

JORGE LUIS RODRÍGUEZ

**TEORÍA ANALÍTICA
DEL DERECHO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE	
DE LAS NORMAS A LOS SISTEMAS JURÍDICOS	
CAPÍTULO I. NORMAS, LENGUAJE Y LÓGICA	35
1. LOS DIVERSOS USOS DE LA EXPRESIÓN «NORMA».....	37
1.1. Usos del lenguaje	37
1.2. Diversas clases de normas	40
1.3. Prescripciones y usos secundarios.....	44
1.4. Reglas constitutivas y regulativas. Reglas imperativas e indicativas.....	52
2. NORMAS Y LENGUAJE.....	57
2.1. Normas, formulaciones de normas y proposiciones normativas	57
2.2. El carácter sobre y subincluyente de las normas.....	59
2.3. Concepciones de las normas: una primera aproximación	62
2.4. Existencia de normas, formulaciones normativas y regularidades de conducta	65
3. NORMAS, VERDAD Y LÓGICA.....	68
3.1. El dilema de Jørgensen.....	68
3.2. Normas sin lógica.....	72
3.3. La aplicación indirecta de la lógica a las normas	77
3.4. Lógica sin verdad	79

	Pág.
4. LÓGICA DEÓNTICA	82
4.1. Lógica modal y lógica deóntica	82
4.2. Algunos sistemas de lógica deóntica	85
4.3. Lógica deóntica y concepciones de las normas	93
4.4. Representación de las normas condicionales	97
5. LÓGICA DE NORMAS Y LÓGICA DE PROPOSICIONES NORMATIVAS... ..	105
5.1. Propositiones normativas y principios lógicos	105
5.2. Diversos sentidos de permisión	110
5.3. Consistencia y completitud	113
5.4. Un dilema para la lógica de proposiciones normativas	116
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE DERECHO.....	121
1. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL CONCEPTO DE DERECHO.....	123
1.1. Los alcances de la pregunta «¿Qué es el derecho?».....	123
1.2. Problemas semánticos del término «derecho»	126
1.3. El carácter social y el carácter normativo del derecho	129
1.4. Intuiciones en tensión.....	133
2. LA CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO.....	135
2.1. El derecho natural como presupuesto cognoscitivista en metaética.....	135
2.2. La tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral	141
2.3. La moral interna del derecho y la conexión interpretativa	144
2.4. Casos centrales de uso de la expresión «derecho» y pretensión de co- rección.....	149
3. LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO	152
3.1. El escepticismo ético	152
3.2. El positivismo conceptual	158
3.3. Las tesis centrales del positivismo	161
3.4. Tesis atribuidas al positivismo.....	165
4. EL CARÁCTER DE LA DISPUTA ENTRE EL IUSNATURALISMO Y EL PO- SITIVISMO.....	168
4.1. El iusnaturalismo contemporáneo	168
4.2. Tres ejes de discusión.....	171
4.3. ¿Una disputa meramente verbal?	174
4.4. ¿Una disputa normativa?	177
5. LAS VARIANTES DEL POSITIVISMO JURÍDICO	180
5.1. Casos difíciles y discrecionalidad judicial	180
5.2. El positivismo incluyente	183
5.3. El positivismo excluyente.....	191
5.4. El positivismo ético y el antipositivismo de Dworkin.....	198

	Pág.
CAPÍTULO III. NORMAS JURÍDICAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES	203
1. CRITERIOS REDUCCIONISTAS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	205
1.1. Teorías imperativistas del derecho	205
1.2. La concepción kelseniana de las normas.....	209
1.3. La coacción como nota diferencial de las normas jurídicas.....	214
1.4. Estructura de las normas jurídicas en la teoría kelseniana	218
2. LA TRADICIÓN CONTINENTAL DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS	221
2.1. La teoría kelseniana: sanción y acto ilícito	221
2.2. Deber jurídico y derecho subjetivo.....	228
2.3. Capacidad, competencia e imputabilidad.....	236
2.4. Responsabilidad y persona jurídica.....	239
3. DEFICIENCIAS DE LOS CRITERIOS REDUCCIONISTAS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS	245
3.1. El problema de las normas jurídicas sin sanción.....	245
3.2. Nulidad y sanción.....	249
3.3. Normas que confieren potestades como reglas determinativas	252
3.4. El impacto sobre la reconstrucción de los conceptos básicos	259
4. LA TRADICIÓN ANGLOSAJONA DE RECONSTRUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS	266
4.1. Bentham y Austin	266
4.2. Hohfeld.....	271
4.3. Ross	275
4.4. Kanger y Lindahl.....	278
5. LÓGICA DEÓNTICA, CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO.....	281
5.1. Prioridad conceptual del concepto de deber jurídico	281
5.2. Deberes, sanciones y proposiciones normativas	287
5.3. Una reconstrucción alternativa de los conceptos jurídicos básicos.....	291
5.4. Derechos, límites constitucionales y caracterización del derecho	299
CAPÍTULO IV. EL DERECHO COMO SISTEMA	303
1. LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	304
1.1. La estructura jerárquica de los sistemas jurídicos	304
1.2. Validez, cadenas de validez y norma fundante básica	311
1.3. Validez y eficacia.....	317
1.4. Las tesis de la unidad lógica y la completitud de los sistemas jurídicos...	321
2. SISTEMAS ESTÁTICOS Y DINÁMICOS	325
2.1. Ambigüedad de la expresión «validez».....	325

	Pág.
2.2. Análisis crítico de la teoría de la norma fundante básica	333
2.3. Criterios de pertenencia de normas	341
2.4. Modelos analíticos de reconstrucción de los sistemas jurídicos	345
3. SISTEMAS DE NORMAS APLICABLES	349
3.1. Identificación de normas aplicables	349
3.2. Aplicabilidad, casos regulados y validez.....	355
3.3. Un modelo de reconstrucción de los sistemas aplicables.....	361
3.4. Completitud y consistencia como propiedades contingentes	367
4. LAGUNAS Y DISCRECIONALIDAD	375
4.1. Diferentes clases de lagunas.....	375
4.2. Dos sentidos de lagunas axiológicas	380
4.3. Lagunas y discrecionalidad judicial	383
4.4. Lagunas y casos no regulados por el derecho	389
5. CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS NORMATIVOS.....	395
5.1. La noción de contradicción normativa	395
5.2. Conflictos normativos y de instanciación.....	398
5.3. Conflictos entre principios constitucionales.....	406
5.4. La operación de ponderación	412

SEGUNDA PARTE

DINÁMICA JURÍDICA, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO V. LA DINÁMICA DEL DERECHO	425
1. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA DINÁMICA DEL DERECHO.....	426
1.1. Kelsen y las normas inconstitucionales.....	426
1.2. Sistemas jurídicos dinámicos	432
1.3. Resultados de los procesos de promulgación y derogación	436
1.4. Criterios de identidad del orden jurídico.....	441
2. DINÁMICA JURÍDICA Y JERARQUÍAS NORMATIVAS.....	444
2.1. Preferencias, ordenaciones y jerarquías normativas.....	444
2.2. Orden jurídico depurado y no depurado.....	452
2.3. Dinámica en sistemas jerárquicamente estructurados	458
2.4. Inconstitucionalidad y derogación.....	462
3. LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO	472
3.1. La regla de reconocimiento como regla convencional	472
3.2. Tres lecturas de la regla de reconocimiento	479
3.3. Dificultades en las definiciones de «norma jurídica» y «sistema jurídico».	487
3.4. Dinámica jurídica y caracterización del derecho	490
4. LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DINÁMICOS	494
4.1. Una objeción al modelo de la pertenencia.....	494
4.2. Derogación en serie, expresa y tácita	501

	Pág.
4.3. Dinámica jurídica y revisión de creencias	504
4.4. Precisiones al modelo de la pertenencia.....	512
5. LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES	519
5.1. Estado de derecho, control de constitucionalidad y neoconstitucionalismo	519
5.2. Derechos y garantías	526
5.3. Coto vedado y objeción contramayoritaria	531
5.4. Derechos nacionales y derecho internacional	541
 CAPÍTULO VI. INTERPRETACIÓN, INDETERMINACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO	553
1. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN	554
1.1. Enunciados interpretativos	554
1.2. La tesis de la única respuesta correcta.....	560
1.3. La tesis de la indeterminación radical	575
1.4. La indeterminación parcial del derecho	593
2. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO.....	599
2.1. Ambigüedad	599
2.2. Vaguedad	601
2.3. Textura abierta.....	606
2.4. Las «naturalezas jurídicas»	611
3. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN.....	613
3.1. Interpretación literal, extensiva y restrictiva.....	613
3.2. La interpretación según su autor.....	617
3.3. Directivas de interpretación.....	619
3.4. Argumentos interpretativos.....	622
4. INTERPRETACIÓN, INDETERMINACIÓN Y DESACUERDOS	635
4.1. Derecho y desacuerdos.....	635
4.2. Clases naturales, conceptos determinados por el uso y conceptos interpretativos	637
4.3. Fuentes sociales y desacuerdos	644
4.4. Diversidad de desacuerdos	647
5. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO	651
5.1. La posibilidad de una «ciencia» del derecho.....	651
5.2. La dogmática jurídica.....	655
5.3. Derecho y verdad.....	659
5.4. El problemático carácter de los enunciados de la ciencia jurídica.....	664
 CAPÍTULO VII. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	671
1. EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO	672

	Pág.
1.1. Normas y razones para la acción.....	672
1.2. La paradoja del seguimiento de normas.....	677
1.3. Las normas como razones excluyentes y la autoridad como servicio.....	679
1.4. El razonamiento práctico: universalismo y particularismo.....	689
2. JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	693
2.1. Estructura de las sentencias judiciales.....	693
2.2. Justificación interna, justificación externa y teorías de la argumentación.	701
2.3. Casos fáciles y difíciles.....	705
2.4. Una crítica a la tesis de la discrecionalidad.....	713
3. PRINCIPIOS JURÍDICOS, COHERENCIA Y DISCRECIONALIDAD.....	720
3.1. La distinción entre reglas y principios.....	720
3.2. Los principios como normas no concluyentes.....	723
3.3. Los principios y la regla de reconocimiento.....	727
3.4. Coherencia y la tesis de la única respuesta correcta.....	729
4. LA DERROTABILIDAD EN EL DERECHO.....	735
4.1. La tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas.....	735
4.2. Excepciones no enumerables y conflictos irresueltos.....	742
4.3. Justificación, verdad y prueba.....	752
4.4. Razonamiento jurídico y reglas procesales.....	756
5. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN MORAL.....	762
5.1. Sobre la conexión justificatoria entre derecho y moral.....	762
5.2. Corrección material y concepciones metaéticas.....	767
5.3. Racionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales.....	775
5.4. Normatividad y obligación moral de obedecer el derecho.....	779
BIBLIOGRAFÍA.....	791

INTRODUCCIÓN

Según ARISTÓTELES, los seres humanos poseen dos rasgos que los diferencian del resto de los animales, y que configuran dos facultades íntimamente conectadas entre sí para relacionarse con el mundo: el lenguaje y la razón¹. Estos dos aspectos de la naturaleza humana se reflejan paradigmáticamente en el derecho, una de las instituciones humanas más características. Podría decirse que muchos de los problemas que siempre han ocupado a los estudiosos del derecho giran en torno al modo en que el lenguaje del derecho crea razones para actuar².

Si tuviera que explicar sintéticamente qué es para mí la teoría general del derecho, centraría la atención precisamente sobre estos dos puntos, esto es, el estudio del lenguaje del derecho y del razonamiento jurídico. Los siete capítulos que conforman el libro giran básicamente en torno a esas dos cuestiones, conjuntamente con una defensa de una concepción positivista (excluyente) y escéptica en metaética y, desde dicha óptica, un intento por ofrecer una delimitación del derecho de otros dominios normativos como la moral. Este modo particular de ver las cosas se vincula sin lugar a dudas con mi enfoque analítico de la filosofía. La filosofía analítica no constituye un conjunto unificado de teorías o doctrinas, pero podría decirse en general que los filósofos analíticos se caracterizan por compartir un cierto *estilo* para hacer filosofía, que prioriza precisamente la claridad en el uso del lenguaje y el rigor en la argumentación³. Aunque seguramente debo haber fracasado reiteradamente en esto a lo largo de las páginas que siguen, al menos me he esforzado por tratar de ser fiel a ese estilo.

La génesis de este trabajo se remonta a los primeros años de este milenio, cuando con un grupo de compañeros docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata comenzamos a preparar materiales para el dictado de cursos de grado de teoría general del derecho. Esos textos circularon por años como lecturas com-

¹ Cf. ARISTÓTELES, 350 ACa: 1253a y ss.; ARISTÓTELES, 350 ACb: 1980b y ss.

² Cf. GARDNER y MACKLEM, 2002: 440-441.

³ Cf. SOAMES, 2003: xiii.

plementarias en los cursos de la asignatura, pero requerían de una cuidadosa corrección y actualización. Mi idea originaria era someterlos a una revisión en conjunto con todos los que colaboraron con la versión inicial, fundamentalmente Claudina Orunesu, Tobías Schleider, Pablo Perot, Juliana Tumini y Leticia Morales, a fin de hacer una publicación en equipo de un manual para cursos de grado. Sin embargo, nunca logramos coordinar nuestras agendas de trabajo para empezar a hacerlo. Hace unos seis años comencé a revisarlos solo, luego a reescribir prácticamente todo desde cero, y en esa tarea me extendí mucho más de lo que inicialmente había planeado hasta producir como resultado este largo libro. El texto en su versión actual es una sistematización de mis ideas sobre diferentes tópicos de la teoría general del derecho y pudo ser utilizado para el desarrollo de un curso profundizado sobre la disciplina, ya sea para abogados o para estudiantes de posgrado. Sin embargo, tomando los tres primeros puntos de cada capítulo también es posible hilvanar un curso de grado con un razonable nivel de complejidad.

La sección primera (*De las normas a los sistemas jurídicos*) está compuesta por los cuatro primeros capítulos. En el capítulo I (*Normas, lenguaje y lógica*) se exploran en primer lugar los diferentes usos del lenguaje y distintas clasificaciones de tipos de normas. A tal fin, y sin dejar de advertir algunas dificultades en ella, se toma como base del análisis la clasificación de VON WRIGHT, fundamentalmente en lo que hace a su distinción entre prescripciones, reglas determinativas y normas técnicas, clasificación a la que se reputa menos problemática que otras propuestas, como la distinción de SEARLE entre reglas constitutivas y regulativas. Se pone énfasis en diferenciar a las normas, las formulaciones de normas y las proposiciones normativas, y se destaca, en lo que hace a la relación entre las normas y el lenguaje, la idea de SCHAUER del carácter sobre y subincluyente de las normas, tal como resultan formuladas en el lenguaje, respecto de sus justificaciones subyacentes. Se efectúa una primera aproximación teórica a la caracterización de las normas, distinguiendo una concepción sintáctica, una concepción semántica, una concepción mixta sintáctico-semántica y una concepción pragmática, descartando por diferentes razones a la primera y a la tercera y dejando subsistente una oposición entre una concepción puramente semántica y una concepción pragmática. No obstante, se aclara inmediatamente que no todas las normas deben su existencia a la formulación de ciertas expresiones en el lenguaje, rechazándose por igual tanto la reducción de las normas a *reglas*, entendidas como normas expresamente formuladas en el lenguaje, como a meras *regularidades* de conducta.

A continuación se examina el problema fundamental en lo que hace a la caracterización de las normas y su relación con la verdad y la lógica, que puede resumirse en el dilema que fuera postulado por JØRGENSEN: si las normas, tal como parece ser el caso, no son entidades susceptibles de verdad o falsedad, entonces o bien no es posible que existan relaciones lógicas entre las normas puesto que la lógica circunscribe su alcance al dominio de la verdad, o bien es posible que existan relaciones lógicas entre las normas, pero entonces debe reconocerse a la lógica un alcance más amplio que el tradicional. Luego de descartar algunas de las alternativas que se han transitado para intentar superar este dilema (admitir que no existe algo así como una lógica de normas; buscar algún sucedáneo de la verdad como propiedad peculiar de las normas que permita justificar relaciones lógicas entre ellas o reconocer que la lógica solo puede aplicarse indirectamente a las normas), se concluye que las dos posturas que parecen más

satisfactorias para enfrentar el dilema consisten en abandonar el presupuesto de que las normas carecen de valores de verdad, o bien descartar el presupuesto tradicional de que las nociones lógicas fundamentales deben definirse a partir de la noción de verdad. Se efectúa una presentación simplificada de los desarrollos de la lógica deóntica, sus relaciones con la lógica modal y con la lógica de preferencias, y se destaca que las dos alternativas antes indicadas para la superación del dilema de JØRGENSEN se corresponden con dos diversos modos de concebir a las normas, que pueden interpretarse como un refinamiento de la oposición clásica entre una concepción puramente semántica y una concepción pragmática de las normas, a las que se caracteriza como concepción *cognoscitiva o representativa* y *concepción no cognoscitiva o adscriptiva*. Entre estas dos alternativas, se intenta justificar la opción por una concepción no cognoscitiva de las normas —que creo que es la única compatible con el escepticismo en metaética—, de acuerdo con la cual las normas serían significados de ciertas formulaciones lingüísticas o de ciertas prácticas sociales que expresan nuestras valoraciones o preferencias de ciertos estados de cosas (mundos posibles) como ideales y, consiguientemente, que se enfrenta al dilema de JØRGENSEN asiendo su segundo cuerno, esto es, admitiendo que la lógica tiene un alcance más amplio que el de la verdad.

Se examina además el problema de la representación de las normas condicionales, un punto en el cual se trata de justificar que los dos modos que tradicionalmente se han visto como rivales para dar cuenta de ellas, esto es, la concepción insular [$O(p \rightarrow q)$] y la concepción puente ($p \rightarrow Oq$) de las normas condicionales, no deberían contemplarse de ese modo sino más bien como dos diversas formas en que una obligación puede estar sujeta a condiciones: una obligación condicional de alcance amplio, esto es, un deber de concretar un estado de cosas o una acción condicional y una obligación condicional de alcance restringido, es decir, un deber categórico subordinado a una condición. Se presenta también la idea de la derrotabilidad de las normas, que tendrá un importante papel posterior en el análisis de ciertas discusiones de la teoría jurídica.

Finalmente, se examina la distinción entre una genuina lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. Si bien en general ella se presenta a partir de la discriminación entre dos sentidos en que puede decirse que una conducta está permitida de conformidad con ciertas normas, uno negativo (no hay en el sistema normativo de referencia una norma de prohibición) y uno positivo (hay en el sistema una norma permisiva), se justifica la necesidad de discriminar los dos cálculos con independencia de la diferenciación entre estas dos clases de permisos. Los puntos en los que divergen la lógica de normas y la de proposiciones acerca de normas permiten apreciar que la completitud y la consistencia son propiedades meramente contingentes de los sistemas normativos, lo cual tiene particular relevancia para evaluar el problema de las lagunas y contradicciones en los sistemas jurídicos. El capítulo concluye con una discusión sobre las razones por las cuales la diferencia entre una lógica de normas y una de proposiciones normativas no ha recibido la atención que debería merecer, ligadas a la oposición entre las concepciones cognoscitiva y no cognoscitiva de las normas.

En el capítulo II (*El concepto de derecho*) se examina el problema de la caracterización del derecho, sin la pretensión de ofrecer todavía una respuesta al problema, sino más bien para advertir cuáles son los términos en los que se ha planteado tradicionalmente esa controversia. Luego de descartar que la extendida y enconada discusión

respecto del concepto de derecho pueda derivarse de las dificultades semánticas que aquejan a la palabra «derecho» y expresiones similares de otros idiomas, se presenta la discusión a partir de la identificación de ciertas intuiciones básicas acerca de dicho concepto. A tal fin, se critica la idea de SHAPIRO de listar un conjunto extenso de supuestas intuiciones básicas sobre el derecho, que en realidad implica avanzar sobre muchos temas controvertibles, y se centra la atención exclusivamente en dos rasgos difícilmente cuestionables: su carácter social, esto es, que la existencia del derecho depende al menos en parte de ciertos hechos humanos y que su finalidad es regular la conducta de un grupo social, y su carácter normativo, esto es, que las normas jurídicas nos ofrecen razones para actuar (desde luego, no necesariamente concluyentes). Con base en estos dos rasgos se sostiene que, según se ponga énfasis en uno u otro, ello da lugar a diferentes modos de concebir al derecho, fundamentalmente a una visión iusnaturalista o positivista.

Se hace una presentación de la concepción iusnaturalista destacando su compromiso con una tesis metaética cognoscitivista y aprovechando para efectuar una breve reseña de las distintas posturas desde las cuales se ha intentado defender el cognoscitivismo. Se examina además la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral que caracteriza a la concepción iusnaturalista definicional o tradicional, y se reseñan brevemente algunas defensas contemporáneas del iusnaturalismo, tales como las ensayadas por FULLER, FINNIS y ALEXY. Pasando a la concepción positivista, se presenta en primer lugar el punto de vista de quienes defienden tal concepción con fundamento en el escepticismo en metaética, comentando diferentes posturas escépticas y respondiendo al argumento de DWORKIN contra lo que califica como *escepticismo externo*.

Se examina a continuación el denominado positivismo *metodológico o conceptual* y el tipo de argumentos que desde este enfoque se dirigen contra la caracterización iusnaturalista del derecho. Se sintetizan luego las tesis centrales que comparten todos los positivistas, esto es, la tesis de las fuentes sociales del derecho, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de los límites del derecho, examinando sus relaciones recíprocas, así como ciertas tesis que han sido infundadamente atribuidas al positivismo. También se explora una versión contemporánea, normativa y no definicional, del iusnaturalismo y se formula un balance de los términos en los que se plantea la polémica entre las diversas versiones del iusnaturalismo y del positivismo en torno a tres ejes de discusión: los presupuestos metaéticos, el concepto de derecho y el problema normativo del sentido en el cual las normas jurídicas ofrecen razones para la acción. Allí se trata de justificar que no puede localizarse una discrepancia genuina entre cualquier postura iusnaturalista y cualquier postura positivista en el plano metaético ni tampoco en el plano normativo, en tanto que en el plano conceptual, donde sí existe una genuina controversia entre el iusnaturalismo clásico o definicional y el positivismo en cualquiera de sus variantes, el positivismo cuenta con argumentos mucho más sólidos en su apoyo.

Se discuten además los intentos por reducir la discusión a una polémica meramente verbal sobre el significado de la palabra «derecho» y a una controversia normativa acerca de cómo se debe actuar frente al derecho injusto. Para concluir, se examinan las variantes actuales dentro del positivismo jurídico a partir de las críticas dirigidas originariamente por Ronald DWORKIN, que se discuten en profundidad en el último capítulo. Así, se diferencian las versiones incluyente y excluyente del positivismo, intentando precisar debidamente sus alcances. Se trata de defender la idea de que el positivismo

incluyente es una variante internamente consistente del positivismo, pese a que por diferentes razones se privilegia la opción por el positivismo excluyente, no obstante objetar también ciertos argumentos ofrecidos en defensa de esta última posición por parte de autores como RAZ, MARMOR o SHAPIRO. El capítulo concluye con un breve comentario sobre el positivismo ético o normativo, señalando solamente que se trata de una postura que presupone al positivismo incluyente como modo apropiado de caracterizar al derecho, y se ubica en el marco de reconstrucción ofrecido en el capítulo a la postura antipositivista de Ronald DWORKIN.

El capítulo III (*Normas jurídicas y conceptos jurídicos fundamentales*) ofrece un examen crítico de los intentos reduccionistas de caracterización de las normas jurídicas y los conceptos jurídicos básicos, esto es, aquellos que han pretendido hallar algún rasgo común a todas las normas jurídicas para distinguir en este plano al derecho de otros dominios normativos. Luego de un breve examen de las denominadas teorías imperativistas, como suelen clasificarse las construcciones de BENTHAM y AUSTIN, se examina en profundidad el emprendimiento más elaborado y sistemático en este sentido, constituido por la teoría kelseniana de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos fundamentales, con su extraordinario pero a la postre fallido esfuerzo por definir todas las nociones jurídicas capitales a partir del concepto de sanción coactiva.

Luego de esa primera parte circunscripta a un nivel casi exclusivamente expositivo, se pasan a formular consideraciones críticas sobre los criterios reduccionistas de identificación de las normas jurídicas. Allí se explora el grave problema que representa para la teoría kelseniana la existencia de normas jurídicas sin sanción, así como la crítica de HART a cualquier teoría reduccionista por su imposibilidad de diferenciar adecuadamente las nociones de nulidad y sanción. Sobre esto último se resalta que, si bien HART no es enteramente claro sobre la cuestión, sus argumentos presuponen que las reglas que atribuyen potestades públicas o privadas para la producción de efectos jurídicos, como aquellas que confieren competencia al legislador para dictar leyes o las que establecen las condiciones de validez de testamentos, contratos u otros actos jurídicos, no pueden concebirse como prescripciones sino como reglas determinativas o conceptuales, indicándose además algunos problemas adicionales que presenta la teoría kelseniana de los conceptos jurídicos básicos, fundamentalmente la imposibilidad de reducir el concepto de deber jurídico al deber de imponer sanciones coactivas.

A la tradición continental de reconstrucción de los conceptos jurídicos, representada paradigmáticamente por Kelsen, se contraponen la tradición anglosajona, de la cual se toman como exponentes más relevantes los desarrollos de BENTHAM, AUSTIN y HOHFELD, que fueran profundizados por ROSS, KANGER y LINDAHL. Luego de pasar rápida revista a sus principales contribuciones se ofrece el esbozo de una reconstrucción alternativa en la que se toma como punto de partida el concepto de deber jurídico. Aunque esa reconstrucción alternativa se apoya en ideas de HART, como su distinción entre hábitos y reglas, entre verse obligado y tener una obligación, y entre el punto de vista externo y el punto de vista interno frente a las reglas, se observa que las críticas dirigidas contra la denominada *concepción práctica de las reglas* de HART son acertadas. Por ello se concluye que si bien un observador externo, para poder hablar de obligaciones o deberes reconocidos en un grupo social, tiene que dar cuenta del modo en que al menos algunos miembros del grupo aceptan las reglas y las utilizan para evaluar su

propia conducta y para criticar las de los demás, el hecho de que haya quienes aceptan las reglas y asumen el punto de vista interno frente a ellas, aunque puede ser un requisito necesario para poder hablar de reglas *seguidas* dentro de una cierta comunidad, no es necesario para dar cuenta de la noción de obligación en general, ni tampoco de la noción de obligación jurídica. Así, se sostiene que la afirmación «De acuerdo con el sistema jurídico S , x tiene el deber jurídico de hacer A » es verdadera si y solo si es posible derivar del sistema jurídico S una norma que obliga a x a hacer A , es decir, que califica deónticamente la acción A del sujeto x como obligatoria. Este sería un enunciado de deber externo que, como tal, no es parasitario de un enunciado de deber interno: lo que es más básico o conceptualmente previo respecto de un enunciado de deber externo es la *norma* mencionada en él, pero ella es igualmente más básica o conceptualmente previa respecto del enunciado interno que manifiesta su adhesión a ella. Luego de descartar también ciertas tentativas formales que se han ofrecido para tratar de reducir los conceptos deónticos a conceptos modales, se bosqueja una caracterización de los conceptos jurídicos básicos apoyada como se dijo en la noción antes delineada de deber jurídico, que aprovecha las derivaciones de la lógica de proposiciones normativas presentada en el capítulo I, y que intenta conjugar los aciertos y corregir las deficiencias de las reconstrucciones kelseniana y hohfeldiana. Sobre el final se resalta que, como corolario de la discusión del capítulo, hay importantes aspectos del derecho cuya cabal comprensión no puede limitarse al plano de las normas, sino que requiere avanzar en la evaluación de los rasgos propios de los sistemas jurídicos.

Ese es el cometido central del capítulo IV (*El derecho como sistema*). Al igual que en el capítulo precedente, la discusión se inicia con una exposición de la teoría kelseniana, pues paradójicamente KELSEN, aunque siempre mantuvo su pretensión de diferenciar al derecho de otros dominios normativos como la moral en el nivel de las normas, también advirtió la necesidad de examinar las relaciones entre las normas para comprender cabalmente el funcionamiento del derecho. Se resaltan los dos tipos de relaciones de derivación entre normas que KELSEN estudia, esto es, las relaciones de derivación estática y las relaciones de derivación dinámica, así como las tres propiedades que necesariamente poseerían los sistemas jurídicos de acuerdo con la teoría kelseniana: la estructura jerárquica, la unidad lógica y la completitud. El estudio crítico de estas ideas de KELSEN permite, por una parte, presentar el modo en que la teoría de los sistemas jurídicos ha ido evolucionando hasta hoy, así como algunas de mis ideas personales al respecto.

La crítica comienza con un estudio de la ambigüedad de la expresión «validez» y los diversos sentidos en los que puede hablarse de la existencia de las normas jurídicas. Se resalta el modo en que una confusión entre algunos de tales sentidos es lo que da lugar a la controvertida doctrina kelseniana de la norma fundante básica. Siguiendo a Eugenio BULYGIN, se destaca que al confundir un concepto descriptivo de validez como pertenencia a un sistema y un sentido prescriptivo de validez como fuerza obligatoria, KELSEN se ve obligado a buscar una respuesta al aparente problema del fundamento último de la validez de las normas de un sistema jurídico con su norma fundante, una norma no positiva que debería no obstante presuponerse para poder interpretar al acto del primer constituyente como un acto creador de derecho. KELSEN no puede simplemente cortar la cadena de validez como fuerza obligatoria 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 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, y aquí contra BULYGIN, se sostiene que 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. Por otra parte, se advierte que la noción de validez como fuerza obligatoria admite más de una lectura: decir que una norma posee fuerza obligatoria puede interpretarse 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 en cualquiera de los dos casos tales evaluaciones pueden hacerse desde un punto de vista jurídico o desde un punto de vista moral. En síntesis, la norma fundante básica kelseniana no puede aceptarse como respuesta a la pregunta sobre la validez en el sentido de fuerza obligatoria de la primera constitución histórica, porque desde un punto de vista jurídico ella carece de fuerza obligatoria (no hay por definición otra norma jurídica que imponga el deber de obedecerla) y desde un punto de vista moral la pregunta por su fuerza obligatoria es una pregunta por el deber moral de obedecer el derecho. Pero esto no tiene repercusión alguna sobre la validez de la primera constitución histórica como pertenencia al sistema de referencia, algo que, no obstante, requiere presuponer no ya una norma de conducta pero sí una regla determinativa o conceptual que la identifique como parte de él, que sería lo único en lo que podría darse parcialmente la razón a KELSEN.

Los dos tipos de relaciones de derivación entre normas que distingue KELSEN le permiten diferenciar dos nociones de sistema normativo, una estática y una dinámica. No obstante, se resalta no solo que la caracterización kelseniana de esta distinción es problemática, sino que igualmente lo es en general cualquier intento simplificado por congeñar los criterios de deducibilidad y de legalidad como criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico. Ocurre que si bien el criterio de deducibilidad podría ser admitido como un criterio de pertenencia de normas a un sistema jurídico estático, esto es, a un conjunto de normas, el criterio de legalidad es un criterio de pertenencia de conjuntos de normas a una unidad más compleja, que sería una secuencia de conjuntos de normas que se suceden en el tiempo con cada acto válido de producción normativa. Solo una reconstrucción de este tipo puede dar cuenta de un modo adecuado de la noción de sistema jurídico dinámico.

En lo que resta del capítulo se explora exclusivamente la noción de sistema jurídico estático, en particular lo que sería el sistema de normas *aplicables* para la solución de un caso. Puede decirse que una norma es aplicable respecto de un cierto caso si es posible derivar del sistema jurídico el deber para el juez de aplicarla respecto de todos los casos de la clase a la que pertenece. 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, pero este principio general puede registrar diversas excepciones, entre las que se destacan, en lo relativo al tiempo, la aplicación ultra-activa de normas derogadas y, en lo relativo al espacio, la aplicación extraterritorial de normas extranjeras

en casos de derecho internacional privado. Se examina críticamente la distinción entre aplicabilidad interna y externa postulada por MORESO y NAVARRO, sosteniéndose que no hay argumentos sólidos para refutar 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 viceversa, de modo que las dos nociones, aunque conceptualmente distinguibles, son coextensivas. Se presenta el modelo de análisis de los sistemas jurídicos propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Sistemas normativos* como una reconstrucción adecuada del sistema de las normas aplicables para la solución de un caso, dado que ello requiere identificar todas las consecuencias lógicas que se siguen de ciertas normas de base, y esa misma noción de sistema es la que se utiliza para examinar la completitud y la consistencia como propiedades de los sistemas jurídicos. Como nada obsta a que el sistema así interpretado pueda contener casos sin regular, así como casos inconsistentemente normados, ambas propiedades no pueden tomarse sino como meramente contingentes.

Se examinan diferentes nociones de lagunas, primordialmente, normativas, de reconocimiento y axiológicas, haciendo algunas precisiones sobre la noción de laguna axiológica, y se ofrecen argumentos para rechazar las tesis defendidas por Fernando ATRIA de que no sería posible distinguir a las lagunas normativas de los casos que el derecho no solo no regula sino que no tiene pretensión de regular sin formular un juicio de valor y que los jueces carecerían de discrecionalidad incluso aunque un sistema jurídico poseyera lagunas. Con respecto a las contradicciones normativas, se distingue el caso de dos normas lógicamente incompatibles de los conflictos normativos generados frente a determinadas circunstancias por normas que regulan casos lógicamente independientes (las contradicciones parciales-parciales de Alf Ross), así como los que se denominan *conflictos de instanciación*, y se examina el problema de los conflictos entre principios constitucionales, la ponderación de su diferente peso frente a un caso como un supuesto de establecimiento de preferencias condicionales, y la fórmula del peso de ALEXY como un fallido intento por revestir de racionalidad a una operación característicamente discrecional.

La segunda parte (*Dinámica jurídica, interpretación y aplicación del derecho*) está conformada por los últimos tres capítulos. El capítulo V (*La dinámica del derecho*) se enfoca en el examen de la noción de sistema jurídico dinámico. A fin de presentar las dificultades que ofrece la reconstrucción de la dinámica del derecho, se exploran los problemas de la visión de KELSEN sobre las normas inconstitucionales. Se examinan dos alternativas de interpretación de la relación entre los sistemas estáticos y dinámicos (las nociones de RAZ de *sistema momentáneo* y *no momentáneo*): lo que podría denominarse el *modelo de la inclusión*, según el cual los sistemas momentáneos son subconjuntos del sistema no momentáneo, y el *modelo de la pertenencia*, de acuerdo con el cual los sistemas momentáneos son elementos que pertenecen al sistema no momentáneo, de modo que este último resulta ser una secuencia de sistemas momentáneos que se suceden en el tiempo. Luego de examinar las razones que apoyan esta última reconstrucción, se presentan esquemáticamente las principales conclusiones del análisis de ALCHOURRÓN y BULYGIN en torno al resultado de los procesos de promulgación y derogación de normas y, siguiendo a Bulygin, se individualizan los criterios de identidad de un sistema jurídico dinámico (orden jurídico).

A continuación se consideran las dificultades para articular la dinámica jurídica con la estructura jerárquica del derecho. A tal fin se examinan las nociones de preferencias entre normas y las jerarquías que ellas pueden generar, distinguiéndose dos nociones de sistema jurídico dinámico: el *orden jurídico depurado* y el *orden jurídico no depurado*. Estas dos reconstrucciones resultan de dos diversos modos de interpretar la operatoria de *lex superior* como criterio de preferencia entre normas: si se interpreta que dicho criterio funciona *ex ante*, bloqueando el ingreso de normas incompatibles con otras de una fuente normativa jerárquicamente superior, el modelo resultante (orden jurídico depurado) es tal que en ninguno de los sistemas que lo conforman existirían inconsistencias entre normas emanadas de órganos de diferente jerarquía. Si en cambio se interpreta que el criterio de *lex superior* funciona *ex post*, en el modelo resultante (orden jurídico no depurado), todo acto de promulgación de una norma formalmente válido producirá el ingreso de un nuevo sistema potencialmente inconsistente en la secuencia dinámica y la consistencia deberá ser restablecida por los órganos de aplicación. Sobre tales bases se esboza una presentación de cómo funcionan en el plano dinámico los sistemas normativos jerárquicamente estructurados, como los sistemas jurídicos, donde no solo pueden generarse indeterminaciones como consecuencia de ciertas derogaciones tácitas, tal como ocurre en el modelo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sino también a partir de ciertos actos de promulgación. Se formulan además algunas consideraciones adicionales sobre las diferencias que median entre la derogación de una norma y su declaración de inconstitucionalidad, dos operaciones que a veces se asimilan en cuanto a sus alcances.

Con base en esta reconstrucción de la dinámica jurídica, se pasa a considerar el problema de la caracterización del derecho. En primer lugar se reexamina la idea de HART de la regla de reconocimiento, formulando algunas consideraciones críticas respecto de la propuesta de MARMOR de interpretarla como una convención constitutiva. Si bien se acepta que la mejor lectura que puede ofrecerse de la regla de reconocimiento es la de una regla determinativa o conceptual (constitutiva, si se asume la problemática noción de SEARLE), se intenta mostrar que dicho rasgo no puede conciliarse con facilidad con la noción de LEWIS de convención. Pero además, entendida como una regla determinativa o conceptual que permite identificar qué normas forman parte de un cierto ordenamiento jurídico, el papel de la regla de reconocimiento parece colapsar con la función que cumplen las reglas de cambio. Se ofrecen por ello tres lecturas posibles de la regla de reconocimiento: como un nombre para la regla de cambio última de un sistema jurídico; como una alusión a la totalidad de los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico, o bien como la regla conceptual que identifica como perteneciente al sistema a la regla de cambio última. Y si bien en ninguna de estas tres lecturas la regla de reconocimiento sería una regla convencional en el sentido de LEWIS o en la reformulación que de él ofrece MARMOR, ello no obsta a considerar al derecho en general como convencional en el sentido de que su existencia y contenido dependan exclusivamente de hechos sociales complejos y no de sus méritos morales. Luego se considera la seria dificultad, advertida con claridad por CAFFERA y MARIÑO, que presentan las definiciones de «norma jurídica» y «sistema jurídico» en la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN, de acuerdo con las cuales por «norma jurídica» se entendería cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, siendo un sistema jurídico un conjunto de enunciados, que comprende todas sus consecuencias lógicas, entre los cuales existe al menos una

norma que imputa como debida una sanción coactiva. La dificultad consiste en que, de acuerdo con tales caracterizaciones, cualquier enunciado sería una norma jurídica. Se sostiene que esta dificultad no puede salvarse en tanto se tomen en consideración sistemas estáticos, pero si se pasa al plano dinámico la dificultad se desvanecería: «norma jurídica» podría definirse como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico estático; «sistema jurídico estático» podría definirse como cualquier conjunto que pertenece a un mismo orden jurídico dinámico. El orden jurídico dinámico se definiría como una secuencia de conjuntos de enunciados, donde cada conjunto de la secuencia es el producto de un acto normativo de promulgación o derogación respecto del conjunto antecedente cumplido de conformidad con las pautas de legalidad fijadas por normas de aquel. Esa secuencia se origina en un primer conjunto finito de enunciados identificados extensionalmente que contiene al menos una norma que confiere competencia para producir actos de modificación normativa, y en donde al menos uno de los conjuntos de la secuencia contiene una norma coactiva. Esta caracterización resaltaría el *carácter dinámico* como un rasgo central del derecho, pero además permitiría sumar a él otras notas distintivas del derecho que han sido destacadas como relevantes, entre ellas la *coactividad* —si bien con un papel más modesto que el que le han asignado ciertos autores—, el hecho de que los sistemas jurídicos son *sistemas abiertos*, puesto que a veces confieren fuerza obligatoria a normas que no forman parte de él, su carácter *omnicomprensivo*, esto es, que no reconoce limitación a las esferas de conducta que puede aspirar a regular, o su *pretensión de supremacía*, esto es, que pretende tener autoridad para regular la aplicación de otros sistemas institucionales.

Se examina luego el modo en que ha evolucionado el estudio de la dinámica jurídica, comenzando con una respuesta a ciertas objeciones dirigidas por Hugo ZULETA contra la reconstrucción en términos del modelo de la pertenencia. Luego de analizar algunos de los avances que se registran en los estudios de revisión de creencias a partir de las contribuciones fundacionales de ALCHOURRÓN, GÄRDENFORS y MAKINSON, se introducen algunos refinamientos en el análisis de la dinámica jurídica, fundamentalmente en cuanto a lo innecesario e inconveniente de interpretar que cada sistema estático de la secuencia dinámica está clausurado bajo la noción de consecuencia lógica, a diferencia de lo que ocurre con la noción también estática del sistema de normas aplicables para la solución de un caso examinada en el capítulo anterior, que sí debe leerse como comprensivo de todas sus consecuencias.

Para concluir, se formulan algunas consideraciones sobre los sistemas constitucionales, con una visión crítica respecto del denominado *neconstitucionalismo*, y resaltando la importancia de distinguir los derechos de las garantías establecidas para su tutela. Se considera además la objeción contramayoritaria respecto del diseño institucional de tutela de derechos en el nivel constitucional y un mecanismo jurisdiccional de control de constitucionalidad, ofreciéndose algunas precisiones y argumentos de réplica a la objeción, y se cierra el capítulo con una breve reflexión sobre las relaciones entre los derechos nacionales y el derecho internacional.

El capítulo VI (*Interpretación, indeterminación y conocimiento del derecho*) comienza con una evaluación de las diferentes concepciones de la interpretación jurídica, dirigiéndose objeciones tanto contra la tesis de la única respuesta correcta como contra

la tesis de la indeterminación radical. Con relación a la primera, se examinan las defensas que han intentado Ronald DWORKIN, Michael MOORE y David BRINK. Al respecto se sostiene que la elaborada propuesta de DWORKIN resulta sin embargo incapaz de justificar la tesis fuerte de que siempre existe una interpretación correcta respecto de cualquier formulación normativa y cualquier caso, no solo porque un aspecto manifiesto en el que la interpretación del derecho se asemeja a la interpretación artística es que en ambas existen innumerables casos que no pueden compararse entre sí para determinar cuál es mejor o peor, sino porque, contrariamente a lo que parece creer DWORKIN, una interpretación puede resultar interesante y digna de atención aunque no presente al objeto a interpretar bajo su mejor luz. En cuanto a las defensas de MOORE y BRINK, si bien ambas asumen compromisos semánticos mucho más fuertes que la de DWORKIN, apoyados en la teoría causal de la referencia, en primer lugar, el dominio de dicha teoría no abarca cualquier tipo de términos; en segundo lugar, 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 y, en tercer lugar, las bases mismas de la teoría causal de la referencia resultan socavadas por serios problemas que obligan, si no a abandonarla, al menos a modificarla en aspectos importantes.

Con respecto a la tesis de la indeterminación radical, se examinan las posturas del realismo escandinavo y norteamericano, compartiendo las concluyentes objeciones dirigidas por HART contra el realismo en general, y se ofrece una respuesta a los reparos y observaciones críticas de Brian LEITER respecto de tales objeciones. Se rechaza asimismo el intento de algunos partidarios de los *Critical Legal Studies* de proyectar conclusiones escépticas respecto de la interpretación en el derecho a partir de los argumentos de Kripkenstein sobre el seguimiento de reglas, y se evalúa la mucho más atractiva defensa del escepticismo por parte de la escuela genovesa, no obstante lo cual se intenta sostener que su propuesta de un escepticismo moderado deviene inestable, puesto que o bien desde ese punto de vista se defiende la idea de que la interpretación es una operación siempre adscriptiva y todos los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad, en cuyo caso las formulaciones normativas carecerían de un significado determinado antes de la interpretación y con ello se caería en el escepticismo radical, o bien se preserva la idea de que hay interpretaciones admisibles y otras que no lo son, 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 indiscernible de la tesis de la indeterminación parcial.

El rechazo de las dos concepciones anteriores de la interpretación conduce a defender la tesis de la indeterminación parcial del derecho, esto es, que si bien la mayoría de las formulaciones normativas son ambiguas y las normas identificables a partir de ellas resultan imprecisas, eso no obsta a la existencia de al menos algunos casos claros de aplicación de las normas jurídicas, en los que el significado de las formulaciones normativas podría identificarse a partir de las convenciones semánticas prevalecientes en la comunidad jurídica. Así, existirían casos fáciles frente a los cuales la interpretación sería una operación puramente cognoscitiva y los órganos jurisdiccionales dispondrían de una respuesta correcta, y casos problemáticos frente a los cuales la interpretación se-

ría una operación adscriptiva o decisoria y los órganos jurisdiccionales tendrían frente a ellos discrecionalidad.

Se examinan someramente los principales problemas de interpretación que ofrecen las normas jurídicas, esto es, la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta, distinguiendo esta última del problema de la derrotabilidad. Se consideran las dificultades para caracterizar la noción de interpretación literal y los criterios para distinguir entre ella y las nociones de interpretación extensiva y restrictiva. Luego se evalúan las propuestas que han pretendido ofrecer un conjunto de directivas para la interpretación jurídica, comprometidas con el presupuesto de que siempre es posible alcanzar un resultado unívoco, y se intenta justificar que, contrariamente a esto, los distintos métodos o técnicas de interpretación frecuentemente conducen a interpretaciones diferentes e incompatibles de un mismo texto legal y no existe un conjunto completo y unívoco de metacriterios que permitan seleccionar uno entre los distintos resultados en conflicto. Se efectúa una breve reseña de los más importantes argumentos interpretativos que se utilizan en el derecho, ofreciendo ejemplos de cada uno de ellos y clasificándolos según el tipo de interpretación que permiten justificar, con particular énfasis en el análisis de la estructura de los argumentos *a fortiori*, *a pari* y *a contrario*.

A continuación se considera el problema de los desacuerdos acerca del derecho, y la renovada crítica de DWORKIN al positivismo jurídico consistente en que desde la óptica positivista no podrían explicarse de manera satisfactoria los desacuerdos existentes en la práctica jurídica ya que la tesis de las fuentes sociales implicaría que la existencia de una norma jurídica dependería de un acuerdo en la comunidad sobre sus casos de aplicación, de modo que en situaciones de desacuerdo al respecto simplemente no habría derecho. A fin de responder a este argumento se examina críticamente la distinción que traza DWORKIN entre conceptos de clases naturales, conceptos determinados por el uso y conceptos interpretativos, y se resalta que si bien algunos positivistas parecen aceptar que la existencia de una norma jurídica requiere de un acuerdo sobre sus casos de aplicación, en tanto que para otros el acuerdo en cuestión solo es relevante para la identificación de formulaciones normativas, las versiones aceptables de la tesis de las fuentes sociales deberían situarse en algún punto intermedio entre ambas posturas extremas. El acuerdo relevante para identificar el contenido del derecho debería recaer sobre los criterios que guían el uso de sus normas, lo cual es compatible con que sus destinatarios no puedan expresar exhaustivamente tales criterios y con que no haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones. Bajo esta interpretación, el positivismo puede explicar los desacuerdos acerca del derecho de una forma mucho más interesante que la que ofrece DWORKIN.

En el final del capítulo se formulan algunas reflexiones sobre el conocimiento del derecho y la posibilidad de una «ciencia» a su respecto, sosteniéndose que si bien no todos los enunciados de la ciencia jurídica son susceptibles de verdad o falsedad, puesto que algunos (a los que RAZ califica como *enunciados no comprometidos*) parecen asumir más bien la forma de reglas técnicas, en tanto se rechaza una visión radicalmente escéptica de la interpretación, debe reconocerse que es posible formular, al menos frente a casos claros, proposiciones normativas verdaderas acerca de lo que el derecho exige.

El capítulo VII (*El razonamiento jurídico y la justificación de las decisiones judiciales*) se inicia con la clásica distinción entre razonamiento teórico y práctico, carac-

terizando a este último como aquel que se orienta a responder la pregunta acerca de lo que se *debe* hacer, y se distinguen las razones explicativas y las razones justificatorias o razones para la acción, rechazando la postura que identifica estas dos nociones y que interpreta a las razones justificatorias con hechos. Se intenta responder al dilema que postula que el seguimiento de normas generales resultaría irracional si estas no concuerdan con lo que se debe hacer, o bien irrelevante si ellas coinciden con lo que se debe hacer, señalando que ese dilema solo es genuino si se presupone una concepción moral objetivista y además que existe una y solo una respuesta correcta para cualquier problema práctico. En el examen de ese dilema se ofrecen argumentos para rechazar la propuesta de RAZ de interpretar a las normas como razones excluyentes, así como su concepción de la autoridad como servicio, y se intenta justificar la opción por el universalismo frente al particularismo como concepciones del razonamiento práctico.

Se estudia a continuación la estructura de las decisiones judiciales y su reconstrucción como un razonamiento deductivo en el que el contenido de la decisión se justifica a partir de ciertas normas generales y la descripción de los hechos del caso a resolver, sin asumir el compromiso formalista de suponer que las normas jurídicas generales ofrecen una única respuesta clara a cualquier problema y que, por ello, la labor de los jueces se circunscribe a una mecánica derivación de la solución prevista por el legislador. Se explora la clásica distinción de WRÓBLEWSKI entre justificación interna y justificación externa, resaltando que existen dos formas distintas de interpretarla: de acuerdo con la primera, una decisión está internamente justificada si se sigue de las premisas escogidas y está externamente justificada si esas premisas son correctas; de acuerdo con la segunda, una decisión está internamente justificada si se deriva del derecho vigente y está externamente justificada si su contenido es moralmente admisible. Bajo la primera lectura la distinción está estrechamente conectada con la que se traza entre casos fáciles y casos difíciles y con el diverso modo de justificar una decisión judicial en unos y otros. La mayoría de los autores considera que un caso es difícil cuando existen dificultades en el establecimiento, selección o formulación de las premisas normativa o fáctica del razonamiento judicial. De estarse a esta caracterización, se sostiene que es incorrecto postular, tal como lo han hecho distintos partidarios de la teoría de la argumentación jurídica, que frente a los casos fáciles alcanzaría con que la decisión esté justificada internamente, mientras que en los casos difíciles se requeriría además justificar las premisas del razonamiento judicial, esto es, debería justificarse externamente la decisión. Esa diferencia en realidad se apoya en una ambigüedad en la noción de justificación, que puede entenderse como la construcción de un razonamiento *válido* o de un razonamiento *sólido*, es decir, válido y que además parte de premisas verdaderas o correctas. Si «justificar» se interpreta en el primer sentido, tanto frente a los casos fáciles como frente a los difíciles la decisión estará justificada si se sigue de las premisas escogidas; si en cambio «justificar» se interpreta en el segundo sentido, no solo frente a los casos difíciles sino también frente a los casos fáciles debería exigirse justificación de las premisas del razonamiento judicial.

Un criterio diferente de distinción entre casos fáciles y difíciles es el que ofrece Ronald DWORKIN, para quien un caso es fácil si existe una regla clara en el sistema jurídico que resulte aplicable, en tanto que es difícil si tal cosa no se verifica y, por ello, los jueces deben recurrir a otras pautas, los principios, para justificar su decisión, lo cual

conduce a la discusión en torno a la crítica dworkiniana a la tesis de la discrecionalidad judicial frente a los casos difíciles. Siguiendo a NINO, se observa que en esta crítica de DWORKIN al positivismo no puede partirse del supuesto de que los principios son principios morales, puesto que la estructura de la argumentación de DWORKIN es que el derecho no solo estaría compuesto por reglas sino también por otras pautas normativas, los principios, que serían para los jueces tan obligatorios como las reglas, pero debido a sus peculiares características ellos no podrían ser identificados por un test de origen como el de la regla de reconocimiento, lo cual conduciría a concluir, por una parte, que los jueces no tendrían discrecionalidad frente a los casos difíciles y, por la otra, que como parte del derecho (los principios) no podrían identificarse sino por sus méritos sustantivos, no podría sostenerse la distinción conceptual entre el derecho y la moral. Si esta es en última instancia la conclusión a la que quiere llegar DWORKIN, no puede partir de la premisa de que el derecho está conformado en parte por principios morales, puesto que eso sería presuponer lo que se pretende demostrar. Por ello se pasan a examinar los criterios que han sido propuestos para diferenciar entre reglas y principios.

Se descarta que pueda trazarse una distinción cualitativa entre reglas y principios con base en la dimensión de validez que poseerían las primeras y la dimensión de peso que tendrían los segundos, dado que esto solo pone de manifiesto dos formas de resolver conflictos entre normas (a través del establecimiento de preferencias incondicionales o condicionales), pero no permite por sí solo justificar la existencia de dos diferentes tipos de normas. En cambio, sí podría justificarse una diferencia cualitativa entre reglas y principios, y una que parecería apta para cumplir el papel que requiere el argumento de DWORKIN, sobre la base del carácter concluyente de las primeras y el carácter no concluyente de los segundos, esto es, si se interpreta que los principios son normas *derrotables*. Sin embargo, como bien advertiera HART, si el argumento para sostener que los principios son normas no concluyentes o derrotables es que un principio puede entrar en conflicto con otros principios y no existen criterios preestablecidos para determinar en un caso semejante cuál de ellos ha de prevalecer, por lo cual todo principio estaría sujeto a excepciones no taxativamente enumerables *ex ante*, dado que nada obsta a que una regla pueda también entrar en conflicto con un principio, también las reglas tendrían carácter no concluyente. Para HART, esto mostraría que la diferencia entre reglas y principios no sería más que una cuestión de grado. Sin embargo, esa conclusión es incorrecta: lo que en todo caso se seguiría del argumento es que no existen reglas, y ello lejos de constituir una respuesta adecuada al desafío de DWORKIN no haría sino potenciar sus alcances, puesto que en tal caso habría que reconocer que todas las normas jurídicas estarían sujetas a excepciones implícitas no enumerables por anticipado.

A fin de responder a esta devastadora conclusión, que tornaría inservible al derecho desde el punto de vista práctico pues una norma derrotable no permite derivar conclusión alguna respecto de ningún caso particular, salvo que se identifiquen todas sus excepciones implícitas (es decir, salvo que se la vuelva inderrotable), se argumenta que en realidad no hay razones para sostener que las normas jurídicas sean derrotables en este sentido fuerte. Dado que una excepción en una norma solo puede justificarse a partir de otra norma, las «normas excepcionantes» que permitirían justificar excepciones en las normas jurídicas, o bien son a su vez identificables por su origen social o no lo son; en el primer caso no podría decirse que las normas jurídicas se encuentren sujetas a *excepcio-*

nes no enumerables, por cuanto un examen exhaustivo del derecho permitiría identificar tales excepciones; en el segundo caso, si las normas excepcionantes no integran el sistema jurídico, ellas solo cobrarían relevancia en el plano de la *aplicación* de las normas a casos particulares. Pero si esto es lo que quiere decirse cuando se sostiene que pueden existir normas jurídicas derrotables, ello resulta enteramente inocuo como crítica al positivismo ya que el positivismo solo se compromete con una tesis relativa a la *identificación* del derecho. En otras palabras, el positivismo puede explicar de diversos modos el hecho de que al resolver un caso individual los jueces a veces introducen excepciones implícitas en las normas identificables por su origen social sobre la base de otras normas que no poseen tal origen; lo que un positivista no aceptaría es que en tales casos los jueces lo hacen porque están obligados a hacerlo, están obligados a hacerlo porque esa norma forma parte del derecho, y además que forma parte del derecho en virtud de sus méritos sustantivos. Esto permite advertir que 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 asunción 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, que es precisamente lo que habría que demostrar para justificar el rechazo del positivismo.

Además de estas cuestiones, vinculadas primordialmente con la premisa normativa del razonamiento judicial, se formulan algunas observaciones sobre la premisa fáctica, en especial con relación al problema de si la verdad de la premisa fáctica puede considerarse una condición necesaria para reputar justificada una decisión judicial. Sobre ese punto se observa que, como la noción de justificación es relativa a un conjunto de premisas, dependiendo de qué normas se tomen en consideración, esto es, solo las normas sustantivas o además las normas procesales que regulan la prueba de los hechos, la respuesta a la pregunta puede variar. Para decirlo muy brevemente, si se toma en cuenta la norma «Los homicidas deben ser sancionados» y si Dimitri no mató a su padre, una decisión que lo condenara por homicidio no podría considerarse debidamente justificada, pero si en cambio se toman en consideración las normas de prueba y, de acuerdo con ellas, se ha probado que Dimitri mató a su padre, aunque esto no sea cierto no podría discutirse que, al menos en cierto sentido, la decisión de condenarlo esté justificada. Esto desde luego no obsta a tomar a la verdad de la premisa fáctica como un criterio externo para la evaluación crítica de una decisión judicial. La consideración de las reglas procesales permite además sugerir una reconstrucción de la estructura de las sentencias desestimatorias y proponer un argumento adicional en contra del impacto que tendría la pretendida derrotabilidad de todas o algunas normas jurídicas en la toma de las decisiones judiciales.

Luego se examinan las relaciones entre la justificación jurídica y la justificación moral, comenzando con una evaluación crítica del argumento desarrollado entre otros por Carlos NINO («el teorema fundamental de la filosofía del derecho», según sus palabras) de acuerdo con el cual las normas jurídicas no constituirían razones operativas para justificar decisiones, sino que ese papel solo podrían cumplirlo juicios morales. Se observa en lo sustancial que si se acepta que la conclusión de una sentencia judicial es una norma individual para el caso, dado que ella es identificada por provenir de una

fuentes de autoridad (el juez), no podría negársele el carácter de norma a las disposiciones generales dictadas por los legisladores con fundamento en que ellas solo podrían identificarse por emanar de una fuente de autoridad. Desde luego, el hecho de que un legislador imparta una prescripción no es más que eso: un hecho; pero el juez no funda sus decisiones en el hecho de que un legislador haya dictado una norma general, sino que *usa* esa norma para justificar su decisión. Y a esto no puede responderse, tal como lo hace NINO, que si el juez usa una norma, no porque haya sido promulgada por una cierta autoridad, sino por lo que ella dispone, no estaría siguiendo una norma jurídica sino una norma moral, porque tal cosa importaría confundir el carácter de una norma con el carácter de las razones por las que se la acepta. Se observa además que la exigencia de justificación fuerte de las decisiones judiciales, esto es, una que demande no solo construir un razonamiento formalmente intachable sino además que parta de premisas correctas, no fuerza a aceptar alguna forma de objetivismo moral para justificar la corrección de la premisa normativa, y ello debido a que el objetivismo moral es irrelevante desde el punto de vista práctico. A fin de evaluar en última instancia la corrección moral de la premisa normativa de un razonamiento judicial lo que se requiere es aceptar una cierta concepción moral, asumir el punto de vista interno respecto de ella. El escepticismo metaético no impide formular juicios morales sustantivos; tampoco debilita las bases para discutir cuestiones morales sustantivas, así como el objetivismo metaético no robustece ni confiere mayor plausibilidad a los argumentos sustantivos. Y ello porque de la verdad de la tesis «Existen juicios morales objetivamente verdaderos» no se sigue en absoluto «El juicio moral *j* que yo defiendo es objetivamente verdadero», de modo que, 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 debido.

Para finalizar, se formulan algunas consideraciones en torno al problema de la «normatividad» del derecho, aprovechándose la oportunidad para recapitular algunas de las principales tesis defendidas en el texto. Allí se rechaza una versión fuerte de la tesis de la unidad del razonamiento práctico, de acuerdo con la cual existiría una jerarquía completa entre los diversos marcos justificatorios que eliminaría toda posibilidad de que existan razones prácticas en conflicto que resulten del mismo rango o incomparables, en cuya cúspide habría un único conjunto de principios morales objetivos. En cambio, se admite una versión debilitada de dicho principio, según la cual en el razonamiento subjetivo de cada agente existirían ciertos principios en la máxima jerarquía dentro de su escala de preferencias, a los que podría denominarse morales por esa razón y a partir de la aceptación de tales principios últimos cada agente efectuaría el balance de las razones para la acción, sin que ello presuponga objetividad ni tampoco una jerarquía completa entre tales razones. Se sostiene que a veces obedecemos a las normas jurídicas por razones morales, otras veces por razones meramente prudenciales, pero también es posible decir que las normas jurídicas ofrecen razones *jurídicas* para actuar, en el sentido elemental de que tomando en consideración las normas de un sistema jurídico es posible evaluar las acciones como prohibidas, permitidas u obligatorias. No obstante, si se rechaza tanto el iusnaturalismo definicional como el positivismo ideológico, debería admitirse que una norma jurídica, por el solo hecho de ser tal, no genera un deber moral siquiera *prima facie* de obedecerla.

PRIMERA PARTE
DE LAS NORMAS A LOS SISTEMAS JURÍDICOS

CAPÍTULO 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 de la República Argentina, 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 como autor responsable del delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inciso c de la ley 23.737), imponiéndole las penas de cuatro años de prisión, multa de 226 pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena.

La defensa, con cita del conocido plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal Natividad Frías¹, afirmó que Baldivieso no habría prestado libremente su consentimiento para que se le extrajera el material que luego fue 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 consagrada en el art. 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 concurrencia 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 1997², había considerado que la utilización como prueba de cargo de materiales obtenidos por el médico que atiende al imputado cuando busca atención médica en

¹ CNACyC de Capital Federal, Frías, Natividad s/aborto, plenario del 26 de agosto de 1966.

² CSJN, Z.17.XXXI, Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infraacción a la ley 23737, Sentencia del 12 de agosto de 1997, Fallos, 320: 1717.

un hospital no implicaba que el acusado hubiera sido obligado a declarar contra sí mismo, en violación a la garantía establecida por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, frente al recurso interpuesto por la defensa de Baldivieso, la Corte sostuvo en este caso 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, por una parte, 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 (art. 19 de la Constitución Nacional)— y, por la otra, el interés del Estado en la persecución de los delitos, debía resolverse a favor de los primeros. Consiguientemente, se decretó la nulidad de lo actuado y se absolvió al imputado³.

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 art. 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 facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal». Ahora bien, por otra parte, el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: «Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1.º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2.º) 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

³ CSJN, B. 436. XL, Recurso de hecho en la causa Baldivieso, César Alejandro s/causa núm. 4733, Sentencia de 20 de abril de 2010, Fallos, 333: 405.

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 atendieran 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 art. 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 art. 177.2) e, incluso, impedido de denunciarlo (art. 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 (art. 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 en el art. 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación y en el mismo art. 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. Ludwig 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 vida⁴.

⁴ WITTGENSTEIN, 1953: párr. 23.