, por lo que el juzgador frente a esta hipótesis delictiva se enfrenta ante un abanico de opciones que tienen en cuenta una marcada finalidad asistencial con alcance curativo o educativo, conforme se desprende de los arts. 17, 18, 19, 20, 21 y 22. ... la exigua cantidad de estupefaciente encontrada en poder del encartado es un dato suficiente para considerar que la tenencia se encuentra destinada al estricto consumo personal, circunstancia que se ve reforzada por la sincera actitud de aquél que adoptó desde el inicio del proceso, respecto de su condición de consumidor, como por informes médicos y socio-ambientales' (C. F. S. M. Sala I, 'Maidana, A.', 13/7/92).

vii) '... no implica riesgo concreto a la salud pública la tenencia para uso personal de una escasa cantidad de estupefacientes (0,68 gramos de marihuana, cantidad que deberá cotejarse en sus aspectos cualitativos (v.gr., principio activo del estupefaciente, su capacidad tóxica y demás circunstancias), conforme a las reglas de la sana crítica (art. 398, CPP)' (CFLP, 'T., L. L.', 15/2/07).

viii) 'Que de conformidad con los argumentos desarrollados, ... se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad. La ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por aplicarle una pena o un tratamiento. Sin embargo, esta ley, en lo que hace a la habilitación del poder punitivo por parte del Estado para el supuesto de tenencia para uso personal, resulta redactada en forma casi idéntica a su predecesora, con lo que no ha logrado superar el estándar constitucional en la medida que sigue incriminando conductas que quedan reservadas, por la protección del artículo 19 de la Carta Magna, a un ámbito de privacidad. Por todas las razones expuestas, el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, debe ser invalidado...' (CSJN, 'Arriola, J.', 25/8/09).

a) Frente a la disposición transcrita, las desinteligencias interpretativas se han generado alrededor de dos términos: identifíquelos.

b) Señale cómo obstaculizan ellos la intelección de la norma.

c) ¿Qué tipo de imprecisión del lenguaje representa cada uno?

d) ¿Podrían superarse las dificultades de alguna manera? ¿Cómo debería quedar reformulada la norma?

6. El artículo 76 bis del Código Penal, que regula el instituto de la suspensión de juicio a prueba, establece en su párrafo octavo que:

‘Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación’.

Ha sido una cuestión sumamente discutida en la doctrina y la jurisprudencia el alcance que corresponde otorgar a la disposición transcrita. Por ejemplo, el 9 de septiembre de 2013 el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires arribó a un acuerdo plenario en la Causa N° 52.274 – 52.462 ‘B. L. E. y otro s/ Recurso de Queja’, en el cual se resolvió que ‘... la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba es procedente en los casos de delitos que tienen prevista pena de inhabilitación ya sea principal, conjunta o alternativa’. Uno de los magistrados del referido Tribunal, el Dr. Maidana, justificó su posición al respecto del siguiente modo:

‘En relación a lo invocado por la representante del Ministerio Público Fiscal respecto de la improcedencia del instituto para delitos reprimidos con pena de inhabilitación, y que fuera receptado a manera de argumento *a fortiori* por el *a quo*, cabe decir que el debate generado sobre este tema está clausurado a poco de efectivizar en la singularidad del caso la pauta hermenéutica ‘pro homine’ y –reitero– una interpretación extensiva que, ambos como criterios exegéticos, orientan al precepto legal para que su aplicación lo sea a la mayor cantidad de casos que permite la norma. Es decir, la limitación legal sólo refiere a la inhabilitación como pena única y el sentido literal no prohíbe su procedencia respecto de delitos reprimidos con inhabilitación de carácter conjunto o alternativo, tal como es el caso en estudio’.

Por otro lado, el 7 de septiembre de 2016 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa ‘Peña de De Vicente’ (N° P. 125430) se expidió sobre la misma cuestión. El Dr. Soria sostuvo en su voto que:

‘En este orden, no parece razonable diferenciar por vía interpretativa los delitos según que la sanción de inhabilitación que prevén sea única, conjunta o alternativa para establecer que sólo los primeros quedasen alcanzados por la prescripción legal. Ello implicaría tanto como sustituir al legislador en su tarea, aspecto vedado a los tribunales (Fallos 273:418), que deben observar las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, tal como éstos las concibieron (Fallos 300:700). De lo contrario, el tribunal distinguiría donde el precepto no lo hace, lo cual, se sabe, no es pertinente (Fallos 304:226 y 330:971, entre muchos), y que de haberse así concebido por el legislador habría sido especificado. Pues bien, en nuestro caso la finalidad del legislador de impedir el acceso al beneficio de la suspensión del proceso a prueba para el imputado por un delito de homicidio culposo agravado (art.

84, C.P., t.o., ley 25.189) que prevé junto con la pena de prisión de hasta cinco años la de inhabilitación especial por cinco a diez años (art. 76 bis, último párrafo, según texto cit.), ha sido clara’.

Teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 76 *bis* del Código Penal y lo resuelto por el Tribunal de Casación y la Suprema Corte, desarrolle las siguientes consignas:

a) ¿Qué diferencia significativa existe entre la interpretación propuesta por el Dr. Maidana para el octavo párrafo del artículo 76 *bis* del Código Penal y la adoptada en definitiva por el Tribunal de Casación?

b) Ordene las interpretaciones del octavo párrafo del artículo 76 bis brindadas por el Dr. Maidana, por el Tribunal de Casación y por la Suprema Corte teniendo en cuenta cuál de ellas es más amplia (cubre más casos de aplicación) y cuál es más restringida (cubre menos casos de aplicación). Justifique en cada caso su respuesta.

c) Explique qué tipo de interpretación es la aportada por la Suprema Corte de acuerdo con las distinciones propuestas en el módulo 3 entre interpretación literal, correctora extensiva y correctora restrictiva.

d) Explique qué tipo de interpretación es la brindada por el Dr. Maidana de acuerdo con las referidas distinciones.

e) Según Guastini corresponde reconocer un límite a la interpretación extensiva:

‘Desde ya debe decirse que la extensión del significado de una disposición tiende a diluirse en la formulación de una norma nueva (no reconducible como significado de aquella disposición). No hay entre las dos cosas una clara diferencia, sino una diferencia de grado. La extensión a los ‘trabajadores autónomos’, por ejemplo, de una disposición que confiere un derecho a los ‘trabajadores’ sin ulteriores especificaciones, puede ser reconstruida como una interpretación extensiva del término ‘trabajador’; pero es quizás más plausible reconstruirla como creación de una norma inédita, que atribuye también a los trabajadores autónomos un derecho que el legislador había reservado a los trabajadores dependientes’.

¿La forma en la que el Tribunal de Casación entiende el octavo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal puede verse en sentido estricto como una interpretación de dicho texto legal, si se acepta el límite que Guastini establece a la interpretación extensiva?

7. Lea el voto mayoritario del fallo ‘F. A. L. s/ medida autosatisfactiva’ de la CSJN (Fallos 259 XLVI) e indique qué argumentos interpretativos fueron utilizados en él. Escoja al menos cuatro argumentos distintos, indique a qué clase corresponde cada uno y fundamente sus respuestas.

8. Lea los siguientes extractos de fallos judiciales:

‘Si es preciso predicar la necesidad de condiciones éticas a la hora de evaluar la aptitud para asumir competencias públicas frente a la generalidad de los funcionarios públicos, *a fortiori*, este recaudo asume mayor protagonismo frente a aquellas

funciones que implican, per se, la adopción de decisiones políticas de interés nacional que, frecuentemente, conllevan la adopción o remisión a un sistema de valores morales o éticos (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Enrique Santiago Petracchi). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia' (Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados, 13/07/2007, Fallos: 330:3160.)

'El artículo 14 del Código Penal deba integrarse con el 52 y consiguientemente con el 53, pues ahora está claro que todos ellos regulan el mismo instituto y por ende, si el Código Penal autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, *a fortiori* no puede entenderse que la impide en los casos de reincidencia simple' (Disidencia del juez Zaffaroni, 'Álvarez Ordoñez, Rafael s/causa no. 10154, 05/02/2013', Fallos: 336:19).

'De la regla según la cual se proscribe el arresto de personas sin orden escrita de autoridad competente se deriva, *a contrario sensu*, la autorización de restringir la libertad de las personas con fines cautelares siempre que la orden provenga de autoridad competente' (Voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Ricardo Levene [h.], 'Daray, Carlos Ángel s/ presentación', 22/12/1994, Fallos: 317:1985).

a) Identifique en los razonamientos transcritos qué tipo de razonamiento *a fortiori* y qué tipo de razonamiento *a contrario* se verifica en cada caso.

b) Siguiendo el análisis de Carlos Alchourrón, identifique las premisas implícitas en los razonamientos *a fortiori* y el tipo de condicional involucrado en el razonamiento *a contrario*.

c) Indique en cada caso si considera que los argumentos utilizados por los Ministros de la Corte pueden reputarse lógicamente válidos o, en todo caso, como deberían ser interpretados para ser lógicamente válidos. Justifique su respuesta.

9. Se propondrá a los estudiantes que se organicen en grupos de no más de tres personas y que investiguen, a su elección, sobre la discusión en torno a la punición del aborto en nuestro país o sobre la constitucionalidad de la pena de muerte en los EE. UU. frente a la prohibición constitucional de imponer castigos crueles e inusuales. Una vez individualizados en cada caso los puntos en conflicto, cada equipo deberá ofrecer una reconstrucción interpretativista o positivista del desacuerdo escogido.

10. Teniendo en cuenta las discusiones analizadas en la consigna 9, formule tres proposiciones normativas verdaderas respecto del derecho argentino y tres proposiciones normativas verdaderas respecto del derecho norteamericano y justifique qué es lo que determina su verdad.

Bibliografía ampliatoria

Carrió, G. (1986): *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, tercera edición aumentada; original de 1968.

Guastini, R. (2000): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa.

Moreso, J.J., L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán (2010): *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Material audiovisual disponible en internet

Paolo Comanducci, conferencia sobre 'Interpretación constitucional', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=xFlGHCz5oVQ>

Riccardo Guastini, conferencia sobre 'Desacuerdos jurídicos', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QUuP4WnWKR4>

H.L.A. Hart sobre su visita a Harvard y sus discusiones con Lon Fuller, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=TMcmFS1Dhm>

José Juan Moreso, conferencia sobre 'Desacuerdos teóricos y desacuerdos jurídicos', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=nHftNp4EWCg>

MÓDULO IV

Actividades sugeridas para el módulo 'El razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales'

En el módulo final se concentra la atención en el razonamiento judicial y su justificación. Los pasos analíticos para abordar el problema se estructuran a partir de una discusión sobre la razón práctica y el uso de normas generales como razones para la acción. El punto es problemático dado que se ha controvertido tanto la racionalidad como la relevancia de las normas generales para la justificación de acciones y decisiones. El tratamiento de esta paradoja permite confrontar dos concepciones de la razón práctica: el modelo subsuntivo o universalista y el narrativo o particularista. Con asiento en estas reflexiones se ofrece una reconstrucción de las decisiones judiciales en términos de un razonamiento deductivo, explorándose sus presupuestos, sus límites y las objeciones que contra él se han dirigido, con eje en la distinción entre justificación interna y justificación externa. De conformidad con las dos versiones tradicionales de interpretar esta distinción, se examina por una parte la justificación de las decisiones judiciales frente a casos fáciles y difíciles, para luego ocuparse de las relaciones entre la justificación jurídica y la justificación moral. Respecto de lo primero, se evalúan las dificultades en el establecimiento y selección de las premisas normativa y fáctica, en particular el problema de la distancia entre prueba y verdad y la diferencia en su operatividad en el razonamiento práctico de reglas y principios, priorizando la discusión sobre los criterios para su distinción. En ese contexto se ha presentado con cierto detalle el conocido debate Hart-Dworkin, una de las discusiones más relevantes de la filosofía del derecho contemporánea. Para concluir, se examinan las delicadas relaciones entre derecho y moral en la justificación de las decisiones judiciales, tratando de aclarar su completa independencia de la concepción metaética que se asuma.

Competencias que se espera fomentar:

a) Advertir las diferentes nociones de razones y justificación existente en la teoría y la práctica jurídica con el fin de identificar los compromisos teóricos y normativos que cada una de ellas puede involucrar.

b) Conectar las diferentes problemáticas analizadas a lo largo del curso con la dicotomía caso fácil/caso difícil.

c) Analizar diferentes aspectos de la relación entre el derecho y la moral en los Estados constitucionales a fin de evaluar su impacto en la toma de decisiones judiciales.

d) Familiarizarse con los diferentes niveles de análisis en materia moral y diferentes posiciones metaéticas a fin de evaluar la relevancia de la moral en el marco de la toma de decisiones judiciales.

e) Dimensionar la importancia de la práctica de dar razones en contextos de toma de decisiones institucionales y de interacciones personales.

f) Mostrar una actitud crítica ante los problemas jurídicos, el papel de los operadores y la reconstrucción que de ellos ofrece la teoría jurídica a fin de articular nuevas aproximaciones en torno a cómo el derecho ha de vincularse con la moral y con la política.

Objetivos, pautas y sugerencias para el desarrollo de las actividades:

El ejercicio 1 suministra un caso de fácil comprensión para diferenciar entre distintos tipos de razones y distinguir en cada caso entre razones que justifican una conducta, razones que la motivan y razones que la explican. Debe considerarse la posibilidad de que en ciertos casos una misma razón pueda funcionar como justificación y ser también un motivo que explique la decisión, en tanto que en otros pueden existir claras divergencias entre ambos niveles.

En la actividad 2 se propone un ejemplo elaborado por Scott Shapiro que revela la paradoja de la autoridad y permite trabajar cuestiones conexas como la tensión existente entre irrelevancia e irracionalidad en el seguimiento de reglas, la distinción entre conformarse a una regla o seguirla, y las relaciones posibles entre las reglas y su justificación. Estas dos últimas cuestiones son reforzadas en el ejercicio siguiente a través de otros dos casos ficticios que apuntan a profundizar la comprensión del papel de las reglas en entornos de toma de decisiones en oposición a una visión particularista del razonamiento práctico.

El ejercicio 4 introduce la clásica discusión sobre la semejanza de la decisión judicial con un razonamiento deductivo a través de la presentación de fragmentos de tres autores: Beccaria, Kelsen y Ferrajoli. En este punto se recomienda repasar algunos de los conceptos analizados en el módulo 1 en torno al papel de la lógica en el derecho y relacionar la actividad con la del ejercicio 10 de dicho módulo.

Los puntos 5 y 6 suponen propuestas semiestructuradas, en tanto cada estudiante (o grupo si el docente así lo considera) tiene total libertad para elegir el material sobre el que se desarrollará las dos consignas. La resolución de las consignas se considerará satisfactoria en la medida en que los estudiantes puedan advertir, pese a las diferencias de presentación en casa decisión, estructuras y estrategias comunes en la justificación de las decisiones analizadas. La puesta en común de los resultados en clase puede optimizar la consecución de este objetivo.

A lo largo del curso, al inicio de cada módulo se ofrece un caso jurídico real que introducía algunos de los problemas centrales que se desarrollaban en cada unidad temática. En la actividad 7 se busca conectar los problemas que se discuten en ellos con la distinción entre casos fáciles y difíciles, como así también con al menos una de las versiones de la distinción entre justificación interna y externa. Se propone trabajar con la clásica clasificación de MacCormick, pero el ejercicio podría reformularse para trabajar también los diferentes sentidos de lagunas según Alchourrón y Bulygin, o la visión dworkiniana frente a la hartiana.

El objetivo de las consignas 8 y 9 es evaluar el argumento según el cual, en tanto los textos constitucionales actuales a menudo incluyen términos con carga moral, existirían razones para repensar las relaciones entre derecho y moral. En el ejercicio 8 se propone el análisis de un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que se discute un problema de subsunción genérica, específicamente si ejecutar a un menor constituye o no un trato cruel e inusual en los términos previstos por la octava enmienda de la constitución norteamericana. Este fallo puede acompañarse o ser sustituido, por ejemplo, con la discusión del caso 'Gramajo' de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fuera mencionado en el módulo 3, donde se discute el mismo tipo de cláusula. También puede resultar de interés la discusión en torno a los límites de la invocación del

derecho internacional para la determinación del significado de una cláusula internacional, y su comparación con fallos del derecho argentino como 'Arancibia Clavel'.

El ejercicio 9 busca profundizar en la misma temática, ofreciendo para el análisis un texto de Raz a fin apreciar sus diferencias con la visión de Dworkin, en especial con su visión de la teoría del derecho como integridad, y con la del positivismo incluyente. Para finalizar, el ejercicio 10 es un ejercicio de integración de contenidos, donde con eje motivador en párrafos escogidos del debate entre Ruiz Manero y Ferrajoli sobre modelos de constitucionalismo, se requiere la elaboración de un texto en el que se desarrolle la propia posición sobre el problema, pero conectándolo con las concepciones de la interpretación constitucional, el rol de los jueces y la justificación de las decisiones judiciales y el Estado de derecho.

Actividades

1. Identifique las diferentes razones en juego (ya sean justificatorias o explicativas) según la información disponible al momento a) y al momento b).

a) El Congreso ha aprobado por abrumadora mayoría un impuesto que aumenta en un cincuenta por ciento el precio del vino en todas sus presentaciones. En las discusiones previas a la aprobación se ofrecen numerosos informes sobre los efectos dañinos del consumo de vino, incluso en dosis moderadas, sobre la salud y cómo el aumento en su consumo ha ocasionado un importante incremento en los costos del sistema de salud.

b) Varios meses después, un diario de tirada nacional revela que la cámara que nuclea a los productores de cerveza artesanal ha financiado con importantes sumas a algunos de los partidos políticos que votaron a favor del impuesto. Al mismo tiempo, una importante revista científica refuta los estudios que afirmaban que el consumo de vino en dosis moderadas causaba daños a la salud.

2. Examine el siguiente ejemplo brindado por Scott Shapiro:

‘El Talmud Babilónico cuenta la disputa entre el rabino Eliezer y otros rabinos sobre el ritual de limpieza de un horno de azulejos. El rabino Eliezer, argumentando largamente que el horno estaba limpio, no logró sin embargo persuadir a sus colegas. Después de haber intentado todos los argumentos imaginables, el rabino Eliezer dijo a los demás: ‘¡Si la Ley está conmigo, dejad que este algarrobo lo pruebe!’, con lo cual el algarrobo fue arrancado de sus raíces y aterrizó cien codos allende. Los rabinos respondieron: ‘No hay prueba alguna que pueda brotar de un algarrobo’. El rabino Eliezer intentó de nuevo: ‘¡Si la Ley está conmigo, dejad que la corriente de agua lo pruebe!’, y he aquí que la corriente fue compelida y fluyó en reversa. Sin desfallecer, los rabinos respondieron: ‘No hay prueba alguna que pueda brotar de una corriente de agua’. El rabino Eliezer insistió por tercera vez: ‘¡Si la Ley está conmigo, dejad que los muros de la escuela lo prueben!’. Como antes ocurrió, la petición del rabino Eliezer fue concedida y la pared empezó a caer. Pero el rabino Josué reprendió a la pared diciendo: ‘¿Con qué objeto interferís, cuando los sabios están inmersos en una disputa de la Ley?’. Desesperado, el rabino Eliezer exclamó: ‘¡Si la Ley está conmigo, dejad que lo pruebe el cielo!’, después de lo cual una voz del cielo impetró: ‘¿Por qué disputáis contra el Rabino Eliezer?, mirad que en todos los asuntos la Ley está de acuerdo con él’. Pero el rabino Josué replicó: ‘La Ley no está en el cielo’. El rabino Jeremías explicó que esto significa que desde que Dios dio la Torah a Moisés en el Monte Sinaí, las voces celestiales ya no tienen más que decir en asuntos de la Ley. La Torah confiere a los rabinos la autoridad exclusiva para decidir las cuestiones de la Ley y requiere que las disputas internas sean resueltas por mayoría de votos. Después de lo cual el rabino Eliezer se rehusó a retirarse y fue excomulgado de manera sumaria’ (Scott Shapiro, ‘Authority’, en J. Coleman *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York: Oxford University Press, 2000: 382).

a) Si los rabinos hubieran accedido y declarado al horno ritual limpio, ¿Eliezer habría tenido razones para someterse a su autoridad?

b) Si los rabinos hubieran declarado el horno ritual limpio y Eliezer hubiera quedado satisfecho, ¿eso sería indicación de que acepta la regla que otorga competencia a los rabinos sobre cuestiones de la ley?

c) Teniendo en cuenta la distinción entre el modelo de las reglas y el modelo conversacional analizado en el capítulo 1 ¿con quién relacionaría cada uno? Reformule este ejemplo para ilustrar la tensión existente entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales.

3. Analice el siguiente texto de Frederick Schauer:

‘Las leyes de mi Estado, como la de muchos otros, me prohíbe involucrarme en canibalismo. Incluso cuando el objeto de mi deseo culinario haya muerto de causas naturales, el derecho me ordena evitar comer la carne de otros seres humanos y me amenaza con un duro castigo para el caso que no cumpla. Sin embargo, si Massachusetts derogara sus leyes contra el canibalismo, tal derogación no tendría efecto alguno en mi comportamiento. A diferencia de la derogación de leyes que me exigen pagar el impuesto a las ganancias u obedecer el límite de velocidad, las leyes que prohíben el canibalismo no inciden para nada en mi comportamiento, porque el canibalismo sería algo que simplemente no estoy dispuesto a hacer ... Evito el canibalismo, no porque sea ilegal o porque sea impopular, lo hago porque no me gusta’ (Frederick Schauer, ‘The Authority of Censorship’, en R. Post (ed.), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, Los Angeles: Getty Research Institute, 1998: 147-148).

a) Suponga que en el Estado de Massachusetts, donde desde hace décadas no se han detectado casos de canibalismo, no solo vive el profesor Schauer sino también el psiquiatra Hannibal Lecter, quien tiene cierta predilección por la carne humana. ¿En qué términos se podría explicar el deber de cumplir la norma en cuestión en cada caso?

b) Suponga que un avión cae en un lugar inaccesible de los Apalaches, hay sobrevivientes y luego de varios días sin alimentos y sin miras de ser rescatados, algunos optan por comer la carne de otras personas que murieron. Eventualmente los sobrevivientes son rescatados, pero quienes cometieron canibalismo son sometidos a juicio por violar las normas vigentes. Ud. es abogado de algunas de estas personas y deberá formular su defensa. Elabore un argumento a favor de la no punición en términos particularistas y otra en términos universalistas.

4. Lea con atención los siguientes fragmentos y conteste las preguntas que se formulan a continuación:

‘En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general, la premisa menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el Juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre’ (Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, Madrid: Universidad Carlos III, 2015, 22).

‘Lo que la lógica dice sobre el silogismo teórico es lo siguiente: que si son verdaderas una proposición como premisa mayor y una proposición como premisa menor, entonces una proposición implicada por ambas premisas es verdadera como

conclusión. Es indiferente si estas proposiciones se presentan en un acto de pensamiento que ocurre de hecho, es decir, es indiferente si un hombre de hecho las ha pensado o no las ha pensado. Puesto que con la palabra 'enunciado' se designa no solo el sentido de un acto de pensamiento, sino también el acto mismo de pensar y decir, sería recomendable hablar de la aplicación de principios lógicos a proposiciones que son verdaderas o falsas y no de la aplicación de principios lógicos a enunciados. El acto de enunciar no es ni verdadero ni falso; solo una proposición puede ser verdadera o falsa. En la cuestión de la aplicabilidad de principios lógicos a normas positivas de la moral o del derecho no se puede hacer a un lado el acto de voluntad cuyo sentido son ellas ... La norma individual 'el ladrón Pérez deber ser encarcelado' podría estar implicada en la norma general 'todos los ladrones deben ser encarcelados' solo si el acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual estuviera implicado en el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general ... Pero incluso si el legislador es al mismo tiempo juez, su decisión concreta no se sigue con necesidad lógica de la norma general aplicada y establecida por él. La validez de esta norma individual no está implícita en la validez de la norma general. Es del todo posible que un legislador como juez, sin modificar su ley –lo que sólo puede ser hecho por un nuevo acto de voluntad– tome una decisión judicial concreta que no corresponda con la norma general que él ha establecido en la ley. Esta decisión individual es válida tan sólo si es el sentido de un acto de voluntad distinto de aquél cuyo sentido es la norma general. Lo mismo puede decirse en el caso cuando el legislador como juez toma una decisión judicial que *corresponde* con la norma general dictada por él. Aquí no se trata de una implicación de la norma individual por la norma general, es decir, de la implicación de un acto de voluntad cuyo sentido es la norma individual por el acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Por esto no puede haber un silogismo normativo cuya premisa mayor sea una norma general y cuya conclusión sea una norma individual. Lo que se puede decir de la relación entre la norma general 'todos los ladrones deben ser encarcelados' y la norma individual 'el ladrón Pérez debe ser encarcelado' es lo siguiente: si es válida la norma general de que todos los ladrones deben ser encarcelados y si el tribunal competente constata que Pérez es un ladrón y si dicho tribunal ha realizado un acto cuyo sentido subjetivo es que Pérez debe ser encarcelado, entonces el sentido del *acto del tribunal* está de acuerdo con la norma general aplicada por éste y la validez de la norma individual que constituye el sentido de este acto puede ser fundamentada por la validez de la norma general ... El procedimiento de la aplicación del derecho se lleva a cabo, en un orden jurídico técnicamente avanzado, en tres etapas: primeramente, la comprobación del hecho antijurídico; luego, una orden del tribunal dirigida al órgano ejecutivo de llevar a cabo el acto de coacción, la sanción, definida en la norma. Esta orden es la norma individual que el tribunal tiene que establecer. Finalmente, la ejecución de esta norma individual por un órgano ejecutivo diferente del tribunal ... Lo que existe no es pues de ninguna manera una relación directa entre la norma general 'todos los ladrones deber ser encarcelados' y la norma individual 'el ladrón Pérez debe ser encarcelado', sino una relación de validez de la norma general y del acto del tribunal cuyo sentido subjetivo puede, pero no tiene que, estar de acuerdo con la norma general' (Hans Kelsen, '*Derecho y Lógica*' (1965), versión en español publicada en *Cuadernos de Critica* 6, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, 25 y siguientes).

‘El razonamiento judicial ... se compone en suma no de una sino de tres inferencias, de las que cada una es lógicamente el antecedente de las otras: 1) una inferencia inductiva (prueba o inducción fáctica), cuya conclusión de hecho, CH, es que ‘Ticio ha cometido el hecho H’ (por ejemplo, ha ocasionado a Cayo heridas curadas en más de cuarenta días) y cuyas premisas son el conjunto de pruebas recogidas; 2) una inferencia deductiva (subsunción o deducción jurídica), cuya conclusión de derecho, CJ, es que ‘Ticio ha cometido el delito G’ (en nuestro caso, ‘lesiones graves’) y cuyas premisas son las tesis CH y la definición jurídica (parcial) ‘el hecho H configura el delito G’; 3) un silogismo práctico (o disposición), cuya conclusión dispositiva, CD, es la norma ‘Ticio debe ser castigado con la pena P’ y cuyas premisas son las tesis CJ y la norma ‘el que comete el delito G debe ser castigado con la pena P’ (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 1989, 64).

a) Esquematice la estructura del razonamiento judicial expresada en cada uno de los fragmentos transcriptos.

b) Señale en qué difieren las presentaciones y cuál es la noción de lógica presupuesta y su papel en relación con el dominio normativo.

c) ¿Qué papel podría asignarse a la discrecionalidad judicial en cada una de estas reconstrucciones?

5. Escoja dos sentencias judiciales de primera instancia, una del fuero civil y otra del fuero penal, que hayan sido objeto de apelación a una segunda instancia.

a) Identifique en ellas las diferentes premisas, los tipos de enunciados que las conforman y la respectiva conclusión.

b) Teniendo en cuenta el papel que la premisa fáctica tiene en las sentencias elegidas, ¿cuál de los siguientes sentidos del enunciado ‘Está probado que p ’ considera más útil desde el punto de vista explicativo para dar cuenta de la decisión del juez: ‘Es verdad que p ’, ‘El juez ha establecido que p ’, o ‘Hay elementos de juicio suficientes a favor de p ’?

6. Analice las decisiones recaídas en segunda instancia en los dos procesos escogidos.

a) ¿La discusión que funda la apelación se vincula con la premisa normativa o con la premisa fáctica?

b) Los realistas americanos sostenían que, a partir de las mismas formulaciones normativas, utilizando diferentes técnicas interpretativas podía justificarse prácticamente cualquier decisión. ¿Podría darse esa situación en los casos analizados?

c) ¿Considera que las decisiones recaídas en primera y segunda instancia se encuentran justificadas internamente?

7. Lea atentamente las cuatro decisiones que se comentan al inicio de cada uno de los cuatro módulos de este curso. Respecto de cada una de ellas establezca:

a) ¿Respecto de qué premisa, normativa o fáctica, se funda la dificultad del caso que motivó llegar a la máxima instancia de apelación?

b) Teniendo en cuenta la clasificación de MacCormick, indique qué tipo de problema torna difícil cada uno de los cuatro casos.

c) ¿De qué manera resolvió el tribunal la configuración de la premisa problemática? ¿Fue necesario *justificar* externamente la premisa en cuestión? ¿De ser así qué noción de justificación considera que presupuso el tribunal?

8. Analice el caso '*Roper v. Simmons*' (543 U.S. 551 (2005)) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde se discute si la ejecución de menores viola la prohibición de 'pena cruel e inusual' consagrada en la octava enmienda. ¿Cómo podría explicarse la decisión de la mayoría desde el punto de vista de un positivista incluyente y desde el punto de vista de un positivista excluyente?

9. Analice el siguiente texto de Joseph Raz:

‘Los redactores de la Constitución querían proscribir el castigo cruel e inusual. También tenían su propia visión de lo que era cruel e inusual. Sin duda estaban pensando en proscribir de la Constitución aquellos castigos que consideraban crueles e inusuales y no otros. Pero eligieron no hacerlo especificándolos (por ejemplo, mencionando el potro, etc.) sino proscribiéndolos en tanto y en cuanto fueran crueles e inusuales. Por lo tanto, si cometieron un error, y si esos castigos que tenían en mente como ejemplos no son crueles, o si otros que ellos no encontraban crueles de hecho si lo son, entonces la Constitución puede aplicarse de una manera que sorprendería a los constituyentes. Para explicar la cuestión de una manera que Dworkin no hace, pero que me parece más adecuada, la Constitución, al desplegar diversas categorías morales amplias, otorga discrecionalidad a los tribunales y les indica que la utilicen a la luz de la mejor, o la verdadera comprensión moral de lo que es cruel, etc.’ (Joseph Raz, ‘Dworkin: A New Link in the Chain’, *California Law Review* 74, 1985: 1103-1119).

a) ¿En qué diferiría Dworkin con esta lectura sobre la asignación de significado a la cláusula de la octava enmienda?

b) Teniendo en cuenta las diferentes posibilidades que especifica Coleman para dar cabida a la moral en el razonamiento jurídico desde un punto de vista positivista, ¿cómo se ubicaría esta explicación de Raz?

c) ¿Se puede ser objetivista en metaética y sostener la explicación que Raz formula en ese texto? ¿Y escéptico? ¿Por qué?

10. Analice el siguiente extracto del debate entre Juan Ruiz Manero y Luigi Ferrajoli en *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid: Trotta, 2012.

JRM: ‘A tu juicio, en el ámbito moral debe evitarse plantear las tesis de cada cual en términos de ‘verdad’, porque ello, piensas, conduce necesariamente a la intolerancia. Lo que yo pienso es, más bien, que si no esgrimimos nuestras tesis morales con la

pretensión de que son verdaderas (o correctas, o justificadas, como te decía, en mi opinión tanto da) resulta incomprensible de qué discutimos cuando discutimos esas tesis morales. Pues si nuestras tesis morales son pura expresión de nuestras preferencias, no se ve bien de qué habría que discutir. Nos comunicaríamos mutuamente nuestras preferencias unos a otros y tras ello nos despediríamos cortésmente; no habría materia de discusión. Pero si no veo la relación entre objetivismo e intolerancia, tampoco creo que la haya entre relativismo y tolerancia' (p. 62).

LF: 'Dices que no ves por qué, 'si una tesis moral es verdadera, entonces no es aceptable que no sea compartida por todos y que no sea impuesta a todos en la forma de Derecho'. No ves, en otras palabras, qué relación hay entre la afirmación de una tesis como 'verdadera' y la disposición a la intolerancia: 'las tesis de la ciencia', añades, 'se presentan como verdaderas, y no parece que los científicos sean una comunidad particularmente intolerante'. La diferencia de los juicios de valor respecto de las tesis de la ciencia no consiste por ello en el hecho de que los primeros sean, como en la objeción que tú rechazas, 'altamente controvertibles y controvertidos', a diferencia de las tesis de la ciencia, que no lo son. Consiste, a mi parecer, en la circunstancia exactamente opuesta: en el hecho de que los juicios de valor no son ni verificables ni refutables empíricamente, es decir, con referencia a lo que existe o sucede, a diferencia de las tesis de la ciencia que, por el contrario, sí lo son. Y esto se debe simplemente a que los juicios de valor no son ni verdaderos ni falsos, dado que no consisten en aserciones, sino en prescripciones, como tales argumentables con principios y juicios a su vez de valor, ni verdaderos ni falsos. Por esto, si, por el contrario, juzgamos que las tesis éticas son verdaderas o falsas, y evidentemente pensamos que son verdaderas las que sostenemos nosotros, no podemos tolerar, por falsas, las tesis opuestas que no compartimos. El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral ... La alternativa al cognitivismo ético es simplemente la fundamentación, racionalmente motivada y argumentada, aunque no 'verificada', de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto tales normativas, en base a (nuestra concepción de) la justicia, más bien que en base a la verdad' (p. 66).

Escoja una de las posiciones, y elabore un texto de tres carillas que la conecte con el estado de derecho, la interpretación de las cláusulas constitucionales, el papel del juez y la justificación de sus decisiones y sea consistente con ella. En él se debe incluir al menos una objeción a la postura contraria.

Bibliografía ampliatoria

Bulygin, E. (2006): *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontamara.

Ferrer Beltrán, J. (2005): *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J.J. (2015): 'Positivismo jurídico contemporáneo', en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México: UNAM, Vol. 1, pp. 171-205, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/7.pdf>

Redondo, M.C. (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Material audiovisual disponible en internet

Manuel Atienza, conferencia sobre 'El problema del formalismo jurídico', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Xafdlbclmc>

Marina Gascón, conferencia sobre 'Prueba y verdad', disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ki6ja4gs4Jc>

Wilfrid Waluchow, conferencia sobre 'Four Concepts of Validity: Further Reflections on the Exclusive/Inclusive Positivism Debate', disponible en <https://vimeo.com/120724919>

Modelo de una planificación secuencial en tres clases en cursos de grado

Hemos ofrecido hasta aquí un menú de diferentes actividades didácticas para trabajar los contenidos teóricos. Esas actividades presentan diversos grados de complejidad con el fin de que el docente pueda desarrollarlas o reformularlas en el marco de cursos de postgrado o de grado. A continuación se ofrece un ejemplo de cómo los contenidos y las actividades didácticas conectadas con ellos pueden articularse en el aula a través de una planificación secuencial pensada para ser desarrollada en un curso de Teoría General del Derecho ubicado al inicio de la carrera de Abogacía.

Tema a desarrollar: *Decisión judicial, interpretación y error judicial*. Materia de grado de la carrera de Abogacía.

Cantidad promedio de alumnos prevista para las tres clases: 20.

Cada clase es de 90 minutos.

Se parte del presupuesto de que los alumnos ya se han familiarizado con las nociones teóricas básicas en torno a la interpretación de normas y a la estructura de la decisión judicial en los Estados modernos. A lo largo de las tres clases objeto de esta planificación se plantearán las siguientes cuestiones: distinción entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales; concepciones de la interpretación y error judicial frente al cambio interpretativo en el derecho.

No se brindará al alumno el título que figura más arriba para apostar a una aproximación más intuitiva y constructiva del tema.

La estrategia general se funda en la idea de que una conjunción entre una acción intelectual y una acción práctica colaboran en el desempeño. En ese sentido, se ha dicho que la enseñanza universitaria debe apoyarse en el aprendizaje constructivo que se caracteriza por enfatizar la comprensión más que la repetición de lo aprendido y que se orienta a lograr un uso competente y estratégico de los conocimientos adquiridos, de modo que los alumnos sean capaces de afrontar problemas y tareas nuevas. Es por ello que en cada clase se incorporan actividades de tipo práctico junto al desarrollo de los conceptos teóricos. Además, y con el fin de despertar el interés de los alumnos hemos seleccionado vías de acceso múltiples, tales como ejemplos del fútbol, extractos de fallos judiciales y actividades que involucran a todo el grupo.

El recurso a un ejemplo de actividad deportiva sirve como analogía, el recurso a los fallos tiene, entre otras finalidades, la de conectar los conceptos teóricos con la faz práctica, las actividades grupales fomentan la vía de acceso interpersonal que implica el aprender con otros. Por último, y en pos de obtener un aprendizaje cooperativo eficaz, el docente solicitará a los alumnos en la primera clase que se conformen grupos de no más de tres personas para la realización de diferentes actividades conjuntas a lo largo de los subsiguientes encuentros, dejando en claro que se realizará un monitoreo de dichas actividades grupales de modo que beneficie a todos. Para ello se requerirá que expliciten en cada actividad grupal las funciones y tareas asignadas a cada miembro del grupo.

El objetivo central de estas tres clases será que los estudiantes sean capaces de detectar y explicitar una serie de compromisos y categorías teóricas subyacentes tras eslogans muy comunes

tanto en el ámbito del derecho como de la vida ciudadana en general, tales como *'el derecho es lo que los jueces dicen que es'* o *'los legisladores crean el derecho y los jueces lo aplican'*. Para ello se intentará intercalar algunas actividades que aprovechen las estructuras de conocimiento que ya poseen para a partir de allí reflexionar y construir nuevo conocimiento.

Existen dos niveles en las actividades que aquí se presentan. Un primer nivel representado por el arco de tres clases y un segundo nivel ocupado por cada clase en particular. De ahí que en la primera exista una suerte de 'doble apertura'. Una apertura para el ciclo de tres clases y otra para el subtema a desarrollar en ese día. En la última clase sucede lo mismo respecto del cierre.

Clase 1

Tema: Definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales

La clase 1 se diseñó en base a estrategias de intervención indirecta. Los casos presentados y, en especial, la utilización de la analogía con un caso extrajurídico, tienen como pretensión que los estudiantes adviertan que diversas situaciones de la vida social gobernadas por reglas pueden ser objeto de reflexión conceptual y servir para pensar cuestiones complejas de la práctica jurídica. Se espera que los alumnos puedan a partir de la reflexión de ambos casos identificar al menos en un nivel intuitivo los conceptos teóricos en juego para luego recién pasar a un texto de alto rigor teórico sobre el tema.

Momento 1. Apertura

a) El docente escribirá dos interrogantes en el pizarrón:

¿Los jueces crean derecho? Justifique su respuesta

¿Los jueces se pueden equivocar al aplicar el derecho? Justifique su respuesta

El grupo se dividirá en dos y responderá a uno de esos interrogantes de forma individual en no más de cinco líneas. Deberán guardar esas líneas para reflexionar sobre ellas en la clase 3. Presupuesto de tiempo: 10 minutos.

b) El docente mostrará los videos de los dos goles de Diego Maradona al seleccionado inglés en el Mundial 86, el denominado 'mano de Dios' (<http://www.youtube.com/watch?v=gK2z5-cceP4>) y el considerado como uno de los mejores goles en la historia de los mundiales (http://www.youtube.com/watch?v=6Emtw0TH_9I).

Luego planteará a los estudiantes de manera oral los siguientes interrogantes:

¿Qué establecen las reglas del fútbol respecto de las condiciones de validez de la jugada de gol? De acuerdo con ellas, ¿qué diferencias hay entre ambas jugadas? Si una de las jugadas no se ajusta a la definición de gol válido, ¿por qué sin embargo se consideró que Argentina ganó por 2 tantos? ¿Qué establecen las reglas del fútbol respecto de la validez y el carácter de las decisiones del árbitro?

El docente anotará las respuestas ofrecidas en un sector de la pizarra a efectos de que los estudiantes puedan visualizarlas rápidamente y utilizarlas en la resolución de la siguiente actividad. Presupuesto de tiempo: 15 minutos.

Momento 2: Desarrollo

a) Se les entregará a los alumnos el siguiente texto:

Caso 'Bush vs. Gore' (531 U.S. 98 (2000))

En el año 2000 la contienda por la presidencia de los Estados Unidos fue muy reñida. Para lograr los 270 electores necesarios para convertirse presidente era vital ganar en el estado de Florida, que suministraba 25 electores para el colegio electoral. La Secretaria de Estado del Estado de Florida, cuyo gobernador era republicano, certificó que el ganador de las elecciones en Florida había sido el candidato republicano George W. Bush. El partido demócrata, que postulaba a Al Gore, recurrió a la justicia esa decisión por considerar que habían existido serias irregularidades en numerosos condados y solicitó el recuento. El Tribunal Supremo Estatal acogió la solicitud y ordenó el recuento manual en varias circunscripciones. George Bush recurrió ante la Corte Suprema de los Estados. El Alto Tribunal sostuvo que la decisión del Tribunal Supremo de Florida era inconstitucional a partir de una particular interpretación de la cláusula de igualdad ante la ley (equal protection clause), detuvo el recuento, y ello permitió que George Bush fuera proclamado presidente. Fue una decisión muy controvertida (de hecho, la sentencia fue dividida 5-4) y muchos y destacados juristas piensan que fue una decisión contraria a derecho. Sin embargo, George Bush fue investido como presidente, nadie consideró que su investidura fuera ilegal y menos aún que los actos llevados adelante durante su primera presidencia fueran nulos.

¿Qué similitudes o diferencias encuentra entre este caso y el ejemplo del Mundial 86'? ¿Cómo se comportan en ambos casos la dimensión sustantiva (el contenido de la decisión) y la dimensión procedimental (el modo de adoptar la decisión y sus efectos) de los sistemas de reglas que disponen de procedimientos para aplicarlas? ¿Diría que hay alguna tensión entre las dos dimensiones? ¿Por qué?

Un grupo responderá a estas preguntas asumiendo que la decisión de la Corte es acorde a derecho y otro grupo asumiendo que no lo es. Se realizará una puesta en común a partir de las respuestas ofrecidas y el docente elaborará a partir de esas respuestas en la pizarra un mapa conceptual que permita visualizar a los alumnos la diferencia entre definitividad e infalibilidad de la decisión judicial.

Los mismos grupos leerán a continuación las páginas 179 a 182 de *El Concepto de Derecho* de H.L.A. Hart teniendo en cuenta las siguientes consignas:

¿Encuentra en el análisis del profesor inglés respecto de la definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales algún elemento o categoría que el grupo haya pasado por alto al analizar el problema? ¿Por qué Hart rechaza la frase del Obispo Hoadley: '...quien tiene una autoridad absoluta para interpretar las normas, escritas o no, ése es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o enunció'?

Presupuesto de tiempo: 45 minutos.

Momento 3. Cierre

El docente enunciará algunas conclusiones a partir del análisis de Hart elaborado por los alumnos, completará y redefinirá el mapa conceptual iniciado antes en la clase, incorporando la categoría 'concepciones de la interpretación' en su centro.

Presupuesto de tiempo: 15 minutos.

Clase 2

Tema: Concepciones de la interpretación

Esta clase tendrá una estructura básica de clase expositiva ya que busca presentar diversas perspectivas respecto de las concepciones de la interpretación y las argumentaciones que cada una de ellas ofrece como fundamento. Con el fin de que el alumno adquiera un conocimiento profundo y se involucre activamente en su construcción, se complementa la exposición teórica de los conceptos con una actividad práctica a ser realizada por ellos en el aula, apoyatura visual (ppt) y una serie de preguntas abiertas a medida que se avanza en la explicación para evaluar la comprensión paulatina. El *power point* identificará las tesis básicas de cada una de las concepciones de la interpretación. La actividad práctica que se presenta a los alumnos se justifica en la idea de que sean capaces de adquirir conocimiento disciplinar, es decir, que puedan utilizar los conocimientos que se les presentan para comprender el mundo jurídico.

Momento 1. Apertura

La clase comienza con la solicitud a los alumnos de que se reúnan de manera aleatoria en grupos de tres o cuatro alumnos, se les entrega un texto impreso que contiene extractos de fallos jurisprudenciales y se les pide que lo lean, que reflexionen acerca de lo leído y que a partir de ello intenten responder a una pregunta. Las respuestas, así como los comentarios que les hayan surgido, serán expresados al finalizar la clase. El texto muestra dos decisiones jurisprudenciales que se apoyan en concepciones opuestas de la interpretación, estrategia que ofrecería la ventaja de promover el desequilibrio cognitivo y la sana cautela respecto de la consideración de las verdades establecidas, así como señalar la interacción entre las concepciones teóricas y su aplicación práctica en las sentencias judiciales. La pregunta que se les plantea a partir del texto es la siguiente:

¿Cuál de estas dos posturas representa de manera más adecuada nuestras intuiciones en torno a la interpretación jurídica?

Al finalizar la clase se retoma el texto ofrecido y se pide que respondan a la pregunta de si cada uno de estos fallos respondería a alguna de las concepciones de la interpretación, a cuál de ellas y por qué.

El texto que se ofrece a los alumnos es el siguiente:

Caso 1: 'Felicetti Roberto y otros s/ revisión' (CSJN 21/12/00)

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. 'Garantías Judiciales: ... 2. Toda persona inculpada de delito tiene ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior'.

Extracto del fallo:

'... lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece ... no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución' ('Felicetti, Roberto y otros s/ revisión. Recurso de Hecho', CSJN, Fallos 323-4130 (2000)).

Caso 2: 'Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa' (CSJN 5/09/06)

Código Penal Argentino. Artículo 52: 'Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1° Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años; 2° Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores...'

Extracto del fallo:

'a) La reclusión accesoria para multireincidentes del art. 52 del Código Penal es una pena;
b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o posdelictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas;
c) Una privación de libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena;
d) La reclusión –como cualquiera de las otras penas del art. 5° del Código Penal– no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado;
e) Tampoco la cambia por el hecho de que se la prevea como pena accesoria o como pena conjunta;
f) La palabra penado del art. 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre; ...
g) En el caso concreto se pretende penar un robo que merece la pena de dos años de prisión con una pena mínima de doce años;
r) En estas condiciones la pena, en el caso concreto, viola el principio de proporcionalidad, constituye una clara muestra de derecho penal de autor, infringe el principio de humanidad y declara a Gramajo extraño al derecho' ('Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa. Recurso de hecho', CSJN, Fallos 324:2153 (2006)).

Momento 2. Desarrollo

A continuación, se desenvuelve la clase con la apoyatura visual del *power point* donde se identifican las tesis principales de las distintas concepciones de la interpretación. Luego se realiza la siguiente pregunta:

¿Qué implicancias piensa que tiene cada una de las concepciones de la interpretación (indeterminación radical, única respuesta correcta o indeterminación parcial)?

Esta pregunta tiene como finalidad la expresión de una diversidad de respuestas, así como otorgarle dinamismo a la clase para que no esté asentada solo en la exposición verbal y visual. Luego del intercambio y la devolución del docente se realizará una nueva pregunta con el objeto de contribuir a que los alumnos establezcan relaciones entre los diferentes conceptos:

Habiendo comprendido las tesis que cada una de las posiciones adopta, ¿cómo podría justificar la afirmación de que la tesis de la indeterminación parcial es una posición intermedia entre el noble sueño y la pesadilla?

Momento 3. Cierre

Una vez completada la exposición de los contenidos teóricos, se reservan unos diez minutos para que los alumnos retomen el texto presentado al comienzo y presenten las respuestas a la pregunta entonces planteada. Esta actividad está pautada de manera flexible, de modo que entre todos se realice el cierre de la clase. Durante el transcurso de las reflexiones de los alumnos a partir de los textos y de la pregunta sugerida, el docente expone su punto de vista:

- En 'Felicetti' la CSJN adoptó una interpretación del artículo 8 inciso 2.h del Pacto de San José de Costa Rica que prácticamente lo vacía de todo alcance pues consideró, en contra de su propia letra, que dicha norma no instituye un derecho a la doble instancia, asumiendo que las palabras a través de las cuales se expresan las normas no son más que moldes vacíos a los que puede hacerseles decir prácticamente cualquier cosa.

- En 'Gramajo' la CSJN estimó que la accesoria de prisión por tiempo indeterminado para multireincidentes tiene todas las características de una pena y no deja de serlo por el hecho de que pretenda denominársela de otro modo, asumiendo que el significado de las palabras de la ley está determinado por ciertas cualidades esenciales de las instituciones a las que se alude con ellas.

Antes de que finalice la clase se indicará a los alumnos la consigna para el próximo encuentro. Este consistirá en un trabajo grupal domiciliario cuyos resultados serán presentados por ellos en la última clase.

Clase 3

Tema: ¿Error judicial o cambio interpretativo del derecho?

En la clase anterior se entregaron extractos de dos fallos judiciales que son pertinentes para la resolución de la actividad propuesta. Los fallos elegidos son los siguientes:

'Bowers vs. Hardwick' (478 U.S. 186 (1986))

'Lawrence vs. Texas' (539 U.S. 558 (2003))

Ambos son fallos de la Corte Suprema de EE.UU. En *'Bowers vs. Hardwick'* se había ratificado la constitucionalidad de la ley de Sodomía del Estado de Georgia. El caso *'Lawrence'*, que discutió la

constitucionalidad de una ley similar en el Estado de Texas, anuló el caso 'Bowers', estableciendo que se había interpretado de manera incorrecta la enmienda 14 de la constitución (derecho de intimidad) de los Estados Unidos.

Además, se les indica a los estudiantes la necesidad de que lean el artículo de H.L.A. Hart 'Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. Entre la Pesadilla y el Noble Sueño'.

La consigna para el trabajo domiciliario es la siguiente:

En grupos de no más de tres alumnos, compare las justificaciones ofrecidas respecto de la constitucionalidad de las normas en juego y realice un escrito argumentativo en el que den cuenta, a partir de los conceptos teóricos desarrollados en las clases previas y de la lectura del artículo ofrecido, de cómo se reconstruirían las nociones de error judicial y cambio interpretativo del derecho a partir de las diferentes concepciones de la interpretación, y cómo se reflejarían esas nociones en la situación planteada por los fallos desde las diferentes teorías interpretativas.

Momento 1. Apertura

En esta última clase los alumnos presentarán oralmente en un tiempo de 5 minutos cada grupo los resultados de su actividad domiciliaria. La elección de los fallos antes indicados parece adecuada para generar interés y compromiso en la tarea porque se trata de un tema que puede provocar fuertes controversias y por eso mismo ser atractivo para los alumnos. Además, al existir dos resoluciones opuestas es un recurso útil para señalar la relevancia práctica que tiene la concepción de la interpretación que tengan los operadores jurídicos a la hora de tomar una decisión concreta.

Momento 2. Desarrollo

A medida que cada grupo presenta sus resultados el docente irá realizando en la pizarra un resumen de las tesis defendidas por cada uno de ellos respecto de la vinculación que han encontrado entre, por un lado, las nociones de error judicial y cambio interpretativo en el derecho y, por el otro, las concepciones de la interpretación. Se incluirán además ejemplos de cómo se manifiesta esta relación en los fallos seleccionados.

	Tesis de la indeterminación radical	Tesis de la indeterminación parcial	Tesis de la única respuesta correcta
Error judicial			
Cambio interpretativo en el derecho			

Momento 3. Cierre

Al finalizar se realizará una puesta en común del resultado de los trabajos de todos y con la guía del docente se arribará a un consenso acerca de la respuesta a las consignas 1 y 2. Asimismo, se buscará realizar una integración de los conceptos que se han tratado a lo largo de las tres clases, solicitándoles que retomen las reflexiones anotadas por ellos en la actividad pautada en la primera clase y que la reformulen o enriquezcan de acuerdo a los conocimientos adquiridos durante el

desarrollo de los temas. De este modo se buscaría integrar el contenido conceptual de las tres clases.

Esta última clase tiene un abordaje indirecto, ya que no se centra en el docente sino en la participación activa de los alumnos. La enseñanza indirecta enfatiza el papel del descubrimiento en el aprendizaje, de la exploración y producción por parte del alumno. El objetivo es que los alumnos puedan derivar conceptos y generalizaciones por su propia cuenta a partir de la interacción con una situación (un caso, un conjunto de situaciones o fenómenos, un problema, etc.). Aquí se busca que puedan, a través del análisis de un fallo judicial y de la lectura de dos artículos pertinentes, realizar un análisis propio de la vinculación entre temas tratados en las clases previas. Si bien esta última actividad no puede ser concebida como una forma pura de 'caso', sí presenta ciertos rasgos de esta modalidad. Por ejemplo, fomenta el saber disciplinar a través del análisis de fallos judiciales y de las actividades que les exige realizar textos argumentativos y sostenerlos oralmente, así como los familiariza con la toma de decisiones judiciales y su estructura. Todas ellas, actividades propias del saber de los operadores del derecho.