

FILOSOFÍA Y DERECHO



Positivismo jurídico lógico-incluyente

Juliano Maranhão

Colección
Filosofía y Derecho

José Juan Moreso Mateos
Jordi Ferrer Beltrán
Adrian Sgarbi
(dirs.)

POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUYENTE

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE
MARANHÃO

POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUYENTE

Prólogo de
Tercio Sampaio Ferraz Junior

Estudio preliminar de
José Juan Moreso

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web www.filosofiyderecho.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Título original: *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*,
Marcial Pons Ediciones do Brasil, São Paulo, 2012.

© Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-194-3

Depósito legal: M. 4580-2017

Fotocomposición: MEDIANIL COMPOSICIÓN, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA

c/ Río Tiétar, 24 - Algete (Madrid)

MADRID, 2017

A los sabinianos

*Autoritatem cum rationem
omnino pugnare non posse.*

*Vico, De uno universi juris
principio et fine uno, cap. LXXXIII*

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS.....	11
PRÓLOGO, de <i>Tercio Sampaio Ferraz Junior</i>	13
LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN, de <i>J. J. Moreso</i>	19
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: LÓGICA Y METODOLOGÍA JURÍDICA.....	33
CAPÍTULO II. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO.....	43
1. INTRODUCCIÓN.....	43
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO: PRIMERA APROXIMACIÓN.....	45
3. CRÍTICAS PRELIMINARES.....	52
4. LA INTRIGA.....	65
4.1. En el plano de la teoría del derecho.....	66
4.2. El salto al plano metodológico.....	69
5. EL DÍA SIGUIENTE.....	75
6. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CONSISTENCIA DE LA INCORPORACIÓN.....	79
7. ¿QUÉ QUEDA DEL POSITIVISMO?.....	88

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO III. INCLUSIVISMO LÓGICO-JURÍDICO	91
1. INTRODUCCIÓN	91
2. FORMAS DE INFERENCIA Y NORMAS DERIVADAS	95
3. DE LA VALIDEZ A LA PERTENENCIA.....	101
4. DE LA PERTENENCIA AL ORIGEN DE LAS RAZONES.....	107
5. <i>¿CLARA NON SUNT INTERPRETANDA O IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO?</i>	112
6. EL DISCURSO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA	125
7. EL INCLUSIVISMO LÓGICO COMO CONTRAARGUMENTO A DWORKIN	129
8. LA OBJECCIÓN DE MARMOR.....	133
8.1. Consecuencia lógica y reducción al absurdo	134
8.2. ¿Las normas derivadas presuponen la coherencia del ordenamiento?.....	141
9. LAS NORMAS DEDUCTIVAMENTE DERIVADAS SON RAZONES JURÍDICAS	145
10. LOS PRINCIPIOS DERIVADOS POR ABDUCCIÓN SON RAZONES JURÍDICAS	148
11. INTEGRIDAD.....	153
12. INFERENCIA LOCAL.....	158
13. ¿LOS PRINCIPIOS PUEDEN SER INGRATOS?.....	167
 CONCLUSIÓN	 183
 BIBLIOGRAFÍA.....	 189

AGRADECIMIENTOS

Este libro, estimulado por los encuentros y discusiones con Pablo Navarro, es un esfuerzo de autoconocimiento que empezó hace más de una década. Durante mis estudios de derecho, se me implantó en el ADN el libro *Normative Systems* de Alchourrón y Bulygin, pero siempre tuve dificultades para verme como positivista *sensu stricto*, pues me inclino por entender el derecho más como el universo de las razones jurídicas que como el dominio de la estricta voluntad de hecho. Los breves encuentros con J. J. Moreso y la lectura de sus obras me ayudaron a equilibrar mi herencia biológica y a entender, en definitiva, el tipo de positivista que soy. Pues no soy solo voluntad ni solo razón, sino la racionalización de la voluntad.

Aunque lo maduré mentalmente durante algunos años, escribí y presenté este libro como requisito para obtener el título que me diera acceso a una cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, en 2010. Durante este proceso de elaboración, la lectura y crítica de Samuel Rodrigues Barbosa fueron de gran ayuda. En el capítulo en el que asocio la noción de consecuencia lógica al argumento de reducción al absurdo, me fueron de gran provecho las discusiones con Jean-Yves Béziau y Edelcio Gonçalves de Souza. Probé algunos argumentos y tesis a través del correo electrónico sobre algunos puntos críticos con Amalia Amaya, Giovanni Ratti y Giovanni Sartor, cuyas opiniones y contraargumentaciones me permitieron ver mejor mi posición o refinar mi argumento. Las constantes conversaciones con el profesor Tercio, que empiezan con las cosas más cotidianas del día a día, la familia o el trabajo para desembocar, sin remedio, y explayarse sobre la filosofía del derecho, también han pasado por aquí (normalmente terminaban como «tirón de orejas» para que no dejara de publicar). La invitación de J. J. Pons y Jordi Ferrer-Beltrán, la admiración que tengo por la editorial y la confianza en su proyecto en Brasil, seriamente desarrollado por Marcelo Porciuncula, fueron los ingredien-

tes que faltaban. Aline de Souza y Bruna de Bem fueron de gran ayuda con el formateado y la bibliografía.

Agradezco a Laura Criado Sánchez la traducción y a CAPES y la Fundación Humboldt su apoyo en el ámbito del proyecto *Logical tools for modelling conceptual reconstruction and argumentation in Cyberlaw* (expediente núm. 99999.000073/2016-04).

PRÓLOGO

Juliano MARANHÃO es, hoy en día, seguramente, un nombre expresivo en el escenario brasileño del positivismo analítico en filosofía del derecho. Su dominio de la materia lógica, que aprendió precozmente con el maestro Newton DA COSTA, hace que también goce de reconocimiento internacional. Con ello ya sería suficiente para introducir al lector en este libro.

Sin embargo, un prólogo también es una discusión instigadora, que, además, introduce el tema en un debate propio de la filosofía analítica: *¿la neutralidad valorativa es una condición de éxito para una teoría del derecho?* En la esencia de su cuestionamiento metodológico (teorías del derecho descriptivas o valorativas *versus* teorías del derecho normativas o justificadoras), se halla la distinción y el progreso de la relación entre derecho y moral.

Para situar esta problemática, me permito señalar algunos aspectos de la propia modernidad jurídica, tal como aparece en el contexto occidental. Para ello, debo retroceder en el tiempo histórico.

El destino de la filosofía de la *práxis* en la cultura occidental hasta el umbral de los tiempos modernos conocerá dos grandes versiones de la síntesis entre *phýsis* y *ethos*, según la influencia preponderante provenga del estoicismo o del cristianismo en la tradición del derecho natural clásico. Por un lado, la influencia estoica acentuará la transcendencia y la inmutabilidad de la *phýsis* y, correlativamente, la necesidad del *logos* universal en el que se expresa y que se formula como *nómos* eterno, bajo cuya égida se constituye la unidad del género humano. Por otro, la tradición bíblico-cristiana caminará hacia un ahondamiento de la universalidad *subjetiva* o la consciencia moral del individuo que lo constituye como *sujeto* propiamente dicho o como instancia interior del *deber ser*, frente a la universalidad objetiva de la ley. El surgimiento de esta polaridad entre la consciencia y la ley, que seguirá la evolución posterior de la Ética y el Derecho, supone, a su vez, el fin del ciclo histórico de la antigua

polis y, desde el punto de vista de la evolución de la instituciones y las ideas políticas, la formación de los primeros esbozos de la *societas civilis* en el enorme cuerpo político del Imperio Romano y, más tarde, en las sociedades urbanas de la Edad Media.

En este nuevo contexto, la naturaleza ya no es la *phýsis* en la inmutabilidad de su orden y fundamento de un *nómos* objetivo al que debe referirse la *práxis* humana. Ya no se ofrece como un horizonte de universalidad permanentemente abierto a la contemplación del filósofo a la sabiduría del legislador. Una nueva homología deberá regir entre el modelo de la sociedad y la nueva idea de la naturaleza. La nueva homología someterá el pensamiento social y político, así como el pensamiento ético (moral y derecho), a los principios epistemológicos y las reglas metodológicas de la nueva ciencia de la naturaleza, ciencia de tipo hipotético-deductivo, y tendrá el análisis matemático como su instrumento conceptual privilegiado.

Ya en el siglo XVI, empieza un movimiento de interpretación del *corpus iuris* en el que se busca distinguir entre el entendimiento sistemático de las fuentes romanas y su comprensión histórico-cultural. De esta forma, se explica la propuesta de Donellus (*Commentatorium Juris Civilis Libri*) que construye todo el derecho privado como un sistema de derechos materiales (cf. Helmut COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, 1969, p. 43). Partiendo de la famosa formulación de Celsus (*ius* como *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), propone una definición de derecho en términos de *ea quae sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa* y, en particular, como *facultas et potestas iure tributa*, expresiones que denotan cualidades subjetivas. Con ello, Donellus reinterpreta la dicotomía entre derecho público y derecho privado en consonancia con la idea de *suum cuique tribuere*, entendiendo el *ius privatum* en términos de *ius quod privatis et singulis quod suum est, tribuit*. Por ello, el derecho privado pasa a ser teoría de los derechos privados individuales.

La clasificación de Donellus y su concepción de derecho subjetivo como facultad y poder atribuidos por el derecho al individuo sobre aquello que le pertenece no solo incorpora la noción de libre arbitrio como esencia humana, sino que también exige una clara distinción entre la personalidad comunitaria y la personalidad individual. La organización garantiza la homogeneidad de la personalidad comunitaria y, como tal, se diferencia de sus miembros, los *sujetos morales*. Esta distinción crea condiciones para otra, aquella entre la vinculación del comportamiento derivada del estatuto social y la derivada del compromiso contraído, base para una concepción racionalizada de la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo.

El desarrollo de relaciones jurídicamente ordenadas para una sociedad del tipo contractual, así como para el propio derecho como libertad y, en especial, para configuraciones jurídicas de la idea de autonomía regulada por un poder

central resulta del debilitamiento de la noción de un estatuto difuso y sagrado, donde crece la libertad individual.

Esta libertad, como dato típico de la espontaneidad humana, se opone a la naturaleza, en un mundo regido por leyes determinadas.

Por un lado, como la idea de bien es relativa a la perspectiva de los individuos, el subjetivismo de la voluntad se separa y contrapone al objetivismo de la razón y la ciencia: es la separación entre *conciencia ética* y *verdad*. Por otro lado, la vinculación de las normas de la moral y la religión se limita a la esfera de las decisiones privadas de la conciencia, separándose de la vinculación objetiva de las normas jurídicas: es la separación entre *conciencia moral* y *derecho*. De aquí surge una tercera separación: la conciencia ética deja de verse como un problema de *scientia* y pasa a ser un problema de conducta y valoración (*voluntas*), donde se separan libertad y naturaleza como universos distintos.

Por lo tanto, el resultado de esta libertad es la apertura de oportunidades para que el individuo aproveche el empleo inteligente de la posesión de bienes en el mercado sin limitaciones jurídicamente externas para conseguir poder sobre otros individuos. Este poder asume la forma jurídica de una autorización preconstituida, fundada en la propia libertad, formalmente accesible en cualquiera, de hecho a disposición de quienes poseen bienes. En consecuencia, tenemos una organización política que se caracteriza por una descentralización del poder a efectos de producción de normas jurídicas que obligan a quien se compromete, pero que exigen una estructura global abstracta de coordinación: el Estado.

Sin embargo, el crecimiento de esta libertad formal no impide, sino que, más bien, fortalece la exigencia de un poder central con fuerza coactiva superior. Max WEBER (*Wirtschaft und Gesellschaft Tübingen*, 1976, II. Halbband, VII, Pár. 2.º) señala que con el monopolio estatal de la producción jurídica, en su aspecto formal, surge, por un lado, la idea del derecho como *ordenamiento* y, por otro, la idea del derecho concreto como una garantía de acción del individuo. Centro de confluencia del ordenamiento incidente como fundamento de dicha garantía, la aplicación del derecho-ordenamiento tiene unos límites complejos.

La exigencia de garantía crea una forma abierta a cualquier contenido: el derecho de acción. Esto explica que surgiera el aparato judicial como una máquina técnicamente racional al servicio del cálculo de las probabilidades de búsqueda y concreción de la acción, que adquiere, así, un sentido operacional problemático. O, como señala el autor de este libro, al actuar, el juez, al mismo tiempo, identifica e interpreta (¿cuál es y qué *significa* la regla del ordenamiento?), esto es, interfiere y con ello obtiene nuevas normas derivadas lógicamente de normas válidas, base para su propia norma decisoria (sentencia). Ahora

bien, ¿cuál es el estatuto teórico de esta operación y cuál es su impacto sobre la ontología de las normas jurídicas?

KELSEN, en su obra póstuma, se posicionó con radicalismo, en una revisión angustiada de su obra anterior: las normas son producto de la voluntad y, en esa medida, no hay ningún regulador (lógico o moral) en el proceso de expansión normativa del ordenamiento.

Este radicalismo introdujo en el debate (del que se ocupa el autor en este libro) la necesidad de captar la *normatividad característica del derecho* de forma peculiar, esto es, con independencia de la normatividad de otras prácticas sociales que también se basan en reglas. De ahí la crítica de HART a BENTHAM y AUSTIN y, por extensión, al propio KELSEN.

Para el positivismo analítico, empero, este debate conduce al presupuesto de que la comprensión de las llamadas *fuentes del derecho* deba ser *normativa* no obstante la perplejidad que produce su fundamento: la norma fundamental kelseniana y su presupuesto de que el ordenamiento como un todo se considere, globalmente, eficaz; y la *regla de reconocimiento* de HART, cuya existencia se considera una *cuestión de hecho*.

Situada en este plano *fáctico*, resulta inevitable la discusión sobre la fundamentación normativa en términos de su *legitimación*: reconocimiento, por KELSEN, de una voluntad instituidora como legítima; reconocimiento, por HART, de que determinados actos de determinadas instituciones constituyen actos creadores (desde el punto de vista *externo*, como mera *constatación*; desde el punto de vista *interno*, *aceptación de la validez*). Tanto de una forma como de otra, esta identificación del derecho como *hecho social* levanta la cuestión de la contingencia de los contenidos de las normas, siempre que sean válidas; de ahí el tema de la separación entre moral y derecho (el mérito moral nada tiene que ver con la juridicidad de las normas, por ello la expansión normativa mediante la interpretación como acto valorativo subjetivo, cuya normatividad deriva de la voluntad).

Si bien, el autor percibe, con agudeza, que este posicionamiento depende de otro, con respecto a la *objetividad de las fuentes* (cuyo contenido, al menos en parte, debería ser identificable, aunque con valoración, sin compromiso moral: tema de la *neutralidad*), que está en el centro de la polémica contemporánea entre positivistas *incluyentes* y *excluyentes*. O el vínculo entre las formas y las conductas tiene instancias acordadas, mediante la incorporación inmediata de creencias y valores de la comunidad, lo que perjudicaría la separación entre derecho y moral y pondría en peligro la posibilidad de una convención social, o el criterio está en la mera identificación de las autoridades competentes, cuya decisión soberana o decisiones reiteradas adoptaría la autoridad que interpreta, lo que afectaría al tema de la legitimación. Ante este dilema, el autor desarrolla, con precisión y rigor, una tercera vía, que llama *inclusivismo lógico*,

en la que invierte la forma habitual de ver la relación entre principios y reglas jurídicas: no son las reglas las que se derivan de los principios morales y las políticas públicas o se justifican en ellos, sino que son los principios los que se legitiman como razones jurídicas vinculantes en la medida en que se fundamentan en el contenido de las reglas. Con ello, el autor llama la atención sobre el hecho de que la autoridad y el contenido de valores morales implicados en la actividad de los tribunales pueden derivar de la autoridad de las propias reglas establecidas, asumiéndose la objetividad, al menos parcial, del contenido de las fuentes. Esta incorporación solo indirecta de la moralidad, a partir de una valoración no comprometida de las fuentes, da nuevos aires al ideal de neutralidad del positivismo jurídico.

En suma, la inclusión de este libro en el contexto de su problematización histórica apunta a un tema filosófico enraizado en la existencia misma del hombre contemporáneo. Es decir, si la cuestión fundamental de la antigua filosofía práctica en el ámbito de la vida social era la determinación de los requisitos esenciales que aseguraban al hombre, como ciudadano, el poder ejercer en la sociedad política los actos propios de la vida virtuosa (*eu zen*) o de la vida ordenada hacia el bien de la ciudad —identificado con el bien del individuo o con su *autárqueia*— la iusfilosofía positivista analítica, en el contexto del pensamiento jurídico moderno, acaba presumiendo, como su principal tarea, la de proponer la solución analíticamente satisfactoria al problema de la asociación de los individuos, cuyo objetivo es asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales. Aquí nace el debate sobre la separación entre derecho y moral.

Justamente aquí se percibe que el surgimiento de la sociedad civil como lugar histórico de la realización de la libertad y, por ende, de la vigencia de la ley y la validez del derecho está, en definitiva, en el origen de la escisión moderna entre *ethos* y *nómos*, que se expresa en las diversas formas de positivismo jurídico y positivismo analítico jurídico, así como en la separación entre derecho y moral que hace que la práctica social llamada *jurídica* pese sobre el hombre moderno como un destino trágico, como forma dilacerante semejante a la «tragedia de la ética» de la que hablaba HEGEL: la sociedad moderna como sociedad compleja y altamente desarticulada, de ahí la función del ordenamiento como sistema que compense la pérdida de la homogeneidad comunitaria.

Tercio SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN

J. J. MORESO

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

(I)

Los trabajos de lógica y derecho de Juliano MARANHÃO¹ se hallan entre las más sugerentes contribuciones a este ámbito de los últimos años. Contienen originales contribuciones, por ejemplo, a la lógica deóntica, a las lógicas *derrotables* y a las lógicas paraconsistentes. Ahora nos ofrece en castellano, además, los fundamentos filosóficos de su teoría del derecho². Se trata de una articulada concepción que quiere terciar, y configurar una posición propia, en el debate actual en el interior del positivismo jurídico entre positivismo jurídico *excluyente* y positivismo jurídico *incluyente*³.

En breve, el autor sostiene que pertenecen a un determinado sistema jurídico las normas basadas en las fuentes y las normas que se derivan, *deductivamente* y *abductivamente*, de las fuentes. En primer lugar, el autor ofrece buenos argumentos para considerar adecuada la siguiente tesis:

¹ Por ejemplo los recogidos en *Estudos sobre lógica e direito* (Madrid-Sao Paulo: Marcial Pons, 2013).

² Se trata de la versión castellana del original en portugués *Positivismo jurídico lógico-inclusivo* (Madrid-Sao Paulo: Marcial Pons, 2012).

³ Presentaciones panorámicas de estas posiciones en Andrei MARMOR, «Exclusive Legal Positivism», en J. L. COLEMAN y S. J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 104-12; Kenneth E. HIMMA, «Inclusive Legal Positivism», en J. L. COLEMAN y S. J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 125-165, y José Juan MORESO, «Positivismo jurídico contemporáneo», en J. L. FABRA ZAMORA y A. NÚÑEZ VAQUERO (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1 (México: UNAM, 2015), 171-205.

Tesis I: Las normas que son consecuencia lógica de normas válidas son también válidas.

Esta tesis, que es el núcleo de la contribución a la teoría del derecho de Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN⁴, es presentada y defendida de dos tipos de objeciones: a) por una parte, las objeciones de aquellos que son escépticos acerca de la lógica de normas, como es el conocido caso del último KELSEN⁵ y b) por otra parte, los argumentos referidos a que, por ejemplo, ni creemos ni estamos dispuestos a aseverar todo aquello que es consecuencia lógica de nuestras creencias o de nuestras aserciones; como enfáticamente sostiene Joseph RAZ: «*People do not believe in all that is entailed by their beliefs*»⁶.

La posición de KELSEN al respecto resulta instructiva para la cuestión que deseo desarrollar en esta introducción. El último KELSEN rechaza que la norma individual que es la presunta consecuencia lógica de una norma general como «El que causa la muerte de otro con su acción debe ser castigado a la pena de reclusión perpetua» y de la descripción verdadera de los hechos del caso, «Ticio causó la muerte de Sempronio»; a saber, «Ticio debe ser castigado a reclusión perpetua» sea una norma válida. No lo es, según KELSEN, si no hay un acto por el cual un juez emite esta norma individual. El hecho de la existencia de la norma general y de la descripción verdadera de las circunstancias fácticas no implica la existencia de la norma individual. Pero KELSEN no cuestiona, al contrario directamente lo acepta, que dicha norma general implica la siguiente norma —dado que está implícita en la primera—: «Si Ticio causa la muerte de otro con su acción debe ser castigado a la pena de reclusión perpetua»⁷. Es decir, KELSEN no cuestiona las relaciones lógicas entre las normas, sino las relaciones lógicas entre las normas generales, las proposiciones que describen los hechos y las normas individuales. Volveré sobre esta distinción en breve.

La posición de RAZ, en cambio, no es contraria a que algunas normas implícitas sean válidas, si es posible atribuir las a las autoridades que las promulgaron. Sin embargo, rechaza tanto la verdad de todas las proposiciones jurídicas *puras*, es decir aquellas cuya verdad solo depende de la existencia de determinadas normas jurídicas cuanto la verdad de todas las proposiciones jurídicas *aplicadas*, cuya verdad depende de la existencia de determinadas normas jurídicas y de la verdad de determinadas proposiciones fácticas. Podemos explicar

⁴ Carlos E. ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, *Normative Systems* (Wien-New York: Springer, 1971). Véase también Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Carlos E. ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (Madrid: Marcial Pons, 2010), y Eugenio BULYGIN, *Essays in Legal Philosophy*, C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J. J. MORESO, P. NAVARRO y S. PAULSON (eds.) (Oxford: Oxford University Press, 2015).

⁵ Hans KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien: Manz-Verlag, 1979).

⁶ Joseph RAZ, «Authority, Law, and Morality», [1985], ahora en Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 10, p. 228.

⁷ Véase el importante capítulo 58 de Hans KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, *supra* en nota 5.

la distinción con el ejemplo de KELSEN: la verdad de «Según el derecho, si alguien mata a otro debe ser castigado a reclusión perpetua» depende solo de la existencia de una norma jurídica, es una proposición jurídica *pura*, la verdad de «Según el derecho, Ticio debe ser castigado a reclusión perpetua» depende de la existencia de la norma jurídica y de la verdad de que Ticio haya matado a otra persona, es una proposición jurídica *aplicada*⁸. Aquí no indagaré sobre la posición raziana, que como es sabido es vicaria de su concepción de la autoridad, y me conformaré con rescatar esta distinción que es valiosa para lo que más adelante plantearé⁹.

La segunda tesis que MARANHÃO suscribe es la siguiente:

Tesis II: Los principios jurídicos que ofrecen, *abductivamente*, la mejor explicación de las normas válidas son también válidos.

En el capítulo tercero del libro el autor presenta argumentos a favor de esta tesis y trata de mostrarnos que, aunque comprometida con cierta idea de coherencia, no alcanza para abarcar una concepción sustantiva, como la dworkiniana, de *coherencia*. Los principios que se incorporan son solo aquellos que mejor explican la existencia de determinadas normas jurídicas en un ya establecido marco de aplicación¹⁰.

Tampoco he de ocuparme de esta posición que el autor defiende con brillantez, ni de en qué medida esta concepción consigue evitar las objeciones dworkinianas¹¹. Sin embargo, si es claro que este libro constituye una poderosa y articulada defensa de la posición conocida como *positivismo jurídico incluyente*.

(II)

En un trabajo de Joseph RAZ, al que ya me he referido, un trabajo seminal para esta cuestión, publicado en 1985 *The Monist*¹², se distingue entre tres tesis que han dominado el debate desde entonces:

⁸ Joseph RAZ, «Authority, Law, and Morality», *supra* en nota 6, pp. 230-231. La distinción ya se hallaba en Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System*, 2.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1980), pp. 49, 218.

⁹ Tampoco me referiré (lo discute convenientemente el autor) a las razones, parcialmente distintas, por las cuales MARMOR rechaza que las normas implicadas formen parte del derecho válido. Véase Andrei MARMOR, *Positive Law and Objective Values* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 69-70. Las posiciones de RAZ y MARMOR son discutidas por Pablo E. NAVARRO y Jorge L. RODRÍGUEZ, *Deontic Logic and Normative Systems* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), cap. VI, con los que el autor dialoga en el libro.

¹⁰ Una explicación general de la idea de abducción (y de sus orígenes en la filosofía de Charles Sanders PIERCE) en Igor DOUVEN, Edward N. ZALTA (ed.), «Abduction», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/>.

¹¹ Los capítulos 6, 7 y 8 de Ronald DWORKIN, *Justice in Robes* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006), constituyen su respuesta más perspicua a estas posiciones.

¹² «Authority, Law, and Morality», *supra* en nota 6, 210-211.

- La tesis de las fuentes: todo el derecho está basado en las fuentes.
- La tesis de la incorporación: todo el derecho está o bien basado en las fuentes o bien implicado por el derecho basado en las fuentes.
- La tesis de la coherencia: todo el derecho consiste en el derecho basado en las fuentes junto con la justificación moralmente más fundada del derecho basado en las fuentes.

Ahora podemos apreciar con claridad que MARANHÃO defiende la segunda tesis, la tesis de la incorporación y rechaza las otras dos, que son respectivamente la tesis del positivismo jurídico excluyente y la tesis antipositivista. Normalmente la tesis de la incorporación se comprende como la incorporación de las pautas morales a las que, de un modo u otro, las fuentes remiten. Yo mismo la he caracterizado de este modo en alguna ocasión¹³:

Cuando las fuentes del derecho (la Constitución, las leyes, los precedentes judiciales, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

No obstante, uno de los puntos centrales sobre los que el autor nos llama la atención es el de conectar la incorporación de pautas morales, vía inferencias abductivas, con la incorporación de las consecuencias lógicas, vía inferencias deductivas, de ahí la inclusión de «lógico» en el nombre de la doctrina que vindica: *el positivismo jurídico lógico-incluyente*. Pues bien, como una contribución personal a este bello libro, quiero introducir un problema que afecta no solo a la validez de las normas sino también a la verdad de las proposiciones jurídicas y que está relacionado, precisamente, con el alcance de la tesis de la incorporación, un problema atisbado tanto por Hans Kelsen como por Joseph Raz.

(III)

Supongamos que las proposiciones jurídicas son expresadas por enunciados canónicos como el siguiente:

[1] según el derecho D, $p \rightarrow q$.

En donde la letra D está en el lugar del sistema jurídico de determinado país en un momento determinado y la letra p está en el lugar de lo establecido por alguna formulación normativa: una prescripción como «Todos los españoles tienen el derecho de sufragio» o «Todos los compradores deben pagar el precio de la cosa» o también una norma constitutiva como «Madrid es la capital de

¹³ José Juan MORESO, «Positivismo jurídico contemporáneo», *supra* en nota 3, 174.

España». Ahora dado que « $p \rightarrow q \vee r$ » es una consecuencia lógica de « $p \rightarrow q$ », entonces:

[2] según el derecho D, $p \rightarrow q \vee r$,

es también verdadero. Sin embargo, supongamos que [1] es verdadero y que también es verdad que p , entonces, ¿podemos aceptar la siguiente inferencia?

[a] Según el derecho D, $p \rightarrow q$,

[b] p

Luego,

[c] según el derecho, q .

En muchos casos, esta parece una inferencia más que razonable. Si es verdad que según el derecho los compradores deben pagar el precio de la cosa y es verdad que yo he comprado una casa, entonces según el derecho yo debo pagar el precio de la cosa. Pero hay supuestos en que no parece tan razonable.

Comencemos con una historia referida a la Edad Media. Al parecer algunos naturalistas medievales pensaron que los gansos, a los que no veían reproducirse, no eran aves sino animales que evolucionaban a partir de los percebes, por la similitud de estos mariscos con las patas de los gansos. Apoyados en esta conjetura algunos clérigos arguyeron que los gansos eran una comida permitida por la doctrina católica (DC) los viernes de cuaresma, junto con el pescado y el marisco, y no prohibida como las carnes rojas y las carnes blancas¹⁴. Tomemos esta historia por cierta y supongamos que era saber común en algunas comunidades católicas en la Edad Media, entonces aunque es verdad que

[a1] según la DC, los viernes de cuaresma no se puede comer carne
y es verdad que

[b1] comer un plato cocinado con ganso es comer carne;
es falso que

[c1] según la DC, los viernes de cuaresma no se puede comer un plato cocinado con ganso.

¹⁴ Véase John Block FRIEDMAN y Kristen MOSSLER FIGG (eds.), *Trade, Travel, and Exploration in the Middle Ages. An Encyclopedia* (London: Routledge, 2000), p. 47. Frederick SCHAUER cuenta una historia semejante, pero más reciente, tal vez apócrifa, según la cual en 1939 los famosos y queridos ciervos que corretean por los parques del Magdalen College en Oxford tenían el riesgo de ser requisados durante la guerra para ser destinados a alimento por el Ministerio competente. Para evitar dicha eventualidad, se dice que algunos de los influyentes graduados del Magdalen, altos funcionarios en el gobierno, consiguieron que los ciervos fueran reclasificados como verduras y así salvados del matadero. Frederick SCHUER, «Legal Fictions Revisited», M. DEL MAR y W. TWINING (eds.), *Legal Fiction in Theory and Practice* (Dordrecht: Springer, 2015), 113-129, en p. 122 nota 14.

[b1] no forma parte de las creencias relevantes de la comunidad, sino la negación de [b1] precisamente. No estoy seguro de si este era parte del problema de RAZ con el incorporacionismo, pero ciertamente representa un problema para la tesis incorporacionista.

Es un problema generado por el comportamiento semántico y pragmático del *operador intensional* «Según el derecho» (sinónimo de «El derecho establece que», «conforme al derecho», «jurídicamente», etc.). Es un problema general de los operadores intensionales. Operadores como «creo que», o «sé que», por ejemplo. Aunque sea verdad que

[a2] sé que Cervantes escribió el Quijote
y sea verdad que

[b2] Cervantes es el manco de Lepanto,
no podemos obtener la conclusión conforme a la cual

[c2] sé que el manco de Lepanto escribió el Quijote,
porque bien puedo ignorar que Cervantes luchó en la batalla de Lepanto contra los turcos y allí perdió una mano. Este modo de entender es lo que a veces se conoce como *principio de clausura epistémica*, según el cual el conjunto de lo que sabemos es un conjunto cerrado bajo la noción de consecuencia lógica con el conjunto de todas las verdades¹⁵.

Un contexto que, en mi opinión, se acerca a los problemas del operador «según el Derecho» es el de la ficción. Un problema semejante al de los gansos en Cuaresma para el derecho de la Iglesia católica medieval, fue claramente presentado en un seminal artículo de David LEWIS¹⁶. LEWIS tomó como referencia el personaje del famoso detective Sherlock Holmes en las novelas de Conan Doyle y entonces mostró este tipo de dificultades con el siguiente ejemplo:

[a3] En la ficción de Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en Baker Street 221B.

[b3] En Baker Street 221B hay una oficina bancaria¹⁷.

¹⁵ Esta versión tan fuerte del principio es ampliamente rechazada, véase Steven LUPER, «The Epistemic Closure Principle», Edward N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/closure-epistemic/>. Más aceptada es la versión según la cual: si x sabe que p y x sabe (o, para algunos, incluso x cree) que p implica q , entonces x sabe que q . Una famosa objeción a esta versión del principio en Robert NOZICK, *Philosophical Explanations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981), 227-229: según NOZICK yo sé que estoy sentado esta tarde de abril frente al ordenador, sé que si estoy sentado esta tarde de abril frente al ordenador entonces no soy un cerebro en una cubeta, sin embargo no sé que no soy un cerebro en una cubeta, ya que una de las condiciones del saber es que yo sé que p si p fuera falso, entonces yo no lo creería y que no soy un cerebro en una cubeta lo creería aunque lo fuese.

¹⁶ David LEWIS, «Truth in Fiction», *American Philosophical Quarterly*, 15 (1978): 37-48.

¹⁷ De hecho, ya lo advierte LEWIS, en la época en que las novelas fueron escritas y publicadas Baker Street no tenía números tan altos, es decir no había una casa en Baker Street con ese número.

[c3] En la ficción de Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en una oficina bancaria.

No todo lo que es verdad en nuestro mundo real puede ser combinado con lo que es verdad en la ficción para obtener nuevas verdades en la ficción. Hay que hallar algún modo de restringir las combinaciones posibles para establecer las condiciones de verdad de las proposiciones referidas a la ficción¹⁸. Sin embargo, no tenemos dificultades para aceptar el siguiente razonamiento¹⁹:

[a4] En la ficción de Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en Londres.

[b4] Londres es una ciudad del Reino Unido.

[c4] En la ficción de Conan Doyle, Sherlock Holmes vive en el Reino Unido.

Pues bien, algo semejante ocurre en el derecho. Llamemos proposiciones jurídicas a todas aquellas expresadas mediante enunciados prefijados por el operador «Según el derecho». Llamemos proposiciones no-jurídicas a todas aquellas expresadas mediante enunciados asertivos no-prefijados. Entonces, podemos decir que un enunciado como:

[3] Según el derecho D , p

es verdadero, en primer lugar, si p es una norma o bien una regla constitutiva *explícitamente* establecida por alguna autoridad jurídica. También podemos decir, en segundo lugar, que [3] es verdadero si p es una norma o bien una regla constitutiva *implícitamente* establecida por una autoridad jurídica, es decir, si es una consecuencia lógica de las normas o las reglas constitutivas establecidas explícitamente por las autoridades jurídicas. Esta es una adecuada reconstrucción, según creo, de la primera tesis de la incorporación y se corresponde con los enunciados jurídicos *puros* de RAZ. Ahora ¿cuándo podemos combinar las proposiciones jurídicas con las proposiciones no-jurídicas en un razonamiento? Ya hemos visto que, como en el caso de la ficción, si aceptamos la combinación con todas las proposiciones verdaderas producimos resultados altamente insatisfactorios. Distingamos, entonces, las proposiciones verdaderas de las proposiciones *aceptables* en un razonamiento jurídico²⁰. Como veremos hay proposiciones verdaderas no aceptables y proposiciones falsas aceptables.

¹⁸ Este es el intento del trabajo de LEWIS comentado, que ha sido desarrollado por el sugerente trabajo de Andrea BONOMI y Sandro ZUCCHI, «A Pragmatic Framework for Truth in Fiction», *Dialectica*, 57 (2003): 103-120.

¹⁹ El ejemplo es de Andrei MARMOR, «Truth in Law», en A. MARMOR, *The Language of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 81. MARMOR plantea exactamente el mismo problema en este trabajo, pero su solución consiste en sostener que todos los enunciados de un razonamiento jurídico son prefijados. Aquí no seguiré esta sugerencia porque no permite resolver precisamente el problema que planteo: cuándo las proposiciones que describen los hechos del mundo combinadas con las proposiciones jurídicas, permiten inferir nuevas proposiciones jurídicas.

²⁰ De un modo semejante a como L. Jonathan COHEN, en «Belief and Acceptance», *Mind*, 98 (1989), 367-389, distingue entre *creer* y *aceptar*.

Comencemos por el caso más obvio de proposiciones falsas que son aceptables en el razonamiento jurídico. Se trata de las *ficciones jurídicas*. Una famosa ficción jurídica (ya que Sherlock Holmes vive en Londres en la ficción) es aquella mediante la cual la isla de Menorca es parte de Londres. En el caso *Mostyn v. Fabrigas*²¹, Fabrigas, un residente de la isla de Menorca entonces bajo dominio inglés, fue encarcelado por Mostyn, al parecer arbitrariamente, que era el gobernador de la isla. Dado que ninguna demanda podía ser aceptada en Menorca sin el consentimiento del gobernador, Fabrigas presentó la demanda ante la *Court of Common Pleas* de Londres por secuestro y detención ilegal y consiguió una sentencia favorable del jurado que obligó a indemnizarle con 3.000 libras, Mostyn apeló arguyendo que el tribunal solo tenía jurisdicción para conocer de casos entre ciudadanos residentes en Londres. No obstante, Lord Mansfield concluyó que Menorca era parte de Londres para los propósitos de la acción y el *King's Bench* confirmó la sentencia. Un argumento que puede ser formalizado del siguiente modo:

[a5] Según el derecho D, el tribunal T solo tiene jurisdicción sobre los ciudadanos residentes en Londres.

[b5] Menorca está en Londres.

[c5] Según el derecho D, el tribunal T tiene jurisdicción sobre los ciudadanos residentes en Menorca.

Este parece ser un buen argumento jurídico, aunque la proposición contenida en [b5] es patentemente falsa. De hecho, las ficciones son proposiciones falsas, que el derecho toma como si fuesen verdaderas para determinados efectos. En el Código Civil español (art. 29) se establece que el concebido se tiene por nacido a los efectos que le sean favorables; aunque es obvio que los concebidos son, por definición (necesariamente) no nacidos. En el Código Penal español (art. 239) establece que se considerarán llaves falsas las legítimas perdidas por su dueño; contra la obviedad que las llaves legítimas (otra vez de manera necesaria) no pueden ser falsas²². Las presunciones, en cambio, son proposiciones contingentemente falsas que, de forma definitiva o salvo prueba en contrario, se toman como verdaderas: así el *code Napoleon* de 1804 establecía (en el art. 312): «*L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*». Y establecía, solo a solicitud del marido, unas excepciones muy rígidas. Es obvio que aquí estamos ante una proposición contingentemente verdadera.

²¹ *Mostyn v. Fabrigas*, 1 Cowp. 161, 98 Eng. Rep 1021 (K.B. 1774) (MANSFIELD, L. J.). Contado en muchos lugares, pero véase por ejemplo Frederick SCHAUER, «Legal Fictions Revisited», *supra* en nota 14, 122.

²² Para dar cuenta de la semántica de estas proposiciones, dado que son falsas necesariamente, necesitaríamos recurrir a la noción de mundos *imposibles*. No me ocuparé de ello, pero hay una literatura cada vez más relevante al respecto, véase Francesco BERTO, «Impossible Worlds», Edward N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2013 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/impossible-worlds/>.

Pero tal vez podemos admitir que una proposición no-jurídica p es aceptable en el razonamiento jurídico si es verdad que según el derecho, p .

No son estos los únicos casos en los que proposiciones falsas parecen buenos candidatos a formar parte del razonamiento jurídico, a proposiciones no-jurídicas aceptables. Algunas ocasiones, una proposición falsa puede formar parte del *trasfondo común* (*common ground*) que compartimos en una conversación. Supongamos que después de un seminario con una colega invitada, Samantha, surge la cuestión entre Chiara y yo acerca de si José Luis, otro colega, que nosotros creemos que está impartiendo una clase, va a acudir puntualmente a la cena que tenemos en treinta minutos. Chiara sostiene que sí y yo sostengo que llegará media hora tarde. Supongamos también que es falso que José Luis esté dando clase, en realidad está en un congreso en Princeton (y, claro, no puede venir a la cena en Barcelona). Sin embargo, no podemos atribuir sentido a nuestra discrepancia, ni siquiera establecer en qué condiciones serían verdaderas nuestras proposiciones sin suponer que la proposición falsa, según la cual José Luis está en clase, es parte del trasfondo común²³.

Esto ocurre a menudo en el derecho. En 1818, en *Maurice v. Judd*, un inspector del uso de los aceites, Maurice, demandó a Judd reclamándole una cantidad de dinero por haber comprado tres barriles no inspeccionados de aceite de ballena. Judd no negó los hechos sino que arguyó que la legislación del estado de Nueva York prescribía la inspección de los aceites de pescado y por lo tanto no se aplicaba a los barriles que él compró, que eran barriles de aceite de ballena. El jurado del tribunal de Nueva York rechazó su pretensión, y estableció que a los efectos de la ley de inspección, el aceite de pescado incluía el aceite de ballena²⁴. En esos años precisamente se desarrollaba la zoología y las taxonomías iban variando, Lineo había clasificado en 1756 a las ballenas como peces, y en la edición de 1758 cambió y las calificó, ya acertadamente, como mamíferos. Pero, olvidemos ahora esta oscilación y olvidemos por un momento también las relevantes cuestiones de filosofía del lenguaje referidas al significado de las expresiones de género natural y sus consecuencias para esta polémica (aunque si «mamífero» se toma como un designador rígido y «pez» también sin incluir a los mamíferos, entonces una proposición según la cual las ballenas son peces es falsa en todos los mundos posibles)²⁵. Supongamos que todos los miembros de la comunidad relevante creían falsamente cuando la legislación sobre inspección de aceites fue dictada que las

²³ Como es sabido esta es una de las seminales contribuciones de Stalnaker, véase Robert STALNAKER, «Common Ground», *Linguistics and Philosophy*, 25 (2002): 701-721.

²⁴ La historia aparece magníficamente contada en D. Gráham BURNETT, *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature* (Princeton: Princeton University Press, 2007).

²⁵ Que han dado lugar a un reciente e instructivo debate de filosofía del lenguaje, Mark SANSBURY, «Fishy Business», *Analysis*, 74 (2014): 3-5, e Ian PHILIPS, «Cetacean Semantics: A Reply to Sainsbury», *Analysis*, 74 (2014), 379-382.

ballenas son peces, entonces en ese momento esta proposición no-jurídica es aceptable. Supongamos que más adelante los miembros de la comunidad relevante se dan cuenta de su error, se retractan y aceptan que las ballenas son mamíferos y no peces²⁶. Creo que, en este caso, la pregunta debe ser si los miembros de la comunidad relevante estarían dispuestos o no a retirar la obligación de la inspección del aceite de ballena, cambiando la legislación si fuese preciso. Si la respuesta es afirmativa, entonces, la proposición jurídica «Según el derecho, el aceite de ballena debe ser inspeccionado» es verdadera y precisamos, mientras no se cambie la legislación, de la proposición falsa —pero aceptable— según la cual el aceite de ballena es aceite de pescado. El razonamiento es el siguiente:

- [a6] Según el derecho de Nueva York, el aceite de pescado debe ser inspeccionado.
- [b6] Las ballenas son peces.
- [c6] Según el derecho de Nueva York, el aceite de ballena debe ser inspeccionado.

Hay otros casos jurídicos que pueden avalar esta conclusión parcial²⁷. En 1883, en los Estados Unidos determinada legislación fiscal (*Tariff Act of March, 3, 1883*) establecía una carga impositiva a la compraventa de verduras, pero no a la de frutos. De modo que se produjo una controversia acerca de si los tomates han de ser clasificados como verduras o como frutos. Es obvio que, desde el punto de vista botánico, los tomates son un tipo de fruto, y también es conocido que desde el punto de vista culinario acostumbramos a servir los tomates junto con otras verduras, en la ensalada por ejemplo y no como postre, y a menudo los tomates se hallan en las tiendas de comestibles junto con las verduras y no con los frutos. De acuerdo con la teoría causal de la referencia aplicada a los términos usados en los textos legales, deberíamos concluir que los tomates son frutos y que por lo tanto están exentos del impuesto. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1893 sostuvo que de acuerdo con el uso habitual de los términos y a los únicos efectos de la interpretación de la ley en disputa, los tomates son considerados verduras²⁸. Estas fueron las palabras del juez Gray, con una decisión tomada por unanimidad:

Botánicamente hablando, los tomates son el fruto de una planta, como los son los pepinos, los calabacines, las judías y los guisantes. Pero en el lenguaje común

²⁶ Hay reciente literatura sobre los desacuerdos y los cambios de opinión posteriores, por ejemplo Filippo FERRARI y Dan ZEMAN, «Radical Relativism, Retraction and “Being at Fault”», F. BACCHINI, S. CAPUTO y M. DELL’UTRI (eds.), *New Frontiers in Truth* (New Castle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2014), cap. 6.

²⁷ De los que me ocupé en J. J. MORESO, «Tomates, hongos y significado jurídico», en J. J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS y Jordi FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010), 15-48.

²⁸ Véase *Nix v. Hedden* (149 US 304, 1893).

de la gente, sea de los vendedores o de los consumidores de estos productos, todos son verduras que se cultivan en los huertos domésticos y que cocinados o crudos, son como las patatas, las zanahorias, la chirivía, los nabos, la remolacha, la coliflor, la col, el apio y la lechuga, que usualmente se sirven para cenar con o después de la sopa, el pescado o la carne que constituye la parte principal de la comida y no, como los frutos generalmente, el postre.

Lo que parece abonar mi conclusión, el Tribunal Supremo aún reconociendo que los tomates son frutos, muestra sus razones relativas a la calificación del comportamiento, según las cuales los tomates a los efectos de la legislación fiscal del caso, han de ser considerados como verduras.

Veamos otro supuesto recalcitrante también de la botánica: la legislación penal, la ley de tráfico de estupefacientes —que contiene un anexo con las sustancias prohibidas— alemana castigaba el tráfico de plantas alucinógenas, algunos de los defensores de traficantes con hongos alucinógenos arguyeron que los hongos no son, botánicamente, plantas, por lo que no podían ser penados por su tráfico y conforme a ello el *Oberlandgericht* (Tribunal Superior) de Coblenza absolvió a unos acusados de este delito. En octubre de 2006, sin embargo, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de Alemania) revoca en casación esta decisión con argumentos muy similares a los que cien años antes había usado el Tribunal Supremo estadounidense²⁹. Estos son los argumentos fundamentales del Tribunal:

En verdad se reconoce en la biología que los hongos se ubican como un grupo independiente de organismos junto a las plantas (verdes) [...] en definitiva, se compran generalmente hongos también en fruterías y verdulerías. La filiación [entre plantas y hongos] es comprobada mediante una búsqueda en Internet, que está a disposición de cualquiera para la publicación de textos propios y, por tanto, puede brindar una amplia información sobre el espectro general del actual uso del lenguaje. Precisamente allí pueden encontrarse algunas páginas webs en las que se indica que los hongos —desde un punto de vista científico— no son como las plantas, aunque también allí se añade que los hongos siempre son clasificados de manera errónea (esto es, en el lenguaje ordinario) a las plantas.

Al parecer, aunque la botánica es la mejor teoría de la que disponemos para el reino vegetal y que sus clasificaciones naturales hacían de los tomates frutos y, por ello, no incluidos en la referencia de la expresión «verduras» y los hongos son un grupo de organismos diferenciado de las plantas; no obstante la comunidad jurídica relevante no está dispuesta a revisar sus calificaciones normativas por ello.

²⁹ Véase *BGH, NJW*, 2007, 524-526. Véase también Juan Pablo MONTIEL y Lorena RAMÍREZ, «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», en *Indret*, 1/2010, www.indret.com/code/getPdf.php?id=1344&pdf=691.pdf&indret.

Sin embargo, no siempre es así. Algunas veces el abandono de una creencia y su sustitución por otra, verdadera, comporta la aceptación por la comunidad relevante del cambio de consecuencias normativas. Hace ya un tiempo se consideraba que la muerte de una persona sucedía cuando dejaba de respirar y de funcionar su corazón. Más adelante la ciencia médica ha establecido que la muerte se produce cuando cesa la actividad cerebral³⁰. Pensemos en un razonamiento jurídico como el siguiente:

[a7] Según el derecho D, un cuerpo humano solo puede ser preparado para un trasplante de órganos después de su muerte.

[b7] La muerte sucedé cuando cesa la actividad cerebral.

[c7] Según el derecho D, un cuerpo humano solo puede ser preparado para un trasplante de órganos después de que cese su actividad cerebral.

Para que este razonamiento jurídico sea correcto, debemos suponer algo como que los miembros de la comunidad jurídica relevante están dispuestos a aceptar los cambios normativos consecuencia de su cambio de creencias. En este caso parece claro que todos aceptarían que el derecho no permite el trasplante de órganos cuando el corazón ha dejado de latir, pero hay todavía actividad cerebral.

Estos son, según mi opinión, los casos claros. En otros muchos supuestos la controversia será mayor. Supongamos el siguiente razonamiento:

[a8] Según el derecho D, están prohibidas las penas crueles e inusuales.

[b8] La pena de muerte es cruel.

[c8] Según el derecho D, la pena de muerte está prohibida.

Este es un razonamiento muy controvertido. Por una parte, la verdad de la premisa [b8] requiere alguna metaética no totalmente escéptica acerca de un espacio de objetividad para la moral. Por otra parte, alguien puede argüir con plausibilidad que, por ejemplo, cuando la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos fue promulgada con este contenido los miembros de la comunidad jurídica relevante creían en la verdad de la proposición «la pena de muerte no es cruel». Pero si ahora, aceptando este espacio de objetividad para la moral, nos convencemos de que esa era una proposición falsa, tal vez podemos conjeturar que los miembros de la comunidad relevante habrían mantenido la prohibición en dicho caso, ampliándola por tanto a la pena de muerte³¹.

³⁰ Un ejemplo preferido de Michael S. MOORE, «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, 58 (1985): 277-398. Agradezco a Lorena Ramírez que me recordara este ejemplo tan pertinente para lo que deseo mostrar.

³¹ Un argumento similar en John PERRY, «Textualism and the Discovery of Rights», en A. MARMOR y S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 105-129. Una discusión sobre PERRY que tiene en cuenta las dos posibilidades, es decir, que los miembros de la comunidad relevante estén dispuestos a cambiar las consecuencias normativas en virtud de la nueva ver-

Con estas ideas tal vez podamos dar las dos siguientes definiciones:

[DEF I] Una proposición no-jurídica p es *acceptable* si:

- (i) p es falsa, pero es verdad que según el derecho, p .
- (ii) p es falsa, pero p forma parte de las creencias que son presupuesto común de la comunidad relevante y los miembros de dicha comunidad no estarían dispuestos a retirar las consecuencias normativas que se siguen de aceptar p , aunque supieran que p es falsa.
- (iii) p es verdadera, en el resto de los casos.

[DEF II] Una proposición jurídica Según el derecho, p es verdadera si:

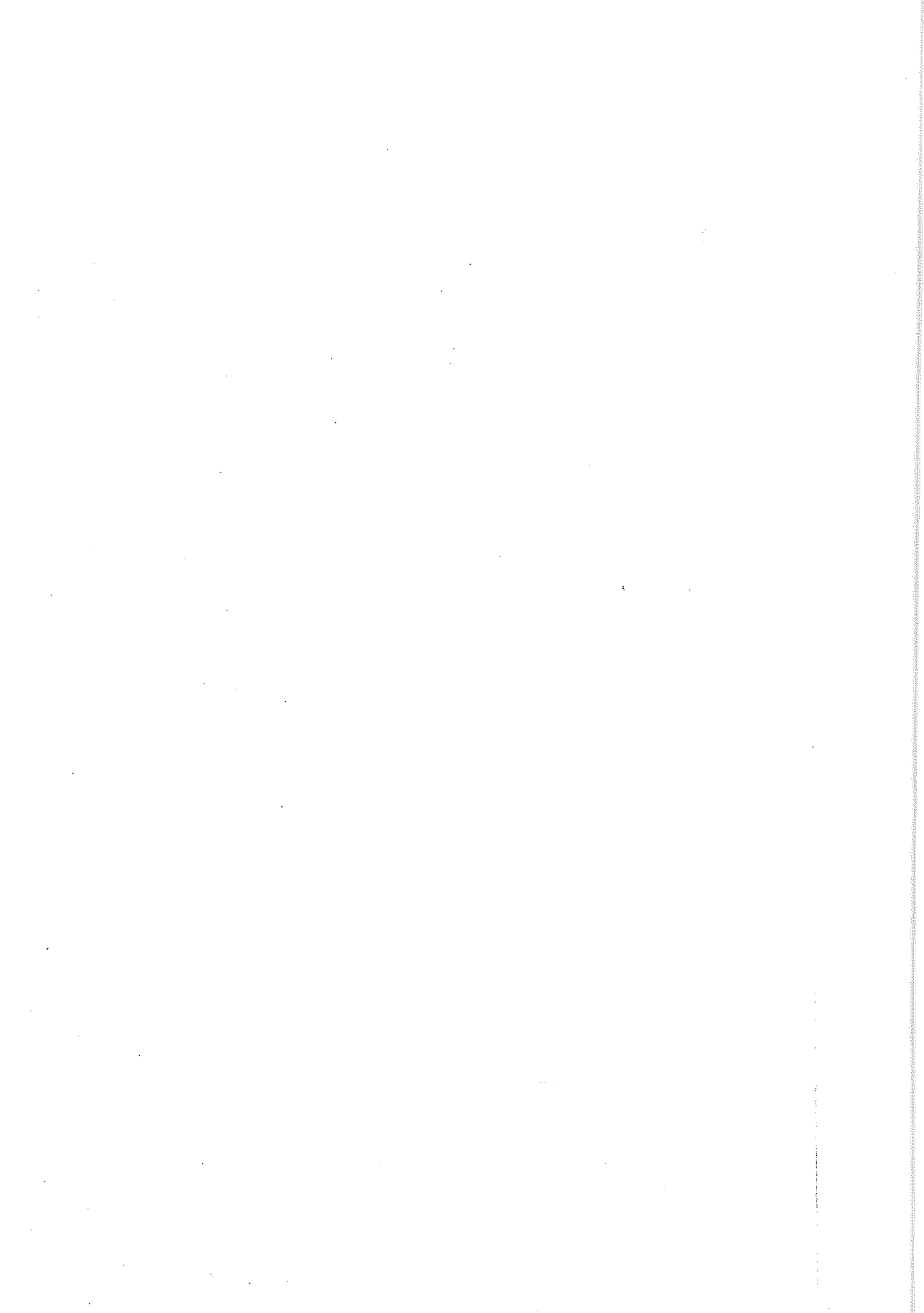
- (i) p es un contenido normativo explícito (promulgado por un autoridad jurídica)
- (ii) p es un contenido normativo implícito (implicado por lo promulgado por una autoridad jurídica).
- (iii) p es una consecuencia lógica del contenido normativo explícito e implícito y del conjunto de proposiciones no-jurídicas aceptables.

Con ello mostramos que la tesis de la incorporación debe ser rectamente entendida. La tesis no establece la clausura bajo la noción de consecuencia lógica de las normas de un sistema jurídico y las proposiciones no-jurídicas verdaderas. Dicha clausura solo tiene lugar entre las normas del sistema jurídico y las proposiciones no-jurídicas aceptables (que algunas veces son proposiciones falsas). Este es un modo de comprender las restricciones que surgen de la semántica y la pragmática del operador intensional «Según el derecho».

Para terminar, nada me complacería más que a Juliano le interesara esta reflexión y, con el motivo de la publicación en español de su libro, tuviéramos la excusa para seguir conversando sobre estas cuestiones que habitan en este espacio intelectual, entre el derecho y la filosofía, que por igual nos apasiona.

Barcelona, abril de 2015

dad adquirida, como en las penas crueles o de la muerte, o no lo estén, como en el caso de las ballenas y de los tomates, en Hrafn ASGEIRSSON, «Textualism, Pragmatic Enrichment, and Objective Communicative Content» (September 6, 2012). *Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 2012/21*, <http://ssrn.com/abstract=2142266>. Scott J. SHAPIRO [«Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake», *Ratio Juris*, 22 (2009): 326-338], en cambio, parece pensar que aunque sea verdad que los castigos crueles están prohibidos, bajo esta descripción, y sea verdad que la pena de muerte es cruel, no puede decirse que jurídicamente la pena de muerte está jurídicamente prohibida. No alcanzo a comprender las razones de esta restricción tan absoluta a la descripción de las acciones que estableció el legislador.



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN:

LÓGICA Y METODOLOGÍA JURÍDICA

El art. 213 del Código Penal brasileño prohibía las relaciones sexuales con violencia. El art. 224, letra a), establecía la presunción absoluta de que la relación sexual mantenida con un menor de catorce años era violenta. ¿Esto *significa* que el Código Penal prohibía mantener relaciones sexuales con menores de catorce años?

Sería difícil responder que no. Sin embargo, la pregunta facilita la respuesta, al situar el tema en términos del *significado* del art. 213. Parece que, en definitiva, esta es la interpretación «inmediata» o la consecuencia «indiscutible» de estas dos disposiciones. Se trata, además, de una mera inferencia deductiva, lo que, en el campo de la *interpretación*, parece situar la conclusión como aspecto necesario o contenido «implícito» del sentido de los arts. 213 y 224. La fuerza de la conclusión es tal que diríamos que una respuesta negativa a la cuestión anterior solo podría venir de alguien que realmente no *haya entendido* el contenido de las disposiciones.

Ahora quite el «esto *significa* que» de la pregunta y sitúela en el campo de la existencia o validez de la norma (no solo de su sentido): ¿la prohibición de mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años era ya una norma válida en el derecho brasileño?

En estos términos, la pregunta, en vez de presentar una respuesta, sugiere nuevas cuestiones. ¿Sería posible separar la actividad de interpretación de la respuesta sobre la validez de la norma? Es decir, ¿son las dos cuestiones iniciales diferentes?

Hace algunos años, las dos disposiciones legales fueron objeto de una polémica decisión del Supremo Tribunal Federal, en la que se concedió el *habeas corpus* a un acusado de mantener relaciones sexuales con una niña de doce años. La comunidad jurídica se inclinó por ver aquella decisión como *contra legem* y, enseguida, la Ley 12015/2009 modificó el Código Penal, conservando la prohibición de mantener relaciones sexuales violentas (art. 215) y sustituyendo el art. 224, letra a), derogado por el art. 217-A, que establece la prohibición expresa de mantener relaciones sexuales con menores de catorce años. ¿Esta nueva previsión efectivamente modificó el Código Penal o la prohibición de mantener relaciones sexuales con menores de catorce años que ya existía? Esta curiosa reacción del legislador frente a la decisión judicial suscita dos preguntas: ¿un acto de voluntad expreso es requisito necesario para identificar la validez de la norma? ¿O se pueden identificar normas válidas recurriendo solamente a la cognición?

Todas estas cuestiones son centrales para una teoría del derecho. Las reacciones a ellas dependerán de la posición que se adopte, pero también definirán esta posición sobre la cuestión, que ahora propongo en términos más generales: *¿las normas derivadas lógicamente de normas válidas son también válidas?*

Uno de los proyectos más ambiciosos de elevar el saber jurídico al estatus de ciencia autónoma sucumbió justamente frente a esta cuestión. Pocos años después de la publicación de la que parecía ser la formulación final de la *Teoría pura del derecho*, que delineaba el estatuto de una ciencia jurídica independiente de especulaciones morales y distinta de la mera descripción de regularidades del comportamiento social, KELSEN publicó el artículo *Derecho y lógica*, en medio de un periodo de correspondencias con el lógico Ulrich KLUG, en el esfuerzo de responder justamente a si la lógica desempeñaría algún papel en la ontología de las normas jurídicas. La conclusión de KELSEN fue una sorprendente negativa, que desembocó en el angustiado esfuerzo de reescribir su obra, que se publicó de forma póstuma como *Teoría general de las normas*, en la que KELSEN depura su teoría del neokantismo para caer en un voluntarismo radical.

Durante el mismo periodo, un lógico finlandés sufrió la misma angustia que el jurista que osó flirtear con la lógica, pero ahora por el camino inverso, flirteando con el derecho. VON WRIGHT (re)creó la lógica deóntica moderna en el intervalo de sus estudios sobre lógica modal, en concreto en un inocente paseo por las orillas del río Cam. Fue su artículo más citado y su pecado más mortal. Ya no hubo más descanso, publicó diversas revisiones, nuevos sistemas y reinterpretaciones de lo que significaría la lógica de normas, pues nunca estuvo satisfecho con la respuesta a esta cuestión o, en sus términos, si una norma podría necesariamente existir o no en función de la existencia de otras, solo por razones lógicas. A principios de la década de 1980, su identificación con Alf Ross en el sentido de que el discurso jurídico sería «alógico» y que, por tanto,

los sistemas de lógica deóntica serían solo ideales de racionalidad que se compararían con ordenamientos reales, fue prácticamente ignorada por la ya madura comunidad de lógica deóntica, que, según VON WRIGHT, continuó su trabajo insistiendo en cometer el pecado de *introducir relaciones lógicas en el reino propio de las normas*.

El radicalismo de las reacciones a la pregunta no debería sorprender. En verdad, esta funciona como un test binario (sí o no) para un problema nacido en la era moderna con la tarea propia de sistematización del derecho en los moldes de las ciencias naturales: la conciliación entre *cognición* y *volición* como fundamento de las obligaciones jurídicas. Se trata de la dificultad de racionalización del derecho como producto de la voluntad, con todas sus connotaciones e implicaciones en el campo moral y político, en los términos de un esfuerzo de legitimación moral de la autoridad del Estado.

El test es impetuoso. Si la cognición cumple algún papel en la identificación de nuestras obligaciones jurídicas, entonces, como mínimo, deberíamos reconocer que inferencias deductivas inmediatas identifican obligaciones, o normas existentes, con fuerza obligatoria. Si una deducción simple como aquella a partir de los arts. 213 y 224 del CP brasileño no tiene dicha fuerza, entonces ¿qué dice de otras construcciones del conocimiento jurídico? Por otro lado, si la respuesta es afirmativa, el problema que se plantea es: *¿cuál es el límite para la cognición en la identificación o constitución de normas válidas?*

La cognición parece ser capaz de revelar «contenidos implícitos» o suprimir «contenidos aparentes», por ejemplo, en caso de identificación de inconsistencias entre sentidos atribuidos a dos normas distintas o de incompatibilidad entre el contenido de la norma y aquello que sería su propósito o *ratio*.

Así, el jurista no duda en afirmar que una ley que establece un impuesto con carácter retroactivo no es válida en virtud de la norma constitucional que prohíbe la retroactividad de cualquier imposición. El factor que está por detrás de esta afirmación de la supresión del vínculo legal no es más que el principio de no contradicción. Si bien, ¿este sería suficiente para producir, por sí mismo, dicho efecto en el orden jurídico?

El jurista, para usar el conocido ejemplo de SICHES, también afirmaría con tranquilidad que si se prohíbe, en virtud de ley, la entrada de perros en un tren, la misma regla prohíbe la entrada de osos. Aunque entrar con un oso parezca un claro supuesto de aplicación de la regla, entra en juego una inferencia no deductiva, que implica la formulación de hipótesis sobre la motivación del legislador. Aun así, en este caso, la conclusión es convincente: sobre la persona que insista en entrar con un oso en el tren porque no existe prohibición expresa, diríamos que no ha entendido adecuadamente la prohibición de entrar con perros. No obstante, ¿existe en el ordenamiento la prohibición de entrar con osos o la inferencia que me lleva a dicha conclusión tiene fuerza creadora?

El problema aquí está en encontrar el punto en que se pasa de la revelación o descripción de tales normas «implícitas» o «aparentes» a la *creación de contenido* por parte del jurista. Este no se sentirá tan cómodo afirmando que una ley que prohíbe la difusión de publicidad de cigarros no es válida frente a una Constitución que determina que la ley solo «restrinja la publicidad de cigarros». Tampoco estará tan seguro a la hora de afirmar que esta determinación constitucional sea también aplicable a la publicidad de pipas para fumar o de otros productos similares con efectos nocivos para la salud. Ello aunque las operaciones lógicas implicadas sean fundamentalmente las mismas.

En parte de los casos, el jurista afirma que las normas ya están ahí o ya no están más ahí. Por otro lado, acusa a sus colegas de crear normas donde no las hay o de excluir *indebidamente* normas cuyas consecuencias no les agradan. Sin embargo, no se puede delimitar con precisión estos dos conjuntos de situaciones, de modo que es difícil establecer cuándo acaba la cognición y empieza la volición en la identificación del ordenamiento.

Con todo, si en la reconstrucción cognitiva del ordenamiento, la voluntad del jurista u operador jurídico puede realizar elecciones, expresando preferencias valorativas, con consecuencias directas en la definición de aquello que es correcto o incorrecto en una determinada comunidad, entonces ¿las reglas concebidas en esta actividad son o deberían verse como moralmente justificadas? Y, por último, si la respuesta es afirmativa, la teoría del derecho, para explicar de forma adecuada esta práctica social de identificación del derecho, ¿debería también comprometerse en su justificación moral?

En este último caso, se llega a la cuestión metodológica que normalmente presenta la oposición entre, por un lado, teorías del derecho *descriptivas* o *no valorativas* y, por otro, teorías del derecho *normativas* o *justificadoras*. La línea divisoria se expresa en el debate sobre la posibilidad de separar la identificación del derecho *como es* (*Sein*) de la crítica sobre cómo *debería ser* (*Sollen*). La distinción aparece en dos niveles: el de la *dogmática* o *ciencia del derecho* (*Jurisprudenz*), que consiste en el trabajo doctrinal que contiene proposiciones sobre un sistema normativo en particular, y el de la *teoría del derecho* (*Metajurisprudenz*), cuyo objeto es la actividad de la ciencia del derecho¹. La tarea de la metodología del derecho sería *Meta-Metajurisprudenz*, *i. e.* trataría de las condiciones de adecuación y éxito de teorías del derecho. La cuestión metodológica central, por tanto, en torno a la separación entre lo que es y cómo debe ser el derecho sería: *¿es la neutralidad valorativa una condición de éxito para una teoría del derecho?*

¹ Con esta distinción de niveles de discurso, BOBBIO (1967: 10) identifica una matriz con cuatro posibilidades: (i) una *Jurisprudenz* descriptiva y una *Metajurisprudenz* prescriptiva (donde llega a situar el positivismo ideológico, que prescribiría a la ciencia del derecho el uso del discurso descriptivo); (ii) una *Metajurisprudenz* descriptiva de una *Jurisprudenz* prescriptiva; (iii) una *Jurisprudenz* y una *Metajurisprudenz* descriptivas; (iv) una *Jurisprudenz* y una *Metajurisprudenz* normativas.

Este problema metodológico será el telón de fondo de este trabajo, desarrollado en el marco de la teoría analítica del derecho contemporánea.

Existe una diferencia importante respecto a los presupuestos y el método utilizado por la filosofía analítica, que consiste en tratar problemas filosóficos como problemas de lenguaje. Con relación a los problemas filosóficos de la «naturaleza del derecho» y del «método de la ciencia jurídica», estos podrían resolverse, o disolverse, bien mediante la reforma y precisión del sentido del término «derecho» y las proposiciones de la ciencia sobre el derecho, bien por medio de una mejor comprensión de la forma en que los operadores jurídicos utilizan dicho término en el discurso. Es una cuestión propia si esta reducción del problema al análisis del lenguaje elimina la postulación de «entidades» metafísicas en la realidad o si presupone un postulado metafísico aún más fuerte sobre la correlación entre el lenguaje y la realidad⁵. Si bien la ventaja que ofrece, pese a la posible, aunque necesaria, reducción de la complejidad del fenómeno analizado, está en la precisión de los conceptos y tesis utilizados, que incluso recurren a métodos formales de representación del lenguaje ideal reformador o de clarificación y articulación del lenguaje natural en el que se manifiesta el problema.

El positivismo jurídico del siglo xx se construyó apoyándose fuertemente en el método analítico. En la tradición continental, KELSEN, aunque no sea un representante típico de dicha corriente y haya recurrido a postulaciones neokantianas, detalló un proyecto bastante apegado a la filosofía analítica al intentar definir las propiedades necesarias de lo que es «derecho», universalmente considerado, que fuera capaz de distinguirlo de otras manifestaciones sociales y normativas. Su examen de los problemas tradicionales de la filosofía del derecho también tiene notas de este método, en la medida en que KELSEN supera dicotomías mediante la precisión de conceptos como «deber jurídico», «persona jurídica», reduciéndolas a una definición central de *norma jurídica*, además de su esfuerzo para precisar el tipo de discurso y estructura de las proposiciones de la ciencia del derecho. Sus principales seguidores, como BOBBIO, WEINBERGER y BULYGIN, ya se enmarcan típica y expresamente en esta tradición.

Por su parte, la tradición anglosajona, en particular la proveniente de HART, define expresamente el problema analítico de identificación del derecho, señalando las condiciones de posibilidad de sentido y comprensión de este concepto, lo que toma el lugar y traduce lo que sería la investigación de su «naturaleza» por intermedio del análisis del lenguaje. Así, HART realizó el problema de la valoración, al incorporar la hermenéutica de WITTGENSTEIN, en su análisis del concepto de derecho desde «el punto de vista interno» de los participantes en esta práctica. Este punto de vista sería capaz de identificar la puesta en común

⁵ Para una caracterización del giro lingüístico dado por la filosofía analítica o filosofía del lenguaje, véase RORTY, 1992: 1-40.

de criterios sobre el uso del término «derecho» en las actitudes de aprobación o rechazo de comportamientos, en particular, por parte de la comunidad de jueces. Se utiliza el término «derecho» para referirse al núcleo de sentido o a las instanciaciones no problemáticas de las reglas derivadas de fuentes sociales que la comunidad de jueces conviene como dotadas de autoridad.

El ahondamiento en esta postura hermenéutica de comprensión del concepto de derecho va a llevar a la crítica de DWORKIN sobre las valoraciones realizadas por dichos participantes, en particular en los actos de adjudicación, en los que se pone en práctica la actividad de reconstrucción interpretativa del derecho. El recurso de los tribunales a principios morales y de políticas públicas, considerados por los positivistas como «extralegales», revelaría la falta de una convención sobre criterios objetivamente identificables relativos al uso del término «derecho». No habría consenso, sino discrepancia entre los propios participantes sobre el contenido y propósitos morales de la práctica jurídica. Por ello, es imposible una comprensión moralmente neutra de esta práctica, sin que el teórico se posicione respecto a ella.

Este ataque provocó una gran división entre los positivistas, que, aparentemente, convergían sobre tesis centrales, en particular, sobre la objetividad del núcleo de sentido dado por el término «derecho». No obstante, la crítica mostró que aquello considerado como cierto implicaba diferencias importantes, principalmente con relación al papel de la interpretación y el presupuesto de objetividad de este núcleo de sentido. Con ello, DWORKIN introdujo un avance importante en la teoría analítica, que consistía en el rescate de la hermenéutica y la justificación de normas y decisiones jurídicas mediante principios morales o de políticas públicas tomados por la experiencia del derecho en una comunidad.

Esta caracterización de los principios morales utilizados en la adjudicación, al encontrarse en la base de las valoraciones que justifican la creación de las normas, funcionó como punto de inflexión: *¿estos principios serían extrajurídicos o jurídicos?* El rechazo a ver los principios utilizados por los tribunales como parte del concepto de derecho parece ignorar la forma que los participantes tienen para aplicar dicho término, pese a haber sido esta la reacción de muchos positivistas. No obstante, por otro lado, si estos parámetros normativos son jurídicos, ¿qué caracterizaría su juridicidad?

La respuesta a esta pregunta es crucial para la idea o la posibilidad de neutralidad. Si la juridicidad deriva de una valoración moral, realizada por el observador, del mérito del contenido de los principios y estos justifican normas válidas, entonces se rompe la posibilidad de captar dichas valoraciones como un dato externo. Pero, ¿cómo se podría justificar la juridicidad de principios con contenido moral sin recurrir a la moralidad o involucrarse en argumentación moral?

El propósito de este libro es ensayar una respuesta justamente a esta pregunta. Rescatando la cuestión inicial sobre la validez de las normas lógicamen-

te derivadas, defiende que la juridicidad de valoraciones morales o políticas subyacentes al derecho, normalmente tomadas bajo el nombre de «principios jurídicos», deriva, no de que su contenido sea moralmente justificado, sino de la relación que su contenido guarda con el contenido de reglas que forman el núcleo de sentido del término derecho, identificables de forma independiente de consideraciones morales. Esta relación entre el contenido de los principios y este núcleo se da por inferencias lógicas de diferentes tipos, involucradas en el proceso de interpretación, pero, en particular, por inferencias abductivas. Las inferencias abductivas no son deductivas e implican valoraciones y atribuciones de propósitos capaces de explicar las reglas de base como resultados de actos racionales, aunque dentro de un proceso controlado de derivación que se refleja en las técnicas hermenéuticas.

Así, los valores morales o de políticas públicas implicados en la reconstrucción interpretativa del ordenamiento por los tribunales o la dogmática jurídica derivan su autoridad, al igual que las reglas, de un dato externo: la convención social sobre las fuentes de derecho. Si bien, estos principios no se derivan de forma inmediata de los criterios ni forman parte de los criterios de dicha convención. Antes bien, se derivan de inferencias lógicas, no necesariamente deductivas, a partir de las reglas por ella identificadas como un dato social. La cuestión es que *si* los contenidos de valores morales *valen* como razones jurídicas, valen no por su mérito, sino por el hecho de que derivan de procesos racionales a partir de las reglas dotadas de autoridad, que, indirectamente, los orientan. De esta forma, la neutralidad moral (pero no valorativa) de la ciencia del derecho se recoloca como una posibilidad teórica.

Para recorrer este camino, en el capítulo II, se presentará el debate actual de la filosofía analítica del derecho, centrado en la crítica que DWORKIN hace al positivismo. Se examinará con cuidado la tesis que denomino «objetividad de las fuentes», que considero crucial para entender la forma en que DWORKIN pretende minar las bases del positivismo, además de señalar un camino de respuesta a su objeción.

En el capítulo III hago una breve presentación de la inferencia abductiva, sin atenerme a los aspectos formales, pese al gran desarrollo que las lógicas abductivas tienen en el campo de la inteligencia artificial. Estoy menos preocupado de explicitar o formalizar los mecanismos de este tipo de inferencia en el discurso normativo que de pensar en las consecuencias que para la teoría del derecho tiene asumir la relación entre reglas y principios como una relación de inferencia abductiva. De este modo, enfrente la cuestión referida al inicio de esta introducción: si las normas lógicamente derivadas de normas válidas son válidas. Delimito lo que entiendo por dato externo objetivo que forma el núcleo de sentido del término «derecho» y propongo la versión de positivismo aquí llamada «inclusivismo lógico» que fue considerada, aunque de rápida y superficialmente descartada en la literatura. Como resultado de los argumentos de

defensa del inclusivismo lógico sobresale el esbozo de una concepción de derecho como el conjunto de sistemas normativos (cerrados en sus consecuencias lógicas abductivas y deductivas) que resultan de reconstrucciones interpretativas del ordenamiento jurídico. Argumento que esta concepción es capaz de explicar de forma satisfactoria las valoraciones morales que los tribunales utilizan como razones jurídicas, sin incurrir en los problemas de otras teorías positivistas que buscaron su reformulación para poder explicar este fenómeno valorativo en la actividad de adjudicación.

Mi intención es tan solo mostrar que es posible esta alternativa de respuesta a la crítica de DWORKIN, en particular, a su desafío a la posibilidad de neutralidad moral de la ciencia del derecho. En realidad, esta consiste en reconsiderar el papel de los principios como justificaciones de las normas y apuntar que esta relación no lleva necesariamente al moralismo. Así, solo quiero defender que la crítica que el autor formula no lleva a la pretendida conclusión de que es imposible un conocimiento del derecho moralmente neutro.

Esto alivia mi *onus probandi* y delimita las expectativas del lector. No esperen ninguna afirmación, mucho menos una demostración, de que la neutralidad moral de la ciencia jurídica sería posible. Solo formulo una objeción a una determinada crítica que pretendió demostrar su imposibilidad. Tampoco esperen ningún esfuerzo para demostrar el error de las demás alternativas positivistas de respuesta a esta crítica o de que mi propuesta sería superior a ellas en algún sentido. Únicamente voy a indicar que algunas de las objeciones planteadas pueden sortearse mediante el inclusivismo lógico propuesto. En suma, tan solo quiero poner otra posibilidad más sobre la mesa de la teoría analítica del derecho para discutir esta cuestión metodológica que considero central: la neutralidad moral como condición de adecuación y éxito de la teoría del derecho.

CAPÍTULO II

EL DEBATE CONTEMPORÁNEO DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

La presentación de la teoría analítica del derecho que se va a desarrollar no es exhaustiva, no tiene compromiso cronológico ni se dirige a analizar las teorías de sus principales autores. Mi punto de partida es el positivismo jurídico formulado en dos influyentes versiones: la de HART y la de KELSEN, representantes, respectivamente, del positivismo anglosajón y del continental del siglo xx. Busco reconstruir el debate en torno a las cuestiones y principales argumentos formulados, que permitan al lector situar, comprender y valorar, de forma crítica, el argumento de este trabajo.

Para la corriente analítica, la principal función de la teoría del derecho sería explicar esta práctica social denominada «derecho», a partir de un análisis conceptual adecuado a sus propiedades características. Así, esta teoría debe contener proposiciones *(i)* necesariamente verdaderas, esto es, verdaderas para todas las prácticas sociales particulares a las que reservamos el término «derecho» y *(ii)* que expliquen de forma adecuada dicha práctica. Esto significa seleccionar las características que sean necesarias¹, así como aquellas que destaquen las

¹ El factor «necesidad» o exigencia de que las proposiciones sean «necesariamente verdaderas» ha sido recientemente objeto de debates, basados en la literatura filosófica sobre el esencialismo derivada de la crítica de FINE (1994). Según el criterio de necesidad, puedo tener proposiciones necesarias como «el derecho se manifiesta por medio de lenguaje (verbal o no)», pero que no son adecuadas por no ser suficientemente distintivas de la práctica jurídica, de ahí el criterio de adecuación. No obstante, se discute que una teoría del derecho podría contener proposiciones no necesarias, pero que aun así serían *importantes* o suficientemente reveladoras para nuestra comprensión de la práctica e, incluso, para el desarrollo de la práctica misma (así, el hecho de que los ordenamientos, en general, sean coercitivos como algo no necesario, pero importante

propiedades que diferencian el derecho de otros fenómenos y demás prácticas sociales y, por consiguiente, la ciencia del derecho de otras ciencias.

En este contexto, la preocupación metodológica de fondo es explicar *qué es el derecho* de forma valorativa y moralmente neutra, analizando el papel que ejercen las *valoraciones morales* que aparecen dentro de esta práctica social, en particular, cómo dichas valoraciones aparecen en la actividad de *reconstrucción interpretativa* del ordenamiento en vista de la solución de problemas jurídicos concretos o hipotéticos. Desde esta perspectiva, ya surgen tres cuestiones clave, a partir de las cuales se puede plantear el debate:

E) *¿Qué Es el derecho?* (en adelante, referida por E).

I) *¿Cómo Interpreto el derecho?* (referida por I).

D) *¿Cómo Debe ser el derecho?* (referida por D).

El problema es si la manifestación de la práctica social llamada «derecho» permite una respuesta independiente para cada una de las tres cuestiones. Las discusiones, en gran medida, giraron en torno a la afirmación o la negación de la «necesidad conceptual» de separar o unir, al menos, dos de estas cuestiones.

Los positivistas analíticos tuvieron éxito a la hora de defender sus tesis centrales de forma cohesionada, frente a los ataques iusnaturalistas, en sus distintas formas. No obstante, se dividieron ante la crítica interpretativista de DWORKIN y entablaron un debate que ha dominado la teoría del derecho durante los últimos cuarenta años. Solo ahora existe un esfuerzo para cambiar esta dinámica y orientarse a cuestiones metodológicas como *¿cuáles son los criterios de éxito que debe satisfacer una teoría que versa sobre lo que es derecho?* Incluso en este marco abstracto, la neutralidad —o al menos la neutralidad moral— sigue siendo el criterio más controvertido entre los que pretenden formar parte de este rol. Es decir, el gran tema sigue siendo la relación entre derecho y moral y la posibilidad de que haya un conocimiento del derecho valorativo, pero moralmente exento.

El mérito de DWORKIN de separar a los positivistas, aparentemente monolíticos, en dos grupos diametralmente opuestos, los incluyentes y los excluyentes, me lleva a situarle en el centro. Tras la separación, los argumentos más

para la organización de nuestras expectativas y presunciones sobre el derecho). En este sentido, véase SCHAUER (2010) y SHAPIRO (2010). Por otro lado, se discute si el concepto de derecho debería incluir todas sus características necesarias o bastaría un mínimo de propiedades distintivas que permitan a los participantes tanto su empleo como la autocompreensión de la práctica. Con ello, se cuestiona si esta sería propiamente una investigación de la naturaleza misma del fenómeno jurídico o si sería una elaboración conceptual con finalidad teórica y práctica (véase RAZ, 2005; BULYGIN, 2006). No es el caso de tratar esta cuestión en el presente trabajo, aunque, de cualquier forma, resulta adecuado separar proyectos: uno *definitorio*, en el que el elemento de necesidad tiene un papel fundamental, y otro *práctico*, en el que características no esenciales, pero importantes en alguna valoración sobre la práctica del derecho, pueden ser útiles, por ejemplo, en teorías sobre adjudicación.

interesantes surgieron del embate entre incluyentes y excluyentes, ya que estos afirmaban la inconsistencia de aquellos y aquellos, la insuficiencia de la teoría de estos. DWORKIN, en este fuego cruzado, tuvo el confort, la munición y la habilidad suficientes para argumentar que o bien el positivismo se colapsa en su propuesta de derecho como integridad (como ocurre con la vertiente incluyente) o bien es insuficiente para explicar el fenómeno jurídico, en particular, la actividad de adjudicación (la vertiente excluyente)².

En el seno de estas contraposiciones, fundamentalmente como una objeción al ataque interpretativista de DWORKIN, despunta la versión del *inclusivismo lógico* defendida en esta obra.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO: PRIMERA APROXIMACIÓN

Es típico señalar, como elemento común a las diferentes versiones del positivismo jurídico, la tesis de que el derecho se identifica a partir de fuentes sociales convencionales (*tesis de las fuentes sociales o convencionalismo*).

Hay una razón de ser para esta convergencia entre los positivistas. La gran ambición de construir con rigor una epistemología autónoma para el derecho la hizo posible la propia humildad en la definición de su objeto. La constatación inmediata de la que parten los positivistas es muy simple: hay casos en los que tenemos certeza para afirmar si una acción está o no está jurídicamente justificada. Por ejemplo, se puede afirmar, con toda certeza que, en el derecho brasileño, el adulterio cometido por la esposa no es una razón jurídica para castigarla con la lapidación.

La cuestión epistemológica central del positivismo es «¿por qué sabemos lo que sabemos sobre el derecho?». Si tenemos certeza, entonces debe haber algún *conocimiento* jurídico, *i. e.* debe ser posible identificar los criterios objetivos de verdad o falsedad de estas proposiciones sobre el derecho. El otro elemento de convicción subyacente es que la objetividad solamente podría alcanzarse mediante la identificación de fenómenos observables. Además, una proposición claramente verdadera en una sociedad puede ser manifiestamente falsa en otra (como, por ejemplo, el enunciado anterior cuando se refiere al derecho iraní), lo que muestra que el derecho es una práctica cuyo contenido es socialmente contingente. Por ello, se considera un *dato social*, cuya fuente es *externa al observador*. Esto garantiza al científico del derecho un *input externo*, independiente de sus valoraciones políticas o morales.

Sin embargo, los dos mayores nombres del positivismo, Kelsen y Hart añadieron un ingrediente que, a pesar de situarlos en otro nivel respecto a los demás positivistas, introdujo una enorme dificultad, que tal vez sea la respon-

² Véase DWORKIN (2006: 188).

sable de todo el debate actual: el *antirreductivismo*, i. e. la explicación del derecho y la identificación de los criterios de validez no pueden reducirse al mero registro de regularidades de comportamiento. Se trataba del esfuerzo por captar la *normatividad característica del derecho*, de forma independiente de la normatividad de otras prácticas sociales basadas en reglas. Para KELSEN, esta tesis constituía un postulado metodológico necesario para diferenciar el derecho de otras ciencias sociales, mientras que, para HART, en el reductivismo se hallaba el origen de los principales errores de sus antecesores, BENTHAM y AUSTIN, pues el concepto de derecho no podría definirse con propiedad sin comprender la «estructura normativa de la sociedad»³.

Las soluciones para construir un concepto normativo (y no fáctico) de derecho fueron ambas ambiguas. KELSEN utilizó una construcción *neokantiana*, en la que la normatividad o imputación (*Zurechnung*) sería una categoría *a priori* del conocimiento, que, junto con el postulado de la *norma fundamental* (*Grundnorm*), elemento capaz de definir/constituir el objeto que hay que conocer al identificar la fuente última de normas válidas, haría posible el conocimiento de actos de ordenar como derecho en «sentido objetivo» en una determinada sociedad⁴. HART, por su parte, asumió una postura hermenéutica, en el sentido del segundo WITTGENSTEIN⁵, y propuso que la definición del derecho debe partir de la descripción de dicha práctica tal como es aprehendida por los sujetos cuyo discurso y comportamiento debe comprenderse. Desde este *punto de vista interno* de los participantes, la práctica se revela por medio de actitudes normativas de justificación del comportamiento conforme reglas. Para HART, estas actitudes se constituyen de forma compleja e implican reglas primarias de comportamiento que se consideran vinculantes en función de metarreglas o reglas secundarias que especifican qué actos son jurídicos y cuya justificación, en última instancia, se da mediante una *regla de reconocimiento*, que consiste en el hecho o la convención social sobre la fuente última de validez. Estas dos soluciones, basadas en concepciones filosóficas distintas, aunque no tanto⁶, consolidaron el positivismo en torno a tesis bastante semejantes, que posibilitan una comprensión *normativa* de las fuentes de derecho, aunque, en último término, su verificación sea fáctica. Así, en este punto, la solución manifiesta una importante ambigüedad.

³ HART, 1997: 77.

⁴ La literatura sobre la dimensión neokantiana de la *Teoría pura del derecho*, el significado de la norma fundamental y las consecuencias de dicha dimensión sobre sus principales tesis es enorme. Recomiendo principalmente VERNENGO, 1986; PAULSON, 1992; BULYGIN, 1997, y RAZ, 2002 (cap. II, epígrafe 7). Cuestionando el kantianismo en KELSEN, véase WILSON, 1986.

⁵ Para una lectura de la distinción de HART entre punto de vista interno y externo a la luz de la hermenéutica de WITTGENSTEIN, véase HACKER, 1988 (cap. I).

⁶ La similitud entre las tesis no debe sorprender, pues la inspiración de ambas tiene un punto de proximidad. Como señala HACKER (1975: 30-31), tanto KANT como WITTGENSTEIN centraron su preocupación relativa al método filosófico en establecer los límites de la razón y el conocimiento, así como en identificar las condiciones de su posibilidad. Si para KANT esta tarea consistiría en estructurar los principios *a priori* del conocimiento, en una crítica de la razón pura, para WITTGENSTEIN la tarea consistiría en una crítica del lenguaje, identificando las condiciones de posibilidad del sentido y la comprensión.

La norma fundamental y la regla de reconocimiento, por un lado, poseen una prueba fáctica. Para KELSEN, la presuposición de la norma fundamental aporta objetividad a un orden «globalmente considerado eficaz»⁷. Sin embargo, la norma fundamental no se confunde, de forma alguna, con la descripción de tal hecho (se trata de una condición que permite concebir el orden jurídico por las categorías del conocimiento). HART, por su parte, afirma con todas las letras que «la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho», externamente descrita como una práctica compleja, pero normalmente convergente, de los tribunales, las autoridades y los individuos, para identificar el derecho a partir de determinados criterios⁸. Esto significa que estas reglas no son el resultado de la promulgación ni son válidas (lo que presupondría otra relación de validación). Sin embargo, por otro lado, tanto la norma fundamental⁹ como la regla de reconocimiento¹⁰ cumplen una función normativa, pues dan validez al producto de la fuente identificada como dotada de autoridad¹¹.

Este doble carácter, *hecho y norma*, será el responsable de una diferencia entre sus herederos, que en apariencia era de menor importancia pero que más tarde se revelaría significativa.

Algunos ponen el acento en el aspecto *fáctico*. Así, BOBBIO, por ejemplo, señala el carácter superfluo de la regla de reconocimiento que solo describiría el hecho de que reglas de segundo orden (identificación, cambio y adjudicación) identifican las normas válidas del sistema. Con relación a KELSEN, para BOBBIO estaba claro que, siendo el poder constituyente un poder de hecho (la eficacia global), la función operativa de la norma fundamental solamente tendría sentido como *legitimación* de dicho poder¹². Tampoco RAZ ve en la regla de reconocimiento nada más allá del hecho de que determinados actos de determinadas instituciones sean reconocidos como actos creadores de derecho¹³.

⁷ «En efecto, la norma fundamental determina: la coacción debe ejercerse bajo los presupuestos y de la forma que determina la Constitución que sea, globalmente considerada, eficaz, por las normas generales, establecidas de conformidad con la Constitución, que sean, de modo global, eficaces, y por las normas individuales eficaces. La eficacia se establece en la norma fundamental como presupuesto de validez» (KELSEN, 1984: 288).

⁸ HART, 1997: 110.

⁹ Sobre las diferentes funciones asumidas por la norma fundamental en la *Teoría pura del derecho*, véase VERNENGO, 1960, I-II: 220 y ss.

¹⁰ La función operativa no solo se indica por el nombre de regla, sino como en fragmentos en los que HART afirma, por ejemplo, que la regla se contiene en el sistema normativo (HART, 1997: 106) y que establece el criterio supremo de validez (HART, 1997: 107). Su identificación como un hecho y su operación normativa puede aprehenderse en dos dimensiones distintas del discurso. Desde el punto de vista externo, se trata de una constatación y, desde el punto de vista interno, se trata del reconocimiento de la validez de una norma del sistema (HART, 1997: 108).

¹¹ GUASTINI, 2005.

¹² BOBBIO, 1970. Así se pueden entender reacciones como la de Alf Ross (1982: 153 y 155) que se refirió a KELSEN como cuasipositivista.

¹³ RAZ, 1986.

Otros, como COLEMAN, ponen el acento en el aspecto *normativo*, señalando no solo un criterio de identificación de hecho realizado por los agentes, sino también el *deber* que estos tienen de seguir el criterio de reconocimiento¹⁴. Por su parte, BULYGIN ve en la regla de reconocimiento efectivamente una regla, pero de carácter constitutivo o definitorio, lo que haría que afirmar la existencia de un deber —al menos en el sentido prescriptivo— de obedecerla fuera equivocado¹⁵. Aquí no importa intentar justificar o reinterpretar las teorías de HART y KELSEN para dar sentido a este doble carácter, sino destacar que la ambigüedad acabó generando, entre sus seguidores, dos versiones de la tesis de las fuentes sociales.

Según la *versión débil*, la norma fundamental (o la regla de reconocimiento) es la simple constatación del hecho de que las fuentes dotadas de autoridad se identifican conforme a un determinado criterio. Según la *versión fuerte*, la identificación de las fuentes, de acuerdo con este criterio, sería el contenido de una regla obligatoria para los participantes de la comunidad. Y de aquí deriva otro punto ambiguo. En general, para los partidarios de la versión débil, el criterio identifica la autoridad y la obligatoriedad *de las reglas* (o *de las instituciones* que dictan las reglas), dado que la forma de reconocimiento es una cuestión de hecho que constituye el criterio. Si bien para los adeptos de la versión fuerte, en general, como el criterio desempeña una función normativa, entonces el que ostenta autoridad y obligatoriedad *es el criterio*, como regla jurídica de determinado contenido (aunque no establecida ni válida)¹⁶.

Esta divergencia (hasta este punto, menor) no afecta a la idea básica que ofrece la versión débil de la tesis de las fuentes, capaz de responder a la cuestión *E* anterior. Como el derecho se identifica por este hecho social contingente y la autoridad de las reglas proviene, en último término, *de quien* ordenó y *de lo que* fue ordenado, cualquier contenido puede ser contenido de reglas jurídicas válidas. De ello deriva la separación entre moral y derecho, es decir, que el contenido de las normas sea moralmente justificado no es elemento relevante para definir su juridicidad (*tesis de la separación*). Por tanto, la respuesta a la cuestión *D* es la siguiente: para conocer el derecho *no importa* cómo debe ser el derecho. Para muchos positivistas, en general escépticos respecto al cognitivismo ético, la respuesta a la cuestión *D* no importa, pues cualquier intento de proporcionarla sería el resultado de una valoración subjetiva del contenido del derecho.

No obstante, para que la separación entre *E* y *D* tenga éxito, el positivismo depende, además, de la *tesis de la objetividad de las fuentes*, según la cual al

¹⁴ COLEMAN, 1998: 381-426.

¹⁵ BULYGIN, 1991: 383-391.

¹⁶ Solo esta última distinción ya la toma HIMMA (2002: 128-129) como punto de inflexión entre positivistas incluyentes, que ven el criterio como dotado de autoridad, y positivistas excluyentes, que ven las reglas como dotadas de autoridad por el hecho de usarse el criterio.

menos parte del contenido de las fuentes debe poder identificarse claramente sin interferencia de consideraciones valorativas.

Con frecuencia esta tesis no se considera ni destaca como condición que caracterice el positivismo, más bien la considero un factor central, muchas veces implícito, que se califica como obvio. Esta engañosa impresión de obviedad esconde importantes discrepancias entre diferentes versiones de tesis positivistas, que se van a revelar decisivas, en especial, respecto a la afirmación de *E≠I*. Ahora no es el momento de problematizar sobre este aspecto, pues buena parte del argumento de este trabajo reside en sacarlo a la luz, de forma que, principalmente, en el apartado 5 del capítulo III se entenderá mejor su importancia.

Por el momento, utilizaré la concepción de objetividad estándar entre positivistas, expuesta por MARMOR, como la existencia de casos claros en los que las reglas derivadas de la fuente pueden entenderse y aplicarse de forma inmediata, *sin necesidad de recurrir a la interpretación*¹⁷. En este sentido, la respuesta a la cuestión *I* también sería simplemente «no importa», pues en aquello que conocemos y podemos justificar como conocimiento del derecho, la interpretación no interviene y no necesita intervenir.

En realidad, este «no necesita» es, ante todo, un «no puede» intervenir. Se trata de tejer un cuidadoso cordón de aislamiento. Justamente en la interpretación hay una referencia inevitable al contenido de las reglas (y no solo a la autoridad de quien las crea), de forma que hay un peligroso punto de contacto entre la cognición y la valoración (moral) de su sentido. Así, esta proximidad hizo que los positivistas se inclinaran por descartar el llamado «método hermenéutico» del romanticismo alemán¹⁸. Por ello, esta apertura de la interpretación a la valoración moral hace que los positivistas identifiquen las cuestiones *I* y *D*, al punto de que KELSEN enfrenta la interpretación como acto político, actividad que consiste en elecciones basadas en convicciones subjetivas, de forma que al derecho solo le interesa separar las elecciones auténticas (realizadas por autoridades) de las no auténticas.

Aunque entrar en el contenido de las normas ponga en peligro la tesis de la separación, los positivistas no pueden abdicar de la tesis de la objetividad de las fuentes. Esta también puede dividirse en dos versiones, a saber, débil y fuerte. La *versión débil* afirma que la identificación de las fuentes dotadas de autoridad es objetiva. La *versión fuerte* añade a dicha identificación de las fuentes la tesis de que parte del contenido promulgado también se puede identificar sin tener que recurrir a consideraciones valorativas. KELSEN, por ejemplo, defiende la versión débil, al afirmar, de forma metafórica, que las normas serían los marcos en los que cabrían distintas atribuciones de sentido e, incluso, atribuciones que

¹⁷ MARMOR, 2005: 96 y ss.

¹⁸ Véase Alf Ross, 1994 (cap. X) y KELSEN, 1984 (cap. VIII).

estuvieran fuera de él¹⁹. Por su parte, HART, en su crítica sobre el escepticismo relativo a las reglas resguarda al menos un núcleo de sentido para las normas, que trae instancias de aplicación objetivas²⁰.

Aunque busque seguridad contra la contaminación moralista mediante la abstracción del contenido de las fuentes, la tesis de la objetividad débil no es suficiente para sostener la tesis de la separación, pues es incapaz de conferir un mínimo de racionalidad al convencionalismo sobre las reglas.

Para ilustrar esta afirmación, suponga una comunidad que justifique jurídicamente sus acciones a partir de la forma que tengan las nubes (llamémosla comunidad nebulosa). Para tomar decisiones sobre cómo actuar, la fuente es clara y de fácil acceso: basta con mirar al cielo. Por lo tanto, se satisface la condición mínima de objetividad de la fuente. No obstante, su ininteligibilidad, al menos en el estado actual de conocimiento, la hace insuficiente para justificar de forma independiente las acciones.

La versión débil de KELSEN incluiría marcos de referencia de posibles instancias del contenido de las fuentes. En este caso, para una forma x de las nubes, algunos miembros de la «comunidad nebulosa» obrarían de modo y , tal vez la mayoría, otros de modo z , otros de modo s . Pero no habría un único caso claro de instanciación de cualquier forma x . Así, ¿podríamos tomar efectivamente esta respuesta como la descripción de una actividad de seguir reglas? Aunque la mayoría se comporte de forma convergente, en esta descripción no se tiene la percepción ni la posibilidad de adoptar una actitud crítica con relación al comportamiento guiado por las nubes, esto es, no hay un patrón pactado que permita a quienes interpretan x como y criticar el comportamiento de quienes hacen z o s cuando observan x . Quedan dos alternativas para el comportamiento crítico (racional) convergente en la comunidad nebulosa: a) se identifica algún vínculo objetivo entre las formas de las nubes y las conductas, en virtud de las creencias y los valores de la comunidad sobre la relación de la naturaleza con el hombre, en cuyo caso esta teoría o creencia sería la fuente de razones jurídicas para las acciones; b) o se eligen autoridades en el seno de la comunidad para que «interpreten» las formas de las nubes, situación en la que la convención de validez jurídica sería efectivamente sobre dichas autoridades y , en cuyo caso, b.1) el contenido mínimo objetivo de las reglas válidas se daría mediante decisiones reiteradas de estas autoridades sobre la forma de actuar en diferentes situaciones o b.2) el criterio socialmente identificado se reduciría a la voluntad de dichas autoridades, sin que exista la posibilidad de criticar racionalmente el contenido de sus decisiones.

¹⁹ KELSEN, 1984 (cap. VIII). En la misma línea RATTI (2008). KELSEN, cuando afirma que una norma de un escalón superior determina parcialmente el contenido de la inferior (por ello, la metáfora del marco), parece acercarse a la versión fuerte. Si bien, al asumir la posibilidad de que haya decisiones fuera del marco como parte de la atribución de competencia, esto es, al asumir que interpretar no es acto de conocimiento, se convierte de forma inequívoca en un autor de la versión débil (sobre su giro irracionalista, véase el apartado 3 del capítulo III).

²⁰ HART, 1997 (cap. VII).

En el caso «b.1» cabe la actitud crítica, pero se confunde con la versión fuerte de la tesis de la objetividad. En el caso «a» también cabe la actitud crítica, aunque a costa de la tesis de la separación, ya que la fuente no determina, en última instancia, el contenido. A su vez, «b.2» no se coaduna a la tesis que acepta la gran mayoría de los positivistas (al menos los herederos de HART y KELSEN), según la cual, en sociedades mínimamente complejas, el criterio de identificación de las fuentes implica una relación entre reglas de competencia y reglas de conducta (pedigrí o estructura escalonada). Si estas metarreglas partieran también de la observación de las nubes, sería imposible la convención o crítica racional sobre las fuentes mismas dotadas de autoridad. Este fue el argumento de HART contra el escepticismo absoluto sobre el contenido de las reglas que le llevó a una posición moderada.

De esta forma, el positivismo que se asienta en la tesis de objetividad fuerte de las fuentes cumple la tarea que se propuso: explicar de forma objetiva por qué sabemos lo que sabemos sobre el derecho. Hay un conjunto de reglas identificables socialmente a partir de las cuales se puede identificar un conjunto mínimo de acciones claramente prohibidas, permitidas u obligatorias. Los propios positivistas son conscientes de que esto significa restringir de forma drástica el objeto de conocimiento del derecho, pues se deja de lado la explicación de cuál es el contenido del derecho en los casos de penumbra, en los que el contenido de las reglas está subdeterminado (lagunas, vaguedad) o sobredeterminado (conflictos). En estos casos, ¿cuáles serían las razones jurídicas utilizadas para la acción? La respuesta de los positivistas se apoya, de nuevo, en la tesis de la objetividad de las fuentes: las autoridades objetivamente identificadas tienen poder para decidir esos casos, basándose incluso en razones extrajurídicas (*tesis de la discrecionalidad*). Una vez más, se evita entrar en el contenido y los criterios utilizados en la actividad de interpretación, abstrayéndose de cómo el intérprete o las autoridades, en estos casos, justifican jurídicamente las decisiones sobre la acción, para centrarse en el hecho de que se consideran decisiones jurídicamente justificadas sobre la acción, con independencia de su contenido, pues las adoptaron autoridades (no importa *cómo* se decide, sino el hecho de *que* son decididas).

En general, los positivistas clásicos enfrentan las cuestiones iniciales como $E \neq I = D$ y dan las siguientes respuestas apoyados en cuatro tesis (fuentes sociales, objetividad fuerte, separación y discrecionalidad):

E) *¿Qué es derecho?* Es el conjunto de las reglas que provienen de las fuentes sociales dotadas de autoridad según convención (*tesis de las fuentes sociales*).

I) *¿Cómo se interpreta el derecho?* No importa para su identificación. El contenido del derecho lo da el núcleo de sentido claro de las reglas válidas (*tesis de la objetividad fuerte de las fuentes*). Las autoridades determinan el

contenido de aquello que las reglas no indican de forma clara, incluso basándose en razones extrajurídicas como sus convicciones morales (*tesis de la discrecionalidad*). De esta forma, la interpretación en casos no claros se resume a elecciones arbitrarias sobre cómo el derecho debe ser, de modo que solo interesan las elecciones dotadas de autoridad, que crean reglas.

D) *¿Cómo debe ser el derecho?* No importa para el conocimiento o la identificación del derecho, solo para su crítica moral (*tesis de la separación*).

3. CRÍTICAS PRELIMINARES

Los ataques al positivismo o al esfuerzo para producir una teoría del derecho moralmente neutra provienen, como señala DICKSON, de tres líneas:

- i) La identificación moralmente neutra del derecho puede tener consecuencias morales indeseables (*tesis de las consecuencias morales*).
- ii) Los participantes ven el derecho como una práctica social moralmente justificada (*tesis de la justificación moral*).
- iii) Para comprender el derecho como práctica social es necesario atribuirle algún propósito, lo que implica valoraciones morales (*tesis de la valoración moral*).

La primera línea de ataque, aunque en ocasiones se presente con un ropaje descriptivo o conceptual, es más que un argumento resultante del análisis de la naturaleza de la práctica social una recomendación política a los teóricos del derecho, en el sentido de que la identificación del derecho debe tener en cuenta fines morales, pues, en caso contrario, se legitimarían, como derecho, órdenes inmorales. Este riesgo justificaría el compromiso del teórico del derecho con la defensa de una perspectiva moral capaz de producir consecuencias beneficiosas para la sociedad, lo que implica una teoría normativa que defiende cómo debe ser el derecho (es decir «debe ser que $E=D$ »), de forma que ejerza algún tipo de control sobre el contenido de los actos de autoridades.

Esta línea, que representa RADBRUCH²¹ y subyace a la controversia entre HART y FULLER²², ofrece un contraargumento a los positivistas en lo que se refiere al examen conceptual de la práctica. El argumento (i) implica reconocimiento implícito de la posibilidad de identificar un orden jurídico cuyo contenido entre en conflicto con un orden moral. Incluso la famosa fórmula de RADBRUCH se construye sobre una base positivista (es sabido que RADBRUCH superponía el valor seguridad jurídica a la justicia perfilando el positivismo hasta el punto de confirmar los horrores del nazismo): el derecho positivo deri-

²¹ RADBRUCH, 1946, 1947; HART, 1983 (caps. 2 y 16); RADBRUCH, 2006.

²² FULLER, 1958 (epígrafe VI), y HART, 1983 (caps. 2 y 16).

vado del poder constituido goza de primacía aunque sea injusto o falle a la hora de beneficiar al pueblo, a no ser que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable. ALEXY se acerca bastante a esta posición, al intentar conciliar la tesis positivista de las fuentes sociales con la pretensión de corrección moral, que estaría en la base de la relación comunicativa de las autoridades con los sujetos normativos²³.

La fórmula de RADBRUCH/ALEXY puede interpretarse de dos formas. O es contradictoria, pues establece dos criterios incompatibles como condición de validez (este es el tono, por ejemplo, de la crítica de BULYGIN²⁴). O reafirma el positivismo en su teoría de la validez, incluyendo tan solo consideraciones de orden político sobre el deber moral de no seguir normas válidas que sean gravemente injustas. De esta última perspectiva, los oponentes atacarían tan solo que la neutralidad positivista significaría omisión en el deber moral del teórico del derecho de criticar el orden como inmoral.

Si bien, en términos de moralidad política, los positivistas también dan una respuesta a este ataque, que articula muy bien SCHAUER²⁵, quien desarrolla el epíteto de HART sobre los riesgos de la moralidad inmoral²⁶ (*imoral morality*). La propuesta metodológica del positivismo igualmente puede defenderse atendiendo a sus consecuencias morales beneficiosas, en la medida en que la convención sobre las fuentes (convencionalismo) permite identificar con claridad el objeto de crítica moral. La expresión iusnaturalista «la ley mala no es ley» solo puede formularse, ante todo, por el hecho de que hay una convención sobre lo que es la ley²⁷.

El positivismo, al reducirse a ofrecer criterios de identificación de las reglas dotadas de autoridad, se pauta por una metodología que aporta más claridad y permite definir con más precisión las posiciones de los participantes en el debate moral en juego. Si confundimos una determinada defensa moral de la ley con el contenido de lo que la ley dice, entonces será difícil afirmar si dicha ley es o no inmoral o si produce o no consecuencias moralmente dañinas, lo que haría que el debate fuera opaco y permitiría, aquí sí, la afirmación de Estados

²³ ALEXY, 2010a.

²⁴ Véase la controversia entre Robert ALEXY y Eugenio BULYGIN en ALEXY y BULYGIN, 2005; ALEXY, 2010b, y BULYGIN, 2010.

²⁵ SCHAUER, 1996.

²⁶ HART, 1983 (cap. 2).

²⁷ DICKSON, 2001, critica la defensa que hace SCHAUER de las consecuencias beneficiosas del positivismo como «ilusoria» (*wishfull thinking*) y señala que incurriría en una petición de principio. Es decir, SCHAUER defendería que era preferible una teoría del derecho descriptiva a una normativa dadas sus consecuencias beneficiosas al permitir un debate sobre la moralidad del derecho más claro y preciso, como premisa para concluir que el derecho puede abordarse de forma descriptiva y no valorativa (que ya estaría presupuesta en la premisa). La crítica tal vez pueda adecuarse al contenido del artículo *Positivism as Pariah* (SCHAUER, 1996), pero realmente no hace justicia a la teoría del derecho que defiende (SCHAUER, 1998). El argumento de las consecuencias morales beneficiosas solo aparece en SCHAUER, en el conjunto de su obra, así como en HART, para contraponer incluso un argumento moralista al positivismo, que, para ambos, es retórico, no conceptual y está sujeto a contraargumentación también moralista y retórica.

autoritarios que violen de forma velada el derecho establecido en nombre de una pretendida moralidad superior. Así, cuando se cuestiona su valor moral, el positivismo lo defiende con base en un ideal democrático procedimental, inspirado por la tolerancia a cualquier contenido como contenido posible de derecho. De cualquier forma, para los positivistas, la cuestión sobre el mejor comportamiento ético y social de los teóricos del derecho no se confunde con el examen de la naturaleza de su objeto de estudio.

La segunda línea de ataque al positivismo (tesis de la justificación moral) la da la identificación de las cuestiones *E* y *D*, camino que, por ejemplo, sigue FINNIS²⁸.

FINNIS parte de la propuesta hermenéutica de HART, de modo que comprende la normatividad del derecho desde el punto de vista interno de sus participantes, que justifican su comportamiento a partir de la convención sobre la coordinación de dicho comportamiento mediante reglas. Si bien, uno de los aspectos importantes en este comportamiento, justamente desde el punto de vista de los participantes, está en la consideración de que, en líneas generales, valoran y atribuyen legitimidad moral a las normas que aplican y a las que están sujetos, o, como mínimo, de que la práctica social misma se considera que está moralmente justificada²⁹.

Este factor lo reconocen los propios positivistas. HART claramente da relevancia a este aspecto para explicar el fenómeno jurídico, al decir que, normalmente, de los sujetos que justifican sus acciones con base en reglas se espera un mínimo de adhesión o que haya un mínimo de compatibilidad entre el orden y las convicciones morales y políticas de la comunidad, pues en caso contrario sería difícil mantener aquella. HART no considera la moralidad una condición necesaria de validez, solo pondera que la absoluta incompatibilidad entre el orden y la moralidad de los sujetos tiende a producir la *pérdida de eficacia*³⁰. Es decir, la validez, en último término, está siempre vinculada a la existencia o no de la convención social manifestada a través del comportamiento crítico convergente, por ende, a la identificación de un *hecho social*. A su vez, Alf Ross define *norma vigente* como aquella que probablemente se aplicará a partir de la observación de la experiencia psicológica de los jueces, lo que no deja de estar informado por una determinada «ideología»³¹. Incluso KELSEN, al

²⁸ FINNIS, 1980.

²⁹ DICKSON incluye a FINNIS en la tesis de la valoración moral, pues FINNIS afirma que la valoración de lo que es importante para el derecho parte de la valoración de los propios agentes y, una vez que se sigue ese camino, no se puede evitar que el teórico adopte una posición valorativa del derecho. Este es básicamente el argumento de FINNIS en el capítulo I de *Natural Law and Natural Rights*. Para una presentación y crítica del argumento, véase especialmente DICKSON (2001: 38-49). Como la valoración en cuestión es la justificación moral de la práctica, prefiero tratar el ataque dentro de la tesis de justificación moral.

³⁰ PERRY, empero, defiende que la teoría del derecho del propio HART, en función de la justificación moral presente en el punto de vista interno, no pueda tenerse como descriptiva o no valorativa (PERRY, 1998).

³¹ Alf Ross, 1994 (caps. II y XVII).

alejarse del reduccionismo, asume, como mínimo, que la práctica social de cumplir normas esté *normativamente justificada* y la función operativa de la norma fundamental, como apunta BOBBIO, funcionaría como una legitimación o, como señala RAZ, esta normatividad cargaría una «ideología específica» de justificación del comportamiento conforme al orden establecido, es decir, como una razón objetiva para actuar³². El propio RAZ también asume que, necesariamente, hay una pretensión de *legitimidad moral* de las normas jurídicas, que, a veces falsa, es el punto de partida para explicar racionalmente la autoridad del derecho³³.

De esta concesión, *i. e.* de la *presunción* de los participantes de moralidad de las obligaciones jurídicas, FINNIS avanza la tesis de que el teórico del derecho tiene necesariamente que posicionarse sobre la *corrección* de esta comprensión reflexiva³⁴. Es decir, no basta entender el derecho como institución que ofrece razones para la acción, sino como institución capaz de ofrecer *buenas* razones para la acción según estándares de razonabilidad práctica que justifiquen moralmente esta forma de coordinación³⁵ (pues es así que los participantes la valoran). Esta reflexión sobre cómo se obtienen los beneficios comunes presumidos cuando el comportamiento se coordina según reglas, que consiste en la base última de la autoridad del legislador, formaría el significado central (*focal meaning*) del término «derecho». Si bien, es interesante señalar que FINNIS no apoya la tesis de que el iusnaturalismo, en particular su versión, esté necesariamente comprometido con la tesis «*lex injusta non est lex*»³⁶. Su criterio es que:

[...] la principal preocupación iusfilosófica de una teoría del derecho natural es, de esta forma, identificar los principios y límites del Estado de derecho y trazar el camino por el que leyes correctas, en toda su positividad y mutabilidad, deben derivarse (no usualmente deducirse) a partir de principios inmutables —principios que reciben su fuerza de su razonabilidad—, no de cualquier acto o circunstancia generadora³⁷.

Por tanto, FINNIS parece proponer que el núcleo de significado del término «derecho», dado por los estándares de razonabilidad práctica, debe ejercer una suerte de «control de derivación» de las normas del derecho positivo, a las que ve como resultado de la persecución de esos principios iusnaturalistas, lo que se acerca bastante a la idea de LEIBNIZ y al esfuerzo de juristas de su tiempo para «demostrar» las normas del derecho positivo a partir del derecho natural,

³² RAZ, 2002 (cap. II, epígrafe 7).

³³ RAZ, 2001: 215.

³⁴ FINNIS, 1980: 13-18.

³⁵ FINNIS desarrolla y discute ampliamente estos estándares de razonabilidad práctica en su obra sobre filosofía moral (FINNIS, 1983). Para una presentación resumida y comparativa con otras propuestas iusnaturalistas más recientes, véase BIX, 2002.

³⁶ FINNIS, 1980 (cap. XII).

³⁷ FINNIS, 1980: 351 (trad. libre).

trayéndolas para justificarlas mejor como parte de la actividad de interpretación³⁸. Así, el camino parece ser, en principio, la convicción de que el derecho es, en su sentido central, aquello que debe ser ($E=D$). No obstante, para identificarlo como tal, hay una actuación de la interpretación del material positivo, a partir de dicha justificación moral ($I=D$).

La respuesta positivista se limita a reafirmar $E \neq D$. El reconocimiento de que los sujetos consideran que la práctica de seguir reglas está moralmente justificada no implica que el teórico se posicione sobre su corrección o incorrección moral (*i. e.* si la práctica es buena o mala o si los sujetos normativos aciertan en su valoración, o incluso, considerar como derecho solo aquello que, según una determinada perspectiva, esté moralmente justificado). La legitimidad de la práctica de seguir reglas no depende de la efectiva legitimidad moral de estas. Tan solo, presupondría, para RAZ³⁹, por ejemplo, que los participantes *creerían* en la legitimidad de las reglas (la creencia de que las razones de las reglas, en general, son buenas o la creencia en que probablemente serán mejores, en general, si las siguen en vez de seguir sus propias decisiones). HART propone una versión aún más débil, en la que ni siquiera sería necesario creer en la legitimidad de las reglas y bastaría con creer en la legitimidad de la *práctica* de seguir reglas, en vez de no seguirlas:

Incluso la condición más débil de que, para que exista una regla social, tan solo basta que los participantes creen que hay buenas razones morales para obedecerlas es ya muy fuerte como condición general de existencia de reglas sociales. Pues algunas reglas pueden aceptarse sencillamente por deferencia a la tradición o el deseo de identificarse con otros o la creencia de que la sociedad sabe mejor que es lo que beneficia a los individuos. Estas actitudes pueden convivir con la percepción, más o menos real, de que tales reglas son moralmente cuestionables⁴⁰.

En el fondo, la justificación moral de seguir reglas puede entenderse en el sentido de justificación racional de la elección (autónoma) de la heteronomía, que fue justamente el desafío de los contractualistas, que dio lugar a concepciones que van desde el extremo hobbesiano, en el que prácticamente no hay restricciones a la soberanía⁴¹, hasta la afirmación de derechos humanos contra la autoridad del Estado. Así, al menos conceptualmente, la justificación de la coordinación por medio de reglas puede ser «hueca», en el sentido de que es *mejor* tener reglas que no tenerlas, y no presupone que las reglas deben ofrecer razones moralmente aceptables.

³⁸ Véase LEIBNIZ, 2008: 83.

³⁹ Este es el contenido de la *tesis de justificación normal* de la autoridad de RAZ. Para un examen crítico de las diferentes formulaciones de esta tesis en la obra de RAZ, véase SOUSA, 2012. Véase también HIMMA, 2005.

⁴⁰ HART, 1997: 257 (trad. libre).

⁴¹ Contra esta lectura de HOBBS, véase ZAGORIN, 2009.

La tercera línea de ataque (tesis de la valoración moral) está bien representada por la famosa polémica entre HART y FULLER, que se entabló en dos frentes, la afirmación $E=D$ y la afirmación $E=I$.

En el primer frente de ataque, $E=D$, FULLER parte de la tesis de la valoración moral, aunque busca reducir la atribución de un propósito al derecho a un mínimo aceptable incluso para los positivistas. Su siguiente paso es mostrar que ese mínimo de valoración para identificar el derecho está necesariamente vinculado a una justificación moral sustantiva de la práctica jurídica.

La asunción inicial es la de que el propósito básico del derecho es guiar la conducta por medio de reglas⁴². Para cumplir bien esta función hay una «moralidad mínima interna al derecho» (*inner morality of Law*), también llamada «principios de legalidad», según la cual las reglas deben ser: a) generales (para todos); b) públicas (los sujetos afectados deben conocerlas); c) abstractas (referirse a hipótesis prospectivas y no contener una regulación retroactiva); d) claras e inteligibles; e) libres de contradicciones; f) pasibles de cumplimiento; g) razonablemente estables (no pueden modificarse en todo momento); h) aplicadas de forma congruente por las autoridades⁴³. Hasta aquí, aunque los positivistas no asuman estos puntos como condiciones necesarias de identificación, es razonable aceptar que cuanto más cerca estén las reglas de estas características, mejor cumplirán su función de guiar la conducta. El propio FULLER reconoce que la satisfacción de estos requisitos es cuestión de grado, con excepción del de publicidad, y además admite que, en algunas circunstancias, un principio pueda exceptuar a otro⁴⁴.

No obstante, en este mínimo de moralidad, no hay propiamente una vinculación de la crítica moral con el contenido de las reglas. Además, el ejemplo subyacente a la discusión se encuentra en el derecho de la Alemania nazi que, aunque violara en gran medida varios de esos requisitos, este no es propiamente el motivo por el que lo condenamos moralmente. FULLER, empero, se esfuerza en vincular la violación de estos requisitos internos de moralidad a la «inmoralidad externa» del orden, esto es, un orden injusto y contrario al bienestar. El argumento de FULLER es complejo y se fundamenta en ejemplos de gobiernos autoritarios en los que la falta de claridad y publicidad o la retroactividad fueron mecanismos para ocultar injusticias (aquí el argumento se acerca también a la tesis sobre las consecuencias moralmente beneficiosas de órdenes que satisfagan los principios de legalidad). El problema está en la dificultad de mostrar una conexión conceptualmente necesaria entre la moralidad interna y externa, sintetizada en la tesis de FULLER de que «coherencia y el bien tienen más

⁴² Los positivistas aceptan este propósito mínimo. HART, además de aceptarlo como mínimo, lo postula como límite máximo: «*I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticism of such conduct*» (HART, 1997: 249).

⁴³ FULLER, 1969: 41-42.

⁴⁴ *Ibid.*

afinidad que coherencia y el mal»⁴⁵. Esta tesis se apoya en la creencia de que el deber de justificación de las decisiones frente a los mandatos forzaría a las autoridades a construir y operar en un orden basado o al menos que guarde coherencia con un buen plan, o mejor dicho, un plan moralmente bueno, con relación al que el orden serviría como instrumento.

HART observa que FULLER confunde las nociones de eficiencia de algo con relación a su propósito con la moralidad de dicho propósito⁴⁶. En verdad, en este aspecto se mezclan los tres tipos de crítica a una teoría moralmente neutra del derecho, la *valorativa*, la de las *consecuencias beneficiosas* y, por último, la *justificación moral del orden*, todas resultantes del hecho de que FULLER utiliza el mismo término, «bien» (*goodness*), en tres sentidos distintos.

FULLER parte de un mínimo de valoración moral basado en una noción de bien, que VON WRIGHT⁴⁷ llama «bien instrumental» (*instrumental goodness*). El bien instrumental es el *bien para un propósito* y tiene que ver con la eficiencia por la que algo se toma como un buen ejemplar o representante de su tipo (*good of its kind*). Un derecho que satisfaga los principios de legalidad de FULLER es un buen ejemplar de un orden cuyo propósito sea guiar la conducta. Con todo, el fracaso del orden a la hora de satisfacerlos no significa que sea un orden moralmente malo, solo un orden *pobre* o deficiente respecto a este propósito⁴⁸. Según VON WRIGHT, estos juicios son verdaderos o falsos, de forma que dicha valoración, por el momento, no implica una actitud moral. El otro paso de FULLER, cuando defiende que un orden conforme a los principios de legalidad dificultaría gobiernos malévolos, se sirve de la noción de *bien utilitario*⁴⁹, que tiene que ver con que algo sea beneficioso para alguien (*good for* o *good to have*). El orden acorde a los principios de legalidad sería no solo bueno en su propósito sino también beneficioso. Aquí sí la noción contraria al bien es el maleficio o lo perjudicial y hay una conexión con la noción ética de bienestar. Si bien la forma como FULLER vincula el bien instrumental del orden a su bien utilitario implica una ampliación de su propósito original, es decir, este no se limitaría a guiar la conducta, sino que consistiría en guiar la conducta hacia el bien común (tesis de la justificación moral del orden), con lo que se entra en una tercera noción de bien, a saber, el bien en el sentido de *bien humano* o *bienestar* (*good of men, welfare*)⁵⁰.

En este último paso, FULLER pasa a hacer una consideración metodológica y argumenta que el ideal de fidelidad a la ley, según su entender, que comparte el positivismo, solamente tiene sentido si el teórico asume una postura crítica

⁴⁵ FULLER, 1958: 636 (trad. libre): «*coherence and goodness have more affinity than coherence and evil*».

⁴⁶ HART, 1983: 350.

⁴⁷ VON WRIGHT, 1972.

⁴⁸ Sobre la distinción y calificación negativa del bien instrumental, véase VON WRIGHT, 1972a: 20-24.

⁴⁹ VON WRIGHT, 1972a: 41 y ss.

⁵⁰ VON WRIGHT, 1972a: 86 y ss.

sobre su justificación, o del bien pretendido, y no trata el orden jurídico como un dato externo, pues este constituye el producto del esfuerzo humano con sus valoraciones y expectativas⁵¹. Para FULLER, una lectura del positivismo no comprometida con este ideal de fidelidad a la ley no sería metodológicamente interesante, pues los positivistas exaltarían la neutralidad solo como un intento de enmascarar la prescripción de fidelidad⁵² (que BOBBIO llama positivismo ideológico):

En general, en lo que respecta a la *tesis de la valoración moral*, avanzada por FULLER y FINNIS (este último, cuando toma la justificación moral como una valoración de los participantes), el positivista señala que la observación de una valoración no implica necesariamente una valoración del observador, al menos no en el sentido de toma de posición moral o, como señala HART, «una descripción aún puede ser una descripción aunque lo que describa sea una valoración»⁵³. Pese a conceder que la teoría del derecho necesariamente valora la práctica al captar este aspecto valorativo interno, aquí no se trata, indefectiblemente, de valoración *moral*. Seguiría siendo posible responder cómo es el derecho, abarcando los valores reconocidos en el interior de esta práctica, sin formular una teoría normativa sobre cómo debe ser dicha práctica. DICKSON elabora bien esta distinción gracias a la noción de juicios valorativos indirectos (*indirectly evaluative judgements*)⁵⁴. Al escribir la biografía de alguien, a partir de sus propias valoraciones, puedo seleccionar, valorativamente, la importancia de un viaje al exterior, lo que sería un juicio valorativo indirecto, pero ello no significa necesariamente una toma de posición sobre si haber viajado o no fue bueno o malo para la vida de esa persona (lo que sería un juicio valorativo directo). De la misma forma, la selección de los aspectos importantes de la práctica que llamamos derecho, incluso, el hecho de que los participantes valoren el orden jurídico, en general, como moralmente justificado, no implica un juicio sobre el valor moral de dichos aspectos.

Además, FULLER ofrece un argumento importante contra la pretensión descriptiva, esta vez atacando la *tesis de la objetividad fuerte* de las fuentes sociales. La crítica se construye sobre la actividad de interpretación y su relación con la identificación del contenido de las fuentes, al afirmar que $E=I$, que, considerando que HART está de acuerdo con $I=D$, llevaría a $E=D$.

⁵¹ Como FULLER señala: «In this I believe he [Hart] is profoundly mistaken. It is his neglect to analyze the demands of a morality of order that leads him throughout his essay to treat law as a datum projecting itself into human experience and not as an object of human striving» (FULLER, 1958: 646).

⁵² FULLER acentúa este punto metodológico en el siguiente fragmento: «There is indeed no frustration greater than to be confronted by a theory which purports merely to describe, when it not only plainly prescribes, but owe its special prescriptive powers precisely to the fact that it disclaims prescriptive intentions» (FULLER, 1958: 632).

⁵³ HART, 1997: 244 (trad. libre): «a description may still be description even when what it describes is a valuation».

⁵⁴ DICKSON, 2001.

La tesis de valoración defendida por FULLER contiene la idea de que atribuir un propósito moralmente aceptable al orden jurídico está necesariamente presente, pues sus normas siempre deben interpretarse. El objetivo aquí es la lectura que FULLER hace sobre la concepción de lenguaje de HART, que permitirá identificar, según sus propias palabras, un núcleo de sentido y una zona de penumbra. FULLER atribuye a HART la tesis de que la objetividad de los casos claros de aplicación, identificables de modo inmediato, derivaría de ese núcleo de sentido de las palabras, mientras que la interpretación se dedicaría a los casos situados en la zona de penumbra de los términos que utilizan las reglas. Contra esta tesis, argumenta, apelando a la autoridad del segundo WITTGENSTEIN, junto a RUSSEL y WHITEHEAD, o al menos en una determinada interpretación que hace de estos autores, que la interpretación o identificación del sentido de los términos del lenguaje ordinario no puede dissociarse del contexto en el que son enunciados. En caso contrario, la aplicación irreflexiva del núcleo de sentido de un término en una regla podría generar absurdos, como aplicar la regla «Están prohibidos los vehículos en el parque» para retirar del parque un tanque de guerra desactivado que se encuentra allí en memoria a los soldados caídos. Aún cuando se tiene la impresión de que el propósito de la regla no se cuestiona al identificar su sentido, esta derivaría del hecho de que su propósito es obvio y no entra en conflicto con la orientación de la regla en una instanciación particular:

Si, en algunos casos, parece que somos capaces de aplicar la regla sin preguntarnos sobre su propósito, esto no sucede porque podamos tratar un directivo como si este no tuviera propósito. Sino porque, por ejemplo, si la regla quiere preservar el silencio en el parque o evitar que transeúntes despistados se lesionen, sabemos, «sin pensar» que debe excluirse un automóvil ruidoso⁵⁵.

Parece que FULLER, cuando se refiere a «saber el propósito sin pensar», habla de algún tipo de inferencia inmediata, en la que la razón para crear la regla determinaría, de modo evidente, la solución de dicha instanciación. El caso claro sería aquel en el que el propósito confirma el «núcleo de sentido» inicial de la regla, pero puede haber conflicto, como en el caso del tanque de guerra expuesto en el parque. Para FULLER, en estos casos, se aplica siempre el propósito, o mejor dicho, lo que cuenta como instancia de una regla lo da el propósito que se le atribuye y no un supuesto núcleo de sentido independiente de él.

El sentido de la regla está, por ende, determinado por su *contexto*, que, para FULLER, abarca tanto el propósito particular por el que se crea la regla como el marco normativo o la estructura de reglas en la que se incluye dicha norma⁵⁶. Esto significa que la identificación del derecho presupone su interpretación y

⁵⁵ FULLER, 1958: 663 (trad. libre).

⁵⁶ FULLER, «*Can it be possible that the positivistic philosophy demands that we abandon a view of interpretation which sees as its central concern, not words, but purpose and structure?*» (FULLER, 1958: 667).

ello implica la inclusión de la regla en una estructura más amplia, atribuyendo un determinado propósito al acto particular de enunciado de la regla, que sea coherente con el propósito general perseguido por el orden jurídico. En esta medida, la identificación del derecho presupone su valoración y una toma de posición sobre cuál sería el mejor propósito para el orden como forma de guiar la conducta de la comunidad hacia el bien común.

La crítica de FULLER no es propiamente fiel a la concepción de sentido de HART, que no se limita a un núcleo de significado prefijado para la palabra, con independencia de su uso, aunque muchos le atribuyan esta concepción. La crítica tampoco es fiel al segundo WITTGENSTEIN, que, al identificar el sentido con el dominio del uso de una palabra o expresión en una comunidad lingüística, con ello no quiere decir que una palabra sea ininteligible fuera de un acto concreto de habla.

Para el segundo WITTGENSTEIN, el significado y la referencia no constituyen un vínculo entre símbolos o imágenes mentales y cosas, sino que consiste más bien en una habilidad para nombrar objetos y utilizar enunciados de acuerdo con las reglas de uso lingüísticas en las situaciones apropiadas, habilidad esta que solamente puede aprehenderse si nos ponemos en el lugar de quienes usan los símbolos y utilizan los conceptos dentro de la comunidad lingüística (método de comprensión y empatía). En este sentido, para WITTGENSTEIN, la identificación y la explicación del sentido es social, no individual, *i. e.* no se trata de investigar un proceso mental individual de correspondencia o un objeto psicológico, sino de comprender las convenciones sociales sobre uso y utilización de símbolos y expresiones, o comprender el comportamiento de los hablantes de una lengua en sus actos concretos de habla como basados en reglas (juegos de lenguaje)⁵⁷. Así, el hecho de que abandonar el contexto o el propósito pueda generar absurdos en la interpretación del lenguaje no significa que sea imposible comprenderlo sin un contexto particular de uso por un emisor concreto⁵⁸. Volveré sobre este tema más adelante, para realizar un examen más minucioso. Sin embargo, cabe destacar, ya en este momento, que FULLER avanza aquí algo nuevo al tratar la tesis de la objetividad de los casos claros, o mejor dicho, al cuestionar en particular que dicha objetividad sería independiente de una valoración sobre los propósitos de la regla. Por lo tanto, Fuller no rechaza propiamente la posibilidad de que haya objetividad en la instanciación de determinados casos, sino que traslada la discusión de las reglas a los propósitos de las reglas, que aparecen como razones jurídicas para solucionar casos claros y también no claros.

La dificultad para el positivismo está en la forma indirecta de proponer la tesis de la valoración ($E=D$): si el derecho se identifica a través de la interpre-

⁵⁷ Véase WITTGENSTEIN, PI (§§ 185-242) y HACKER, 1996: 123-130.

⁵⁸ Véase SCHAUER, 1998: 59 y ss.

tación ($E=I$) y si esta actividad implica un posicionamiento de los participantes (y del teórico) sobre cómo debe ser la práctica ($I=D$), entonces las cuestiones $E=I=D$ requieren un esfuerzo de argumentación normativa y no de explicación descriptiva.

Como hemos visto, la tesis de la objetividad débil (objetividad de las fuentes) no es capaz de sostener, por sí sola, la tesis de la separación, de forma que la objetividad fuerte (identificación objetiva de parte del contenido del derecho) es crucial para el positivismo. No obstante, si la identificación de dicho contenido, sobre el que recae la pretensión de objetividad, exige interpretación, esto puede ser un problema, ya que, en esta actividad, la línea que separa la revelación del derecho y su revisión es muy sutil. La actividad de interpretación bien por parte de los operadores jurídicos, bien por la dogmática, implica la reconstrucción del ordenamiento, razón por la que los positivistas la tratan como actividad discrecional, que está fuera del campo «científico» (importa la elección que hace la autoridad, no el qué ni el cómo eligió).

No obstante, incluso la interpretación que los positivistas consideran discrecional constituye una parte importante de la actividad de la dogmática jurídica y, en la medida en que esta uniformiza criterios, puede transformar casos no claros en claros o, cuando busca adaptar el derecho a nuevas exigencias, puede transformar casos claros en no claros. Esto puede hacer que la presunción de existencia de base objetiva para el derecho sea controvertida. En definitiva, el producto del teórico sobre el derecho puede influir sobre los propios operadores cuya práctica observa el teórico y, así, transformar la práctica misma y lo que es el derecho.

BOBBIO experimentó con especial intensidad este drama representado por la incorporación de los mecanismos valorativos de la interpretación jurídica como fenómeno relevante dentro de la teoría de la validez de las normas, lo que motivó su giro desde el positivismo hacia una concepción *funcionalista* del derecho. Un artículo en concreto revela este momento, «*Sein*» and «*Sollen*» in *Legal Science*⁵⁹, en el que BOBBIO analiza las *Rechtssätze* de KELSEN y, relativizando el ideal de neutralidad (*Wertfreiheit*) para la ciencia del derecho, asume que hay una inevitable normatividad (presión normativa) que ejerce la teoría del derecho:

A pesar de la aguda división que la *Jurizprudenz* positivista delimita, por claras razones teóricas e ideológicas (división del trabajo entre los distintos actores jurídicos, separación de poderes, dogma de certeza), entre investigación *de iure conditio* (que llamamos revelación jurídica) y propuestas *de iure condendo* (que llamamos revisión), el paso de una fase a la siguiente es gradual y algunas

⁵⁹ BOBBIO, 1967. El texto final es una elaboración de un discurso que BOBBIO dio en la conferencia del IVR de 1966. Cuentan los presentes en dicho evento que BOBBIO llegó a reformular y dar tres versiones distintas del texto leído (comunicación personal con Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR).

veces imperceptible. Ningún sistema jurídico es estático: el trabajo de la *Jurisprudenz* sirve para mantenerlo en estado de equilibrio dinámico mediante el descubrimiento de nuevas normas y el descarte de otras antiguas. Hasta el criterio más aceptado para distinguir entre esos dos momentos de revelación y revisión, fundado en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, ahora parece frágil: los juicios de valor se producen, como veremos, en todas las fases de la investigación del jurista y no solo en aquello en que, situándose fuera de un determinado sistema normativo, propone nuevas reglas para un nuevo sistema⁶⁰.

El giro funcionalista de BOBBIO se basa en una crítica profunda al positivismo, que el mismo defendió durante mucho tiempo, que anticipa en puntos importantes la discusión metodológica que llegaría tras el debate entre *Hart* y *Dworkin*. BOBBIO constata lo siguiente: a) la interpretación está presente en cada acto de cognición del derecho realizado por el jurista; b) la interpretación implica la comprensión de actos sociales de legislación a la luz de un propósito identificado a partir de los signos lingüísticos de dichos actos; c) el derecho merece una constante redefinición para adaptarse a nuevas ideologías y situaciones. De esta forma, concluye que la identificación del derecho no puede ser parte del discurso descriptivo ni del prescriptivo, sino que está en un punto intermedio del discurso de «recomendaciones», cuyo contenido no dejará de estar informado por la reflexión del jurista sobre su función social. En términos metodológicos, la única alternativa vislumbrada por BOBBIO para una teoría descriptiva del derecho sería un inventario de posibles teorías del derecho informadas por diferentes atribuciones factibles o históricamente determinadas de funciones sociales a la práctica jurídica, lo que el teórico descriptivo colocaría en el nivel de la *meta-metajurisprudenz*⁶¹.

La crítica al positivismo a partir de la identificación de las cuestiones *E* e *I* es mucho más delicada que el intento de identificación entre *E* y *D*, pues lo alcanza en su punto débil: la tesis de la discrecionalidad. Es cierto que el positivismo cumple su función al explicar los casos claros en los que estamos de acuerdo sobre el contenido del derecho, pero el precio es elevado en términos de poder explicativo: en los casos no claros en los que la identificación del derecho no es inmediata, solo importa quién decide y no cómo se justifica el contenido de la decisión.

Se espera que la teoría construida para los casos claros sea útil para explicar el derecho en general, pero, como ironiza DWORKIN, el positivismo parece dejar fuera justamente los casos interesantes, aquellos que comportan discusiones jurídicas y que, con frecuencia, acaban en los tribunales. O mejor dicho, todos estos casos se explican por la amplia tesis de la discrecionalidad. Es difícil no admitir decepción con esta tesis, pues desentona de la forma como los participantes y operadores jurídicos ven la construcción interpretativa desarrollada en

⁶⁰ BOBBIO, 1967: 18.

⁶¹ *Ibid.*: 24.

la adjudicación: una actividad *racional* que, además, se basa en *razones jurídicas*, no extrajurídicas.

Esta incapacidad de tratar la racionalidad de la interpretación y adjudicación fue una de las debilidades de la teoría pura del derecho de Kelsen, que optó por la tesis de la objetividad débil, que acabó siendo arrastrada hacia el irracionalismo y voluntarismo radicales cuando su raíz positivista entró en conflicto con su raíz neokantiana⁶². Para HART, que solo entró de forma tímida en el contenido de las normas, defendiendo la objetividad fuerte de la tesis de las fuentes, son muchas las cuestiones que recibieron una respuesta insatisfactoria. Por ello, MACCORMICK, por ejemplo, ve su libro *Legal Reasoning and Legal Theory* como una suerte de complemento a la obra de HART, al desarrollar una teoría de la interpretación y argumentación compatible con ella. Para MACCORMICK «la aproximación positivista analítica a la teoría del derecho defendida por HART está abierta a discusiones, y fue cuestionada por la alegada incapacidad de dar un tratamiento satisfactorio al razonamiento jurídico, en especial, al razonamiento en la adjudicación»⁶³.

Así, la crítica de BOBBIO y FULLER plantea dos temas delicados e importantes relativos a la interpretación: i) se trata de actividad jurídica, *i. e.* tomada por los participantes como racional y fundamentada en razones jurídicas; ii) implica valoraciones, elecciones y atribución de propósitos al contenido de las reglas procedentes de las fuentes. Estas dos premisas llevan a identificar las cuestiones *E* y *D*, pues introducen, en la identificación del derecho, vía interpretación, la justificación moral de la regla y, en el paso siguiente, del orden jurídico mismo (la fundamentación de un plano justo y coherente, o comprensión del derecho dentro de su función social).

Hasta este momento, mientras la crítica apunta una inadecuación del positivismo para explicar la actividad de interpretación jurídica en general, el efecto es solo mostrar una insuficiencia (y no equívoco) del positivismo (o al menos de la tesis de la discrecionalidad), que puede completarse mediante una teoría de la interpretación junto con su teoría de la validez⁶⁴. El problema se va a agravar cuando esta línea de crítica se concentre en la actividad de interpretación que ejercen los *tribunales* y justamente en aquellos *casos claros*, pero moral o políticamente complejos. Aquí la conexión entre *E* e *I* se hace más fuerte. Cuando se dé este paso, se alcanzarán dos tesis fundamentales del positivismo: en primer lugar, la *tesis de la objetividad fuerte de las fuentes* y, en consecuencia, la *tesis de las fuentes* misma.

Si, para los propios positivistas, es en la actividad de adjudicación donde se observa la convención sobre las fuentes (son los jueces que consideran el con-

⁶² LOSANO, 1985.

⁶³ MACCORMICK, 1994: xiv.

⁶⁴ Esta es, en líneas generales, la propuesta de MARMOR (2005).

tenido de las fuentes vinculante para sus decisiones)⁶⁵, nada parece más legítimo que preguntarse cómo la comunidad interpreta y justifica sus decisiones con base en lo que consideran «derecho». Esta pregunta es peligrosa y no es sin ton ni son que la nueva página del debate sobre la teoría y la metodología del derecho, dentro de la filosofía analítica, empieza afirmando lo siguiente:

«Importa la forma en que los jueces deciden los casos»⁶⁶.

4. LA INTRIGA

La crítica de DWORKIN impactó en la teoría del derecho desde su primera formulación en *The Model of Rules*⁶⁷. El artículo discute la insuficiencia del tratamiento que el positivismo da a los llamados «principios jurídicos» mediante el criterio de *pedigree* (regla de reconocimiento), incapaz de captar la distinción conceptual entre principios y reglas, así como la importancia de aquellos en las decisiones de los tribunales. Esta crítica cobra fuerza en los artículos publicados en *A Matter of Principle*⁶⁸, en el que argumenta de forma más contundente que los principios jurídicos están necesariamente desprovistos de fuente. En este punto, la crítica ya fue suficiente para dividir a los positivistas en incluyentes y excluyentes. En *Law's Empire*⁶⁹, la crítica asume una dimensión metodológica más pronunciada, al transformar esta insuficiencia de la tesis de las fuentes en un verdadero equívoco sobre su papel en la identificación de lo que es el derecho, lo que entonces se generaliza al tratarse como erróneo cualquier intento de identificar criterios semánticos para el concepto de derecho, dado el carácter *interpretativo* de dicho concepto. Hay un salto importante desde la primera crítica al positivismo hasta la crítica general a cualquier metodología descriptiva en la teoría del derecho, pautada principalmente por la tesis de valoración moral. Sin embargo, hay una continuidad en la crítica ya que la evidencia usada por DWORKIN para señalar defecto en el tratamiento de los principios y caracterizar la profundidad de la discrepancia sobre los criterios de identificación del derecho es la misma: los llamados «casos difíciles» (*hard cases*). Ello permite una presentación unificada del argumento.

⁶⁵ KELSEN centra la noción de deber jurídico en el deber de los jueces de aplicar la sanción (llamado también «deber primario») de forma que, en último término, el ejercicio de dicho deber prueba la «eficacia global del orden jurídico en sus líneas generales» (KELSEN, 1984, cap. 28). HART también deja muy claro que la convención de la regla de reconocimiento se observa en la práctica de los tribunales: «*the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practiced in the law identifying and law-applying operations of the courts*» (HART, 1997: 256).

⁶⁶ DWORKIN, 1986.

⁶⁷ DWORKIN, 1996 (cap. 2).

⁶⁸ DWORKIN, 2001.

⁶⁹ DWORKIN, 1986.

4.1. En el plano de la teoría del derecho

Como puede verse, el positivismo se construye sobre la convicción de que, para el conocimiento jurídico, existe un *dato externo objetivo*, independiente de valoraciones morales. Esto nos permite conocer lo que sabemos sobre el derecho. Este dato externo se explica mediante la *tesis de las fuentes sociales* (hay una convención social sobre los actos normativos dotados de autoridad) y la tesis de su *objetividad fuerte* (al menos parte del contenido de las reglas se identifica de forma no problemática). Hasta aquí, no entran ni necesitan entrar en juego las consideraciones morales (*tesis de la separación*). Existen los *casos de penumbra*, donde la instanciación de las reglas no es objetiva y cuya determinación puede depender de elecciones sobre posibles atribuciones de sentido basadas en valoraciones morales. En estos casos, las autoridades que hacen las elecciones válidas sobre la instanciación, aunque estén basadas en criterios extrajurídicos (*tesis de la discrecionalidad*), identifican, o mejor dicho, determinan el contenido del derecho.

En un principio, DWORKIN centra su ataque en la inadecuación de la *tesis de la discrecionalidad* cuando se toma en serio la forma como los tribunales justifican sus decisiones. Señala que los tribunales recurren a ciertas razones, que toman como vinculantes, pero que son incompatibles con el criterio de *pedigree* que supone la tesis de las fuentes. Estas razones las dan los llamados principios jurídicos⁷⁰. La razón por la que DWORKIN cree que los principios no pueden tener *pedigree* es instructiva, pues rescata, en sus versiones fuerte y débil, el cisma que estaba latente entre los positivistas sobre la tesis de las fuentes sociales. Primero, DWORKIN interpreta la regla de reconocimiento positivista en su versión débil, *i. e.* como una afirmación de hecho (externa) sobre la práctica social que constituye los criterios de identificación de actos dotados de autoridad, para después criticarla, justamente por no comportar normatividad⁷¹. Enseguida, considera que un criterio de identificación de reglas válidas dotado de normatividad no podría comportar principios morales, pues no puede haber controversia sobre una convención, y el contenido de principios implica valoraciones morales controvertidas⁷² (es decir, se vería comprometida la *tesis de la objetividad débil de las fuentes* que, en apariencia, DWORKIN también suscribe al considerar las decisiones políticas previas como formadoras de un material *preinterpretativo*).

Si permanece adscrita a los casos de penumbra, la crítica no inquieta, pues solo dice que hay razones de decidir distintas de las razones jurídicas (que da

⁷⁰ DWORKIN hace una distinción conceptual o «lógica» entre principios y reglas y califica solamente los primeros como razones *prima facie* que hay que sopesar. DWORKIN, 1996 (cap. 2). No creo en la posibilidad de sostener esta distinción con base en criterios bien definidos (véase cap. 3, epígrafe 3.1), aunque esta realmente no es relevante para el argumento.

⁷¹ DWORKIN, 1996: 50-58.

⁷² *Ibid.*: 58.

el *pedigree*). No obstante, estas razones también se esgrimen en los casos que DWORKIN califica de «difíciles». Los *hard cases* estudiados por DWORKIN no son propiamente los casos de penumbra en los que el sentido de la norma no está claro, en función de la vaguedad, ambigüedad o dimensión valorativa de los términos utilizados en la regla. Antes bien, son casos en los que la regla con *pedigree* es clara, pero la solución que apunta es claramente injusta, inmoral o políticamente indeseable. El sentido de la regla apunta a una solución, pero principios de moralidad o de políticas públicas señalan la solución opuesta en aquella instanciación concreta. El punto relevante sobre la práctica de los tribunales es que, muchas veces, estos principios prevalecen sobre la solución que señala la regla con *pedigree* o, como mínimo, no se ignoran esos principios, que requieren un esfuerzo de contraargumentación, lo que muestra su carácter vinculante, incluso para los casos que los positivistas estarían dispuestos a calificar como *claros*. En esta fase del argumento, DWORKIN ya cuestiona la tesis de la *objetividad fuerte de las fuentes*.

Por lo tanto, existirían razones jurídicas que los tribunales consideran vinculantes aunque no satisfagan la regla de reconocimiento, de forma que su fuerza vinculante no puede explicarse mediante la tesis de las fuentes. Si bien, estos principios vinculantes y extrajurídicos son capaces de apartar razones jurídicas con *pedigree* en casos claros. Por ende, la fuerza vinculante de estos principios solamente puede explicarse por el mérito moral de su contenido. Sin embargo, si hay razones vinculantes para los tribunales cuya fuerza resulta de su mérito moral, las cuales compiten con razones de *pedigree*, entonces se ve comprometida la *tesis de la separación* entre derecho y moral.

El último paso es el ataque a la *tesis de las fuentes* misma. Como los principios, dado su contenido controvertido, no pueden formar parte de una convención objetiva sobre qué actos normativos manifiestan autoridad y cómo la razón indicada por el criterio de *pedigree* se cuestiona en los casos claros y manifiestamente injustos, esto significa que no hay una regla maestra aceptada por las autoridades para identificar las razones a las que los jueces puedan recurrir en sus decisiones⁷³.

Este ataque a la tesis de las fuentes pasa a ser el foco principal de DWORKIN en *Law's Empire*, que se presenta como «un libro sobre el desacuerdo teórico en el derecho»⁷⁴, y el argumento ya adquiere una dimensión metodológica. Si antes DWORKIN había pretendido mostrar el error de la tesis de las fuentes, ahora explicará la razón del error, ofreciendo, a cambio, una teoría del derecho que cree que es metodológicamente adecuada.

⁷³ La tesis de DWORKIN sobre el carácter eminentemente controvertido del comportamiento de los tribunales, incluso sobre los criterios de identificación de las razones jurídicas vinculantes como algo que imposibilita una convención sobre la regla de reconocimiento, ya aparece en DWORKIN (1984: 247).

⁷⁴ DWORKIN, 1986: 11.

La razón para el error estaría en la dolencia, que padecerían los positivistas, que DWORKIN llama «aguijón semántico» (*semantic sting*). Se trata de creer en la posibilidad de caracterizar lo que es derecho a partir de la identificación de criterios abstractos necesarios y suficientes para el uso del término «derecho» (concepción criteriología de sentido)⁷⁵. Esos criterios no pueden encontrarse en el limitado ejercicio positivista de comprender, desde el punto de vista interno, el derecho, justamente porque, para DWORKIN, los positivistas no llevan hasta sus últimas consecuencias la actitud hermenéutica que dicho punto de vista implica.

Aquí, DWORKIN desarrolla su versión de la *tesis de la valoración moral*. El punto de vista interno exige interpretar la práctica social y esto solo es posible si se le atribuye un propósito. El derecho es un concepto interpretativo, de forma que cada afirmación sobre la existencia de determinado derecho subjetivo presupone la valoración del propósito moral de toda la práctica jurídica y la defensa de una particular *concepción* de dicho propósito. La novedad es que DWORKIN discute los efectos del hecho de que este ejercicio interpretativo esté presente en la práctica de los operadores jurídicos. Juristas, abogados y, principalmente, *jueces*, al identificar o tratar cualquier derecho subjetivo, cuestionan o defienden concepciones divergentes sobre el concepto de derecho. Por esta razón discrepan en casos aparentemente claros según el criterio de *pedigree*: este corresponde a solo una de las posibles concepciones del derecho, esto es, sobre cuál sería el propósito de la práctica social.

Este punto es clave para comprender la discrepancia entre jueces a la que se refiere DWORKIN. Si la tesis es que los jueces discrepan sobre la convención que identifica las elecciones políticas previas creadoras de derecho, hay tres alternativas posibles sobre el foco de esta discrepancia: i) los jueces no consiguen identificar y discrepan sobre cuáles serían las elecciones políticas previas relevantes; ii) los jueces identifican de modo convergente las elecciones políticas previas como derecho, pero discrepan sobre si estas deberían aplicarse cuando se toman en consideración razones morales; iii) los jueces deciden basados en razones morales distintas de las elecciones políticas previas, bajo la creencia de que están aplicando el derecho. DWORKIN rechaza la primera alternativa, puesto que él mismo identifica un *material preinterpretativo* dado por decisiones políticas previas sobre el que actúa la interpretación que del derecho hacen los participantes. La segunda alternativa confirmaría la objetividad fuerte de la regla de reconocimiento, que DWORKIN claramente no comparte. Así, solo la tercera alternativa expondría de forma adecuada el significado de la divergencia entre los jueces.

Aquí entra en escena el carácter constructivo de la interpretación jurídica llevada a cabo por los tribunales, ya referida por BOBBIO, que pone en jaque

⁷⁵ *Ibid.*: 31-44.

la *tesis de la objetividad fuerte de las fuentes*, al menos de la versión que trata los casos claros como casos en los que la regla aplicable es clara y excusa interpretación⁷⁶. Existe discrepancia porque los tribunales, al identificar las razones jurídicas vinculantes en sus decisiones, no siguen un criterio semántico predefinido, sino que realizan una *interpretación constructiva de las decisiones políticas previas como justificadas por principios morales o políticos que reflejan una determinada concepción de lo que es el derecho* (o, como diría BOBBIO, de su función social). Si esta es la postura valorativa de los participantes y si este aspecto es relevante para la teoría del derecho, al captar su punto de vista interno, el teórico del derecho debe adoptar la misma postura valorativa. Ello porque, para DWORKIN, así como para los defensores anteriores de la *tesis de la valoración*, todo juicio de importancia sobre una valoración moral necesariamente implica una toma de posición moral sobre la práctica del teórico, de forma que es inadecuado cualquier intento de describir un acuerdo sobre criterios semánticos para utilizar el término «derecho» o una determinada concepción valorativa del derecho como si fuera la única.

4.2. El salto para el plano metodológico

La diferencia en la utilización de la *tesis de la valoración* con relación a sus antecesores está en que DWORKIN salta a un nivel superior al lenguaje (entra en lo que BOBBIO llamó *meta-metajurisprudenz*), para comparar y criticar diferentes concepciones de teorías normativas del derecho⁷⁷, que defienden un determinado propósito moral (entre ellas el positivismo ideológico, tratado, así como hicieran BOBBIO y FULLER, como teoría prescriptiva de la descripción), antes de bajar un nivel y defender su propia teoría *normativa* llamada «derecho como integridad»⁷⁸. Antes de describir este argumento de DWORKIN, quiero ilustrarlo, mediante un argumento análogo, pero más mundano, con el siguiente diálogo, para así aguzar la intuición sobre su malicia o astucia.

En la última planta del Edificio Agujón, propiedad del bufete Claro Abogados, el joven abogado, Ronaldo Íntegro, entra repentinamente en el despacho del socio fundador don Herbert Claro, que charla amistosamente con su oponente, don Juan Natural:

Ronaldo: *Herbert, ¡hay qué ver lo agresivo que está el mundo de la abogacía!*

⁷⁶ Más adelante, en el apartado 5 del capítulo III, veremos de nuevo el efecto de esta crítica en otra definición de «caso claro».

⁷⁷ DWORKIN, 1986 (caps. IV y V).

⁷⁸ *Ibid.* (cap. VI).

Herbert: *En efecto, y para mí es enormemente desagradable la idea de que los abogados se dediquen a estrategias de marketing en vez de ocuparse de conocer el derecho.*

Ronaldo: *Bueno, pero, al final un bufete es una empresa, ¿no?*

Herbert: *Sí, pero la relación con nuestros clientes se basa en la confianza que depositan en nosotros, o mejor dicho, en nuestro conocimiento del derecho. Esta historia del marketing en cierta forma corrompe esa relación.*

Juan: *Deberías escuchar al chico, Herb. Si no sigues a la competencia, Claro Abogados puede quedar desfasado —de hecho ya lo está, pensó.*

Herbert: *Lo dudo. Pero, ¿para qué exactamente nos has interrumpido el café? —dice girándose hacia Ronaldo.*

Ronaldo: *Tenemos que contratar a una empresa de publicidad para que construya nuestra identidad visual.*

Herbert: *¿Realmente es necesario?*

Ronaldo: *Por supuesto. Nuestro membrete, folder, carpetas, papel, web, todos nuestros documentos deben transmitir nuestro perfil, cualidades y visión sobre la abogacía, o al menos hacer que nuestros clientes nos vean lo mejor posible.*

Herbert: *Tranquilo, estás yendo muy lejos para mí. Ni siquiera creo que necesitemos cualquier tipo de publicidad.*

Ronaldo: *Ya. Pero, estás de acuerdo que tendríamos que utilizar el membrete en nuestras demandas, ¿no?*

Herbert: *¡Por supuesto!*

Ronaldo: *Entonces tenemos que contratar a un diseñador para que nos haga ese membrete.*

Herbert: *¿No basta con que escribamos nosotros mismos «Claro Abogados» en el margen de las demandas con los nombres de los abogados del equipo, como hacen todos?*

Ronaldo: *Bueno, yo no estaría tan seguro de que todos lo hagan así. En cualquier caso, tu sugerencia ya refleja una elección de identidad visual, que expresa austeridad y un toque de conservadurismo... Si ese es el mensaje de publicidad que quieres transmitir, aún así pienso que debemos dejarlo en manos de profesionales, que pueden hacer que el membrete transmita la mejor idea posible de austeridad y sea más persuasivo.*

La cuestión que en principio se suscita es si, en la confección del membrete (teoría del derecho) que identifique al bufete y sus miembros (derecho y sus

reglas), se debería o no recurrir al *marketing* para situar el bufete en la mejor posición de cara a los clientes (*justificación moral del derecho y sus reglas*). La respuesta de Herbert es «no». Juan Natural disiente y dice «sí». Con todo, la discrepancia entre Ronaldo y Herbert es muy diferente. Él no dice «sí», sino que discrepa de la cuestión misma. En su argumento, presenta la cuestión desde otra perspectiva. No se trata solo de cómo hacer que el membrete *identifique* al bufete y sus abogados de la mejor forma posible, lo que trataría de cuestiones sobre claridad y menor coste para el bufete, sino de cómo hacer que el membrete sea *el mejor vehículo para convencer a los clientes* de que aquel es *el mejor bufete dentro de un determinado perfil o tipo* que también hay que estipular (entre valores como austeridad, conocimiento técnico, conservadurismo, innovación, resultados positivos) como el más atractivo para los clientes.

Herbert acusa a Ronaldo de olvidarse de la cuestión inicial, *i. e.*, si debería o no recurrirse al *marketing* para diseñar el membrete. Para Ronaldo, la actividad de diseño del membrete presupone y ya es una forma de *marketing*. Este conflicto muestra una diferencia importante en cómo Herbert y Ronaldo ven del bufete. Herbert lo ve como una institución de abogados que actúa para defender causas de clientes. Para identificar ese conjunto de personas y su actuación como abogacía, el membrete no necesita decir si el bufete y sus miembros son competentes y cuál es su propósito. Por su parte, Ronaldo ve el bufete como una *empresa* que, por tanto, quiere atraer clientes. Esto significa que en cualquier relación particular de contratación (*adjudicación*) con sus clientes (*sujetos normativos*) el bufete (*derecho*) normalmente es y debe ser presentado de forma convincente sobre su calidad y la de sus miembros, es decir, se construye la mejor imagen posible del bufete como un todo. Si este es contratado en función de su mejor presentación posible, es inevitable que la actividad de identificación de la empresa (*teoría del derecho*) no forme parte del mismo discurso persuasivo sobre cómo debe verse el bufete en su mejor perspectiva, *i. e.*, no solo como una empresa, sino como la mejor empresa, con el mejor producto.

El artificio del argumento está en atraer a Herbert a ese nuevo marco conceptual, de modo que cualquier propuesta sobre el membrete de identificación, incluso la que niega que el *marketing* sea necesario, se entiende como una forma de *marketing*. La estrategia recuerda el juego infantil en el que quien habla primero pierde, incluso si dice «no quiero jugar», esto se entiende ya como un movimiento dentro del juego.

Para superar el positivismo, DWORKIN utiliza el mismo tipo de argumento que Ronaldo. Su argumento se basa en la combinación de la *tesis de justificación moral* con el encuadramiento previo de la teoría del derecho en un marco interpretativo que DWORKIN propone que es suficientemente abstracto y aceptable para la mayoría de los teóricos. Este marco «abstracto», que DWORKIN propone como agenda básica para cualquier teoría del derecho asume «tan solo»

que el «derecho» sería un *instrumento de control del ejercicio de la coerción por el Estado mediante decisiones políticas previas sobre cuándo dicho ejercicio sería legítimo*⁷⁹. Este sería el *concepto* mínimo e «incontrovertible» de derecho que las diferentes *concepciones* de derecho tienen que refinar⁸⁰.

Pero en el momento en el que *el derecho* es predefinido como «instrumento para algo», el propósito que debería estar abierto al debate ya está fijado, aunque sea de modo genérico. Más aún, una vez que se haya visto como uso «justificado» o «legítimo» de la fuerza colectiva, cualquier propuesta de *teoría del derecho* pasa a verse como una propuesta sobre cómo legitimar mejor (justificar moralmente) la coerción por el Estado (de forma análoga, en nuestra escenificación, si de antemano se considera que el membrete es una pieza de *marketing* de la empresa, cualquier membrete, incluso la simple identificación de los abogados, ya se interpreta como un mensaje publicitario). Dentro de este marco de referencia preestablecido, para DWORKIN, el positivismo, al proponer la presentación del derecho como el conjunto del contenido de las decisiones políticas previas (reglas), sin cuestionarse la moralidad política de dichas decisiones para legitimar la coerción, en realidad defiende una forma de legitimación de la coerción basada en lo que llama «*ideal de expectativas protegidas*». Este ideal estaría pautado por una determinada noción de legalidad, calcada en previsibilidad (seguridad jurídica) e igualdad procedimental (*procedural fairness*)⁸¹.

El convencionalismo ofrece una respuesta aparentemente atractiva a la cuestión. Decisiones políticas previas justifican la coerción porque y, por ende, solamente cuando estas proporcionan justo aviso, al hacer la ocasión de coerción depender de hechos claros accesibles a todos en vez de juicios *ad hoc* de moralidad política, que distintos jueces pueden hacer de forma diferente. Este es el ideal de expectativas protegidas⁸².

DWORKIN pasa, enseguida, a mostrar las razones por las que no sería una política eficiente para legitimar la coerción por los tribunales, lo que para HART era un despropósito, pues jamás vio su teoría como propuesta política sobre la forma de justificar los tribunales sus decisiones⁸³. Por esta razón, HART, al principio de su *Postscript*, no ve conflicto entre teorías con proyectos tan distintos y sitúa su propuesta como una teoría descriptiva del derecho (*theory of Law*),

⁷⁹ DWORKIN, 1986: 93: «we might understand law better if we could find a similar abstract description of the point of law most legal theorists accept so that their arguments take place on the plateau it furnishes. [...] Our discussions about law by and large assume, I suggest, that the most abstract and fundamental point of legal practice is to constrain the power of government in the following way. Law insists that force not be used or withheld, no matter how useful that would be to the ends in view, no matter how beneficial or noble these ends except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when collective force is justified».

⁸⁰ *Ibid.*: 94: «Conceptions of Law refine the initial, uncontroversial interpretation I just suggested provides our concept of Law».

⁸¹ *Ibid.*: 95.

⁸² *Ibid.*, 1986: 117 (trad. libre).

⁸³ HART, 1997: 248-250.

como institución en general, y la teoría de DWORKIN como una teoría normativa de un derecho particular (*theory of the Law*) que se dirige a justificar la actividad de adjudicación⁸⁴. En realidad, esta reacción subestima el ataque. Lo que DWORKIN hace, en este momento del argumento, es desafiar la metodología descriptiva misma y la posibilidad de separar la teoría del derecho de la actividad de adjudicación.

Puede percibirse que, aunque el encaje del derecho como «*legitimación del uso de la coerción por el Estado*» parezca neutro para la actividad de adjudicación, que efectivamente es un momento de uso de la fuerza colectiva que se legitima con base en decisiones políticas previas (de la misma forma que la persuasión sobre la calidad del bufete es un buen marco para comprender el momento de contratación), esto no sucede con relación a la teoría del derecho (o a la identificación del bufete como institución). La construcción interpretativa está presente en la actividad de adjudicación, en la que principios jurídicos juegan un papel importante y fue mérito de DWORKIN sacar este aspecto a la luz. Si bien, no está claro, en primer lugar, si la teoría del derecho misma tiene que verse como construcción interpretativa del derecho en su mejor perspectiva con base en principios morales que justifiquen las decisiones políticas previas (si el membrete debe convencer de que el bufete es el mejor) y, en segundo lugar, si esa construcción interpretativa debe partir del concepto de derecho propuesto como «*legitimación de la coerción por el Estado*» y no de otro concepto⁸⁵.

Por ejemplo, HART rechazó el propósito abstracto de DWORKIN y puso, en su lugar, el propósito de guiar la conducta mediante reglas⁸⁶ (el mínimo interno del que había partido FULLER para intentar vincularlo a una moralidad externa). En realidad, el propósito señalado por HART es menos una valoración que una caracterización del derecho como *institución que funciona de una determinada forma*, es decir, crea reglas de conducta (así como Herbert veía su bufete simplemente como una institución que asiste causas), lo que puede verse de modo independiente de su calidad moral (de la calidad del bufete).

DWORKIN no admite esa neutralidad (y aquí surge su versión de la *tesis de justificación moral del derecho*), pues ve el derecho como una *empresa colectiva que se justifica moralmente en cada acto de adjudicación* (lo que es distinto de entender el derecho como moralmente justificado). Los jueces empeñados en justificar la coerción a los sujetos de derecho (o los abogados empeñados en convencer a los clientes para contratarlos) necesariamente reconstruyen y deben reconstruir las decisiones políticas previas como derivadas de un propósito moral o político que se presente como legítimo (o presentar el bufete como el

⁸⁴ *Ibid.*: 240-242.

⁸⁵ En esta línea de crítica del concepto de derecho de DWORKIN propuesto como «*plataforma neutra*» de debate, véase DICKSON, 2001: 103-114.

⁸⁶ HART, 1997: 249.

mejor dentro de un perfil atractivo para los clientes) y que las justifica. Es decir, las decisiones previas se reconstruyen como buenas justificaciones para la coerción o, como mínimo, su instanciación está justificada como buena (por ejemplo, para proteger expectativas legítimas). Para DWORKIN, en la misma línea que FULLER, si la identificación del derecho en cada acto de adjudicación implica esa reconstrucción interpretativa, no hay como identificarlo en general sin comprometerse con el proceso. Por lo tanto, la actitud valorativa de los participantes, al implicar una justificación moral del derecho (de la coerción con base en decisiones previas), exige del teórico que la considera relevante, la misma actitud y compromiso con la misma práctica. Por ello, DWORKIN ve la filosofía del derecho como un prólogo silencioso en la base de cada acto de adjudicación⁸⁷.

De la misma forma, volviendo sobre la escenificación, cada propuesta de contratación tiene por detrás una determinada estrategia de *marketing*. La única cuestión para Ronaldo es si cada abogado debería usar la estrategia propia, o si *Claro Abogados* debería contratar a una empresa de *marketing* (teoría normativa del derecho) capaz de ofrecer un prólogo general unívoco y capaz de determinar cada contratación. El diálogo puede terminar así:

Herbert: *¡Eres increíble! Nunca he sido ni me he presentado como conservador.*

Ronaldo: *¡Entonces vamos a transmitir innovación! Me gusta esa perspectiva... pero también va a necesitar el trabajo de profesionales.*

Herbert: *Ya vuelves con lo mismo... no quiero convencer al cliente de algo que no somos. Solo necesitamos un membrete de identificación. No es nuestra función construir una identidad, nosotros simplemente la tenemos.*

Ronaldo: *¿Esto es de verdad una cuestión de hecho?*

Herbert: *Te aseguro que sí.*

Ronaldo: *Yo diría que nuestra identidad está en la forma como nos ven los clientes y ellos nos ven de la forma como nos presentamos. Por eso necesitamos presentarnos de la mejor forma posible.*

Herbert: *Amigo, ha llegado el momento de abrir tu propio bufete.*

Ronaldo: *En realidad, acabo de absorber el tuyo. Espero que no desconfes de mi integridad⁸⁸.*

⁸⁷ «Jurisprudence is the general part of adjudication, silence prologue to any decision at law» (DWORKIN, 1986: 90).

⁸⁸ Dentro de este propósito «neuro e incontrovertible» de legitimación de la coerción por el Estado fijado en la *Meta-metajurisprudenz*, DWORKIN construye su propia *Metajurisprudenz*, que defiende su concepción del derecho como *integridad* (*Law as integrity*). Como en este apartado estamos más preocupados con la crítica al positivismo y a la posibilidad de una metodología jurídica libre de valoraciones morales, no será necesario que entremos en la teoría del derecho como integridad. Más adelante, en el apartado 11 del capítulo

5. AL DÍA SIGUIENTE

DWORKIN dio nuevos tintes a las tesis de la *valoración* y la *justificación moral* como aspectos, no del derecho en general, sino de la actividad de *adjudicación*. Las valoraciones se presentan en la reconstrucción interpretativa del derecho por los jueces y, por medio de ellas, en cada acto de adjudicación, el derecho se justifica moralmente. Menos convincente es el vínculo entre la adjudicación y la necesidad de la propia teoría del derecho de asumir una actitud normativa de justificación del uso de la coerción por parte del Estado. Para que esta se produzca, la gran cuestión, que HART reconoce que no fue suficientemente tratada en su obra⁸⁹, está en comprender el papel que desarrollan los principios jurídicos en la interpretación, en particular, si esto afecta a una teoría de la validez (*¿E=I?*). El foco en la actividad de adjudicación es sensible para mostrar dicha identidad y, su consecuencia, como señala DWORKIN, será (*E=D*). En otras palabras, si los principios, además de participar en la reconstrucción interpretativa en la actividad de adjudicación, constituyen razones jurídicas válidas con fundamento moral y no social, entonces lo que es el derecho dependerá de un examen de su moralidad.

Los positivistas aceptan la evidencia de la que parte DWORKIN: para la fundamentación de decisiones se utilizan principios morales o de políticas públicas. Esta constatación también se da en el entorno del fenómeno jurídico particularmente relevante para los positivistas: es en la actividad de los jueces donde se constituye la convención sobre las fuentes dotadas de autoridad. De aquí surge su argumento. Como los principios son razones vinculantes para los jueces, pero no pueden satisfacer una convención sobre las fuentes, la única fuente de validez debe ser el mérito moral de su contenido. En cada acto de adjudicación están involucradas concepciones distintas sobre el propósito moral o político de las decisiones políticas previas y de nuestro deber de seguirlas. Los principios morales o de políticas públicas presentes en las decisiones cristalizan dichas concepciones e informan la reconstrucción de la historia político-jurídica como actos justificados dentro de una determinada perspectiva moral. Esto significa que principios de moralidad política están *necesariamente incorporados al derecho*. Esta explicación, además de implosionar la tesis de la separación afecta, por el carácter *controvertido* atribuido a los fundamentos del derecho, la tesis misma de las fuentes y, de esta forma, todo el edificio positivista.

¿Cómo explicar entonces la fuerza vinculante atribuida por los tribunales a los principios morales y de políticas públicas utilizados en la interpretación del derecho y la justificación de sus decisiones?

lo III, será importante comparar la versión aquí defendida de inclusivismo lógico con la concepción de DWORKIN. Por lo tanto, prefiero presentarla en el momento oportuno.

⁸⁹ HART, 1997: 259.

La respuesta que dan los positivistas *incluyentes* (también llamados *incorporacionistas* o *positivistas soft-core*)⁹⁰ consiste en admitir la posibilidad de que la regla de reconocimiento contenga criterios morales, además de indicar instituciones dotadas de autoridad para crear reglas. Con esta especificación en la tesis de las fuentes, la relación entre principios morales y derecho es solo *contingente*. Estos criterios de moralidad, eventualmente incorporados a la regla de reconocimiento, pueden ser condiciones positivas que generan *standards* de conducta o tan solo establecen límites (negativos) al uso de la autoridad por parte de la instituciones (e. g. «es derecho todo lo que una autoridad determine salvo que viole la igualdad entre los ciudadanos»). En último término, la convención social sería un hecho contingente que determina la presencia o no de criterios morales en la regla de reconocimiento, con lo que se rompe la premisa de DWORKIN de que necesariamente habría razones jurídicas sin *pedigree*, cuyo fundamento de validez dependería de la apreciación de su mérito moral. Por lo tanto, para los incluyentes, los principios son vinculantes si y porque son conformes con los criterios morales presentes en la regla de reconocimiento. Con esta salida, la teoría de la validez ($E=I$) abarca la actividad de interpretación y argumentación con base en principios, sin que, con ello, se permita el nexo $I=D$. La interpretación principiológica es jurídica porque se basa en criterios socialmente identificados, aunque con contenido moral, y se mantiene aparte la cuestión entre qué es el derecho y cómo debe ser. Es decir, podemos tomar el inclusivismo como una afirmación de $E=I \neq D$.

La respuesta de los positivistas excluyentes⁹¹ (también llamados *hard-core*) acepta que la fuerza vinculante de los principios se fundamente en su mérito moral, aunque rechaza que estos formen parte del derecho o constituyan razones jurídicas. Para estos autores, la existencia de razones morales que emplean los tribunales sin satisfacer la regla última de reconocimiento tan solo prueba la tesis de la discrecionalidad. Además, afirman que razones de fundamento moral *necesariamente no forman parte del derecho* y consideran la tesis de incorporación de criterios morales de validez inconsistente con la tesis de las fuentes. Es decir, el exclusivismo se apoya en la proposición $E \neq I = D$.

Así, la distinción entre *interpretativistas* (e *iusnaturalistas* contemporáneos), *incluyentes* y *excluyentes* está, respectivamente, en la *necesidad, contingencia e imposibilidad* de incorporar parámetros morales en la identificación de las normas válidas⁹². Mientras los incluyentes dejan lugar para la moralidad

⁹⁰ Entre sus representantes están HART (1994: *Postscript*), COLEMAN (2003), WALUCHOW (2003), HIMMA (2002) y MORESO (2002).

⁹¹ Entre los más destacados están RAZ (2001; 2002) y BULYGIN; véanse, en particular, los artículos de su polémica con ALEXY (BULYGIN, 2005; BULYGIN, 2010), MARMOR (2005) y SHAPIRO (2005).

⁹² WALUCHOW (2003: cap. 4). Puede encontrarse una presentación minuciosa de las distinciones entre inclusivismo y exclusivismo y apreciación de los argumentos y tesis a favor de una u otra versión del positivismo en MARMOR (2002) y HIMMA (2002). También es interesante la visión de DWORKIN sobre el debate en DWORKIN (2006: 187-222).

y su incorporación mediante los criterios de validez, los excluyentes reafirman las tesis del positivismo clásico y las desarrollan cerrando la posibilidad de incorporación, que, según HART, no estaba excluida en *The Concept of Law*⁹³.

Parte de los incluyentes considera que el exclusivismo falla ante la evidencia de las constituciones democráticas contemporáneas que positivizan derechos fundamentales⁹⁴, de forma que el inclusivismo ofrecería una explicación más razonable y adecuada de la práctica jurídica en dichas sociedades. Sin embargo, el fiel de la balanza en este debate no es la adecuación empírica, sino en qué medida la incorporación de criterios morales en la regla de reconocimiento es consistente con la tesis de las fuentes y sus presupuestos de objetividad (como mínimo, la objetividad débil, pero, preferiblemente, la objetividad fuerte). La cuestión es cómo sería posible una convención lograda en una práctica convergente que incorpore criterios morales, frente al carácter controvertido de la moralidad.

Con relación a los límites constitucionales que ofrecen los derechos fundamentales como criterios morales de la regla de reconocimiento, los incluyentes cuentan además con la autoridad de HART, que, en determinados fragmentos, hace la misma interpretación de esta regla. Así, por ejemplo, afirma que:

[...] no hay nada en mi libro que sugiera que los criterios fácticos dados por la regla de reconocimiento deban limitarse a cuestiones de *pedigree*, estos también pueden ser requisitos sustantivos del contenido de la legislación como la decimosexta o decimonovena enmienda a la Constitución norteamericana al respecto de la libertad de religión o acogiendo el derecho de voto⁹⁵.

Además, también en otros fragmentos, HART interpreta el principio moral de que «nadie puede beneficiarse de su propia torpeza», citado por DWORKIN en uno de sus *hard cases*, como identificado por el *pedigree*, *i. e. por el criterio* y no *como criterio*⁹⁶.

Hay dos problemas con relación a la interpretación de los derechos fundamentales como criterios de la regla de reconocimiento. El primero es que su contenido en las constituciones contemporáneas es de tal forma amplio y potencialmente conflictivo, al asegurar valores como la vida, la igualdad, la libertad, la dignidad, la seguridad, la legalidad, etc. que, prácticamente, no habría límite al dominio de razones morales susceptibles de figurar como fundamento de validez y, por ende, no habría propiamente una distinción entre razones morales y razones jurídicas como base de cualquier decisión a partir del dere-

⁹³ HART, 1997: 250.

⁹⁴ Por ejemplo, WALUCHOW (2003: 140-141 y cap. V) y MORESO (2007). Para ATIENZA y MANERO, tampoco el positivismo incluyente tendría poder explicativo suficiente para abarcar el derecho que se practica en las democracias constitucionales contemporáneas (ATIENZA; MANERO, 2006).

⁹⁵ HART, 1997: 250 (trad. libre).

⁹⁶ *Ibid.*: 265.

cho positivo. Asimismo, parece una evidencia clara que el derecho limita el dominio de razones morales posibles en una decisión, mediante normas jurídicas⁹⁷. En caso contrario, la regla de reconocimiento, en el límite, anularía el criterio de *pedigree*, pues podría reducirse a conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*)⁹⁸ como «El derecho lo dan las normas justas (buenas, correctas)» o, en el sentido de limitación material de competencia que ejercen los derechos fundamentales «Solo son válidas las normas justas (buenas, correctas) dictadas por la autoridad», lo que sería absolutamente incompatible con el positivismo. En este límite, tal vez fuera más adecuado abandonar el positivismo o usar una versión radical de la tesis de la discrecionalidad, como la de Kelsen: una invitación al voluntarismo.

El segundo problema es la confusión aparente entre normas constitucionales y regla de reconocimiento y, por detrás de todo ello, entre los lenguajes de la *Jurisprudenz* y la *Metajurisprudenz*. Las normas constitucionales se identifican como válidas, a partir de la *convención*, observada por el comportamiento de los jueces al identificar normas establecidas conforme la Constitución como vinculantes. La regla de reconocimiento es dicha convención. Esto significa que se reconoce la autoridad de los actos legislativos o creadores de normas según procedimientos determinados en la Constitución, lo que se confirma incluso cuando el contenido de las normas se cuestiona como inconstitucional. Los derechos fundamentales desempeñan un papel importante en el control de constitucionalidad del contenido de las normas jurídicas, pero el hecho de considerar normas como no válidas, por ser contrarias a un derecho fundamental, sirve para mostrar que los operadores jurídicos no las ignoraron ni pueden hacerlo. De esta forma hay que distinguir el término «validez» en el lenguaje objeto de los operadores jurídicos, así como de la dogmática jurídica (*Jurisprudenz*), del término «validez» en el lenguaje de la teoría del derecho (*Metajurisprudenz*). La búsqueda de criterios de identificación por la teoría del derecho no se confunde con proposiciones sobre validez o invalidez de una regla particular por un juez. La cuestión en el metalenguaje es en qué medida dichas proposiciones pueden enfrentarse como jurídicas (o basadas en razones jurídicas), según una determinada definición o concepto de derecho.

De esta forma, la perspectiva interesante de análisis tiene que ver con la consistencia de la tesis de incorporación con relación con la tesis de las fuentes. Los incluyentes argumentan que la incorporación es consistente y los excluyentes, que la incorporación es inconsistente, por lo que, tal vez, fuera mejor

⁹⁷ SCHAUER, 2004.

⁹⁸ En filosofía moral, principalmente en el debate sobre el no cognitivismo ético, hay una separación entre los conceptos morales según su grado de contenido descriptivo. Los conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*) son aquellos más generales con poco o casi ningún contenido descriptivo, como «bueno», «correcto», «injusto», «devido», etc. A su vez, los conceptos morales densos (*thick moral concepts*) tienen algún contenido descriptivo de determinados hechos generales sobre el tipo de comportamiento que puede calificarse por el concepto, como «cruel», «honesto», «diligente», etcétera.

denominar a estos últimos antiincluyentes (solo no lo hago porque, obviamente, argumentos contra la incorporación contingente también rechazan la tesis de incorporación necesaria de los interpretativistas e iusnaturalistas). Llamo la atención sobre el hecho de que, desde esta perspectiva, los argumentos incorporacionistas resultan más fuertes si restringen el tipo de criterios de moralidad que pueden incorporarse a la regla de reconocimiento a conceptos morales densos (*thick moral concepts*) como la prohibición de la crueldad, la libertad religiosa, el debido proceso legal. Extrapolar estos a todos los derechos fundamentales enunciados en las constituciones democráticas enfrenta los problemas ya referidos. Así, de la conclusión de la posibilidad lógica de incorporar algún criterio moral en la regla de reconocimiento, se debe tener cuidado de no identificar constituciones contemporáneas como *la* regla de reconocimiento.

Como el inclusivismo da lugar a la crítica interpretativista, con el objetivo de explicar el recurso de los tribunales a principios como razones jurídicas, solo quiero identificar los tipos de argumentos contra la consistencia de la incorporación. El exclusivismo, al no dejar ningún espacio, sigue teniendo el mismo problema del excesivo peso que coloca sobre la tesis de discrecionalidad, además, es incapaz de explicar de forma satisfactoria la actividad de interpretación jurídica (lo que, para los excluyentes, sería un proyecto distinto a una teoría de la validez).

Como mi objetivo es señalar un camino lógico-incluyente, que deje lugar para la interpretación y los principios en la teoría de la validez, no tengo que cargar con la necesidad de mostrar que una u otra vertiente del positivismo estaría «equivocada». Basta identificar las principales dificultades en el intento de incorporación.

6. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CONSISTENCIA DE LA INCORPORACIÓN

El primer obstáculo para la incorporación está en la ambigüedad de la regla de reconocimiento o la norma fundamental, que ya se ha señalado. Como hemos visto, en una interpretación, la versión débil de la tesis de las fuentes, esta puede reducirse a una descripción, desde el punto de vista externo, de un criterio que *de hecho* sigue la judicatura para identificar actos normativos como creadores de reglas jurídicas. Esta no sería propiamente una regla del ordenamiento y no impondría un *deber* a los jueces, como postula la versión fuerte de la tesis. En general, los excluyentes la ven de esta forma y DWORKIN también descartó en un principio la incorporación, justamente por este motivo. Valga decir que la autoridad de las reglas aplicadas se constituye por una práctica convergente, que puede describir un criterio, aunque, como dirían RAZ y BULYGIN, la regla de reconocimiento no es una norma que establezca el *deber* de cumplir los criterios mediante los que los jueces identifican el derecho. Si no es

norma con contenido de deber, sino un simple hecho de que reglas o actos creadores de reglas se identifican mediante un cierto *pedigree*, o una regla constitutiva, entonces no hay manera de incluir en ellas ningún deber de respetar determinados valores morales, como condición suficiente para crear reglas (por ejemplo, el principio de que nadie puede beneficiarse de la propia torpeza, como criterio moral, sería una condición suficiente para validar una serie de reglas en situaciones en las que se observa ese efecto) o como condiciones necesarias negativas para crear reglas (por ejemplo, una cláusula restrictiva que determina que son reglas válidas las normas conforme la constitución, *a no ser que* creen desigualdades injustificadas).

Para superar este obstáculo inicial, el positivista incluyente tiene que rescatar y fundamentar el carácter normativo de la regla de reconocimiento. En esta línea, COLEMAN distingue entre los *fundamentos* y el *contenido* de los criterios de validez. Las condiciones sociales fácticas para enunciado externo de la existencia de la regla de reconocimiento se refieren a sus fundamentos, pero el contenido de los criterios no tiene que ser necesariamente la descripción del hecho social que la fundamenta. La práctica constituye los criterios, pero su contenido puede ejercer, desde el punto de vista interno, una presión normativa sobre los agentes⁹⁹. Se descarta la idea de que esta *normatividad* del criterio sería resultado de acuerdo expreso, en general, por no ser plausible. La salida encontrada fue apuntar algún elemento de *mutuo compromiso* existente en la convención sobre las fuentes, a partir de la observación del comportamiento *independiente*, pero *convergente*, de la comunidad de jueces.

Una primera idea fue ver la convención como regularidad de comportamiento entre individuos para solucionar un *problema de coordinación*¹⁰⁰. Problemas de coordinación son situaciones que implican decisiones interdependientes de los agentes, en las que predomina, sobre todo, el interés en la convergencia de la decisión y hay más de una alternativa de equilibrio¹⁰¹. Por ejemplo, la convención entre conductores de circular por la derecha resuelve un problema de coordinación. Las elecciones de todos sobre el lado de la carretera son interdependientes y el interés mayor es que todos actúen siguiendo el mismo criterio, sea cual sea el lado definido, y hay más de una solución igualmente aceptable. El comportamiento convergente, en estos casos, no es solo un hecho, sino que trae una *presión normativa* sobre los agentes que participan en esta práctica. Al ser la convención sobre las fuentes la solución de un problema de coordinación, estaría justificada la existencia de presión normativa sobre el *contenido* de la convención, que, a su vez, estaría *fundada* en el hecho de la convergencia de comportamiento.

⁹⁹ COLEMAN, 2003: 88-107.

¹⁰⁰ COLEMAN, 1998: 381-426.

¹⁰¹ LEWIS, 2002: 5-24.

No obstante, la nota característica del modelo es que dichas soluciones son arbitrarias. La naturaleza arbitraria frente a varias alternativas de equilibrio hace inadecuado enfrentar la convención sobre las fuentes de derecho como la resolución de un problema de coordinación. En definitiva, la convención sobre las fuentes de derecho parece ser el producto de una elección basada en razones que fundamentan la preferencia por esas fuentes y no por otras. Ciertamente es que sustituir las fuentes de derecho no es como cambiar el lado de la calle para los conductores, pues el cambio podría provocar problemas en la convergencia de comportamiento¹⁰². Y esto es aún más probable cuando se pretende que la convergencia gire en torno no solo de la identificación de autoridades sino también de determinados valores morales, como quieren los incluyentes. El problema se agrava si pensamos la convergencia como un juego de repetición, pues en el modelo no hay ningún elemento que impida a los agentes cambiar de forma arbitraria la solución (aunque se pueda admitir el cambio de solución de circular por la izquierda y no por la derecha, no se sustituye fácilmente, por ejemplo, el compromiso de seguir la Constitución brasileña por el compromiso de guiarse por la Constitución francesa)¹⁰³.

Para burlar este problema, se puede tomar la convergencia sobre las fuentes de derecho como resultante de la acción cooperativa o colectiva intencional (*shared cooperative activity*). La convención sería resultado de una serie de acciones colectivas llevadas a cabo por miembros de un grupo con la intención de contribuir a un resultado común (efectuar un plan general a partir de la ejecución independiente, pero en cooperación con subplanes). De modo resumido, para que una acción sea cooperativa e intencional, según BRATMAN¹⁰⁴, es necesario y suficiente que cada participante esté comprometido con el resultado común (plan general), su papel esté entrelazado con el papel de los demás participantes (subplanes) y que haya un compromiso de apoyo mutuo y rendición de cuentas (*responsiveness*) en la realización de cada papel¹⁰⁵. SHAPIRO (positivista excluyente) adapta este modelo para caracterizar una estructura cooperativa que incluye una o más autoridades, con la sustitución de algunos elementos, como apoyo mutuo y *responsiveness*, considerados inadecuados en la relación entre autoridad y sujeto, además de la incorporación de la coerción como una «estrategia de *backup*» para asegurar el compromiso de actuación convergente. El siguiente paso es aplicarlo a la acción cooperativa de jueces para mantener un sistema unificado de reglas con estructura de autoridad (los jueces se comprometen a identificar las reglas de modo común y a resolver entre sí las disputas sobre la aplicación de los criterios). Con estas adaptaciones, SHAPIRO entiende que el modelo de acciones colectivas intencionales pueda explicar la naturaleza convencional no arbitra-

¹⁰² En este sentido, MARMOR (1998: 509-532) y SHAPIRO (2002: 387-441).

¹⁰³ SHAPIRO, 2002.

¹⁰⁴ Michael BRATMAN, 1999.

¹⁰⁵ La base del modelo la da BRATMAN (1999).

ria y estable de una estructura de autoridad, que comprende el deber de sus miembros con la estructura así organizada, *sin que sea necesaria* referencia a la moralidad¹⁰⁶.

Resulta irónico que la fundamentación de ese deber de seguir los criterios de organización de la estructura de autoridad, propuesta por un exclusivista, es la puerta de entrada al uso de criterios morales en la regla de reconocimiento, una vez concebida, desde el punto de vista interno, como actividad cooperativa intencional. La idea de SHAPIRO fue mostrar que es innecesaria la referencia a la moral para que haya compromiso con la estructura de autoridad. Pero para el inclusivismo, basta que la inclusión de principios morales no sea imposible, pudiéndose, en este modelo, reunir la cooperación en torno a una estructura de autoridad, pero con el objetivo de cumplir determinados criterios de moralidad. La dificultad en este tipo de construcción, aun cuando se limita a una estructura de autoridad, está en cómo extrapolarla a prácticas colectivas de gran escala y a la práctica jurídica *en general*¹⁰⁷. El problema tiene que ver con la idealización, presente en el modelo, del *compromiso* entre todos los implicados con la unificación del sistema de reglas y la posibilidad de resolver de modo uniforme y entrelazado las disputas sobre los criterios.

BONGIOVANNI *et al.*¹⁰⁸, por ejemplo, intentan explicar *cuándo y por qué* se incorporan criterios morales en la regla de reconocimiento tomada como acción cooperativa intencional. La respuesta ofrecida, tras críticas a las limitaciones de la sanción para asegurar la cooperación, está en la moralidad como factor *instrumental*. La cuestión pasa a ser cómo interpretar dicha instrumentalidad. Si esta significa correspondencia mínima entre reglas y moralidad, entonces no hay propiamente y no es necesaria la incorporación, pues esta sería una condición externa, más relacionada con la eficacia del criterio que con la inclusión de criterios morales (cabe recordar que la eficacia del criterio es justamente lo que se quiere explicar haciendo que la práctica sea convencional en el sentido de cooperativa). Sin embargo, dichos autores sitúan la moral como factor inherente, que posibilita la generalidad y la estabilidad de la cooperación en una práctica jurídica a gran escala. Formulan dos alternativas para esta incorporación:

[...] esta práctica intenta alcanzar un conjunto de bienes morales —su elemento teleológico—; o la moralidad forma parte del elemento intencional de la práctica, lo que significa su regla de reconocimiento, proporcionando directamente, de esta forma, razones sustantivas para cumplir las reglas jurídicas¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SHAPIRO, 2002.

¹⁰⁷ En este sentido, véase KUTZ (2000). En concreto, para una crítica del modelo de SHAPIRO para la práctica jurídica, véase BRÍGIDO (2010).

¹⁰⁸ BONGIOVANNI *et al.* (2009).

¹⁰⁹ *Ibid.* (2009).

La primera alternativa es una nueva versión de la *tesis de valoración*, que descartan los autores ya que el propósito atribuido a la práctica puede ser simplemente el de crear y mantener la estructura de autoridad como un bien en sí (en la línea de la respuesta de HART a FULLER). La segunda alternativa es la *tesis de justificación moral* con un nuevo ropaje. Más que ello, como los autores reconocen, el argumento lleva a una incorporación *necesaria* de la moral por el derecho¹¹⁰ y la insistencia de estos en la fuerza de la moral como elemento de cohesión y compromiso mutuo reverbera en la noción de integridad de DWORKIN, en particular en el espíritu de comunidad basada en principios de justicia¹¹¹. Por lo tanto, si la estructura de autoridad fruto de una práctica colectiva intencional depende de la moralidad de la cooperación intencional, la moral puede ser el factor de autoridad y no el hecho de la convergencia cooperativa.

Así, comprender la regla de reconocimiento como el deber de respetar el criterio de identificación, por fuerza de un *compromiso mutuo*, es problemático cuando pensamos en prácticas a gran escala. La solución analizada tiene como elemento y explicación del vínculo la moralidad misma de ese compromiso, es decir, propone que este atienda a un plano general cuyo contenido esté moralmente justificado para los participantes. La dificultad que señalan los antipositivistas resurge aquí: las «razones morales sustantivas» para el compromiso mutuo de seguir el criterio (que por ello se incorporan en el propio criterio) son, por su naturaleza, controvertidas.

COLEMAN admite la posibilidad de que existan controversias sobre los criterios de moralidad incorporados en la regla de reconocimiento, así como que la resolución de esas disputas pueda implicar apelaciones al propio propósito de la práctica social basadas en concepciones distintas sobre cuál sería dicho propósito¹¹². La cuestión que surge de forma natural, y DWORKIN no pierde la oportunidad de explorarla, es cómo conciliar dicha naturaleza controvertida con el carácter convencional de la práctica. Si no se lograra ese objetivo, el inclusivismo sería una teoría interpretativista, aunque no admita dicha denominación. La respuesta de COLEMAN reside en dos distinciones: primero, entre *grounds* (fundamento fáctico de la regla de reconocimiento) y *criteria* (contenido de la regla de reconocimiento) y, segundo, entre el *contenido* de los criterios y su *aplicación*. La regla de conocimiento se funda en el hecho social de convergencia. Pero la convergencia se construye a partir de una presión normativa en torno a determinados criterios, que pueden tener contenido moral. Además, puede haber discrepancia sobre cómo aplicar dichos criterios de moralidad incorporados a la regla de reconocimiento, lo que no significa que haya discordancia sobre el hecho de que tales criterios forman parte de ella. Por ejemplo, se puede discre-

¹¹⁰ «This second option is therefore substantially aligned with Coleman's conclusion, even though it looks much stronger because it assumes (as we argued) that morality cannot be easily dispensed with» (*ibid.*, 2009: 19).

¹¹¹ DWORKIN (1986: 189-190).

¹¹² COLEMAN (2003: 99 y ss. y 157-158).

par sobre cómo instanciar el concepto «libertad de expresión» sin que haya desacuerdo (por el contrario, presuponiéndose el consenso) de que de hecho la libertad de expresión es un criterio de moralidad presente en la regla. El carácter distintivo entre inclusivismo e interpretativismo estaría, de esta forma, en la creencia de los incluyentes de que los criterios identificados (aunque con instanciación controvertida) tienen fundamento en una convención social de hecho observada.

Si bien, DWORKIN quiere señalar justamente que el tipo de controversia entre jueces en torno a principios morales tiene que ver con los *fundamentos de lo que es derecho* (*the grounds of law*) y no solo *proposiciones sobre derechos* en particular (*propositions of law*), supuestamente basadas en un mismo fundamento. Por ejemplo, en la medida en que defienden concepciones distintas sobre la práctica jurídica, los jueces discuten efectivamente si la noción de libertad de expresión debe ser un criterio de validez. Resulta obvio que, para reafirmar el consenso sobre los fundamentos del derecho, el positivista incluyente puede reinterpretar este tipo de controversia y resituirla en la aplicación de concepto más abstracto, por ejemplo, como una discusión sobre la aplicación del criterio moral de *libertad*, en el que la libertad de expresión se opone a la libertad de ir y venir. Si la discusión es entre libertad e igualdad como criterio, esta puede tratarse como una divergencia entre cuál es la forma «más justa» de resolver la cuestión. No obstante esta estrategia de abstracción¹¹³, para situar la controversia como algo *intracriterio* y no *intercriterio* de identificación, puede llevar el universo de razones jurídicas al universo de razones morales y, o se adopta una noción de convención muy abstracta, en la que también la moral sea una práctica convencional del mismo tipo¹¹⁴ o se abandone la convención social como fundamento de validez.

MORESO propuso una línea nueva para explicar la naturaleza de la controversia sobre criterios de validez (*grounds of law*) que consiste en distinguir los desacuerdos genuinos de los no genuinos. Los acuerdos genuinos presuponen una base común, por ejemplo, una discusión sobre si un *escargot* está bien cocinado presupone que quienes debaten sobre el tema consideren el *escargot* comestible. Por otro lado, esta base común puede construirse a partir de la revisión de sus creencias en el curso racional de la discusión hasta identificar bases comunes (lo que sucede, por ejemplo, en el aprendizaje sobre la calidad del vino). Diferentes concepciones de derecho pueden revelar ideolo-

¹¹³ DWORKIN (2006: 191-194) desarrolla este argumento.

¹¹⁴ Este punto se aplica a la concepción de la convención como práctica colectiva intencional, cuando se pretende caracterizar la cooperación de forma abstracta y la estructura de autoridad depende solo del compromiso débil en coordinar el comportamiento y resolver entre sí las disputas entre criterios (como reflejo de *mutual responsiveness*). Así, DWORKIN toma la formulación de COLEMAN, según la cual «*it is a conceptual truth about law that officials must coordinate their behavior with one another in various ways that are responsive to the intentions and actions of others*» (COLEMAN, 2003: 98), como incapaz de distinguir el derecho de una serie de otras actividades socialmente coordinadas en el mismo sentido (DWORKIN, 2006: 196).

gías y metodologías distintas, sin que haya una base común, lo que no impide el acuerdo sobre proposiciones de derecho (la proposición de que está prohibido lapidar a la mujer adúltera puede ser verdadera en todas las concepciones o ideologías posibles como base de interpretación del derecho penal brasileño)¹¹⁵.

Si, para los excluyentes, este tipo de desacuerdo sobre fundamentos es no genuino, pues revela posibles actitudes opuestas sobre soluciones no comparables de modo racional, que se deciden por la elección entre una de las actitudes a partir de un acuerdo sobre la autoridad última competente (discrecionalidad), MORESO los ve como un proceso de búsqueda de una base común, que puede generar una revisión constante de la base presupuesta en cada cuestión jurídica. Por lo tanto, los desacuerdos sobre los fundamentos de derecho se ven como genuinos y solo la base común se revisa constantemente. La propuesta de MORESO es tan compleja como concisa y, si entendí bien su reflejo en la teoría del derecho (el artículo no parece preocupado en definirlo), la línea entre los incluyentes y el derecho como integridad es bastante tenue. La constante reformulación de la base común podría entenderse como una estrategia de abstracción, cuyo resultado ya señaló DWORKIN. Si bien, la base común no significa propiamente generalización de los criterios morales de validez y sí construcción y refinamiento de la base, a partir de un debate racional, lo que significaría

[...] una invitación a lidiar con nuestros desacuerdos como si fueran desacuerdos genuinos, como una invitación a revisar infinitamente los fundamentos del Derecho con la intención de encontrar un equilibrio reflexivo entre nuestras prácticas jurídicas y nuestras convicciones prácticas¹¹⁶.

No queda claro cómo esta base común inestable y cambiante puede preservar la tesis de *convención social* sobre criterios que incorporen parámetros morales ni si es esta la sugerencia de MORESO.

Como se ha visto, la incorporación de criterios morales de validez, aunque se admita un contenido de *deber* para la regla de reconocimiento, hace difícil mantener la tesis de la convención sobre las fuentes, por la naturaleza controvertida de esos criterios. El riesgo está en que las razones jurídicas se colapsen con las morales. La vía natural para evitar el colapso está en explicar cómo dicha convención establece una estructura de autoridad capaz de distinguir la práctica jurídica de la moral, camino que va a llevar no solo a no tener que recurrir a criterios de moralidad, sino a la incompatibilidad conceptual de estos con la idea de convención social.

Este es el camino que recorre RAZ para rechazar el inclusivismo, al discutir las implicaciones conceptuales de admitir la autoridad de las razones derivadas

¹¹⁵ Puede describirse esta posibilidad, como sugiere MORESO (2009) en un modelo de sobrevaloraciones.

¹¹⁶ MORESO, 2009: 71 (trad. libre).

de reglas. El argumento se construye en torno a la comprensión de nuestras decisiones prácticas sobre cómo actuar o decidir.

Antes de presentar el argumento, es oportuno referir una cuestión más intuitiva. Suponga que tenemos que tomar una decisión sobre cómo actuar en una determinada circunstancia. Para ello, decidimos a partir de una serie de razones (de naturaleza política, moral, intereses personales, etc.) a favor y en contra de un determinado curso de acción, de forma que la acción o decisión que se toma es el resultado de ese balance de razones. ¿Qué cambia cuando decimos que decidimos o actuamos según una regla, es decir, cuando apelamos a la autoridad de una regla?

Una primera tesis es que aunque el contenido de esa regla se base en las mismas razones de fondo que se aplican a la decisión del agente sobre una determinada acción, la regla tiene necesariamente que entrar en el proceso de decisión como razón *independiente* y adicional de las razones de fondo que justificarían actuar según la regla. Esta ofrece una razón para actuar por el simple hecho de *ser una regla* y el hecho de que una razón *sea el contenido de una regla* es independiente de la razón misma que es el contenido de la regla. En este sentido, podemos decir que la razón dada por la *regla* está dotada de autoridad. Es decir, entre las razones consideradas para actuar, incluyo aquella derivada de la regla de modo independiente, pero las demás razones pueden llevarme a creer que, aunque, en general, sea mejor seguir reglas que no hacerlo, tal vez en esa circunstancia sea mejor no seguirlas. Aquí, la autoridad de la regla se traduce en el hecho de que no podemos ignorarla en nuestras decisiones, aunque estas puedan suplantarla.

Otra tesis, más fuerte, es que, además de independiente y distinta de las razones de fondo que la podrían justificar, para que la regla esté dotada de autoridad, no puede ser simplemente una razón adicional en el proceso de decisión sobre cómo actuar, sino que tiene que *excluir* o *precluir* las demás razones en el proceso de decisión. Solo podemos decir que actuamos según la regla o «por causa de la» regla si esta no solo es independiente de sus razones de fondo, sino que excluye razones que podrían intervenir en el proceso de decisión. Esto significa que, sin la *preclusión*, la regla no puede ser efectivamente una razón *independiente* de sus razones de fondo. Ello porque, cualquier crítica al contenido de la regla en la definición sobre cómo actuar implica decisión y actuación conforme a las propias razones y no en función de la regla. Es decir, condición necesaria para que la regla tenga autoridad es que sea capaz de servir como disculpa (racional) para que no se actúe conforme a la mejor razón resultante de la ponderación.

Sin embargo, podríamos decidir sobre la adecuación de seguir o no la *razón* que ofrece la regla, a partir de una deliberación sobre la conveniencia de seguir reglas, esto es, añadiendo como razón *el hecho de que sea una regla*. En caso

de que se concluya la conveniencia de seguir la regla, se llega a la misma conclusión con razones adicionales a la razón ofrecida por la regla. El defensor de la tesis fuerte de la autoridad de las reglas rechaza esta alternativa, pues el «peso» de la regla en la decisión tendría que ver más con el valor que le atribuye el agente a la fidelidad a las reglas y, así, la acción final resultaría, no de la autoridad de la regla, sino del propio balance de razones por parte del agente, en el que contingentemente prevaleció el valor de fidelidad.

RAZ defiende la versión fuerte de la autoridad de las reglas, *i. e.* tanto la necesaria independencia de la regla con relación a las razones de fondo que la justifican, como la preclusión (*preemption*) del balance de razones¹¹⁷. Su tesis sobre autoridad parte de la concepción mediadora del derecho (*service conception*). RAZ considera una verdad conceptual la pretensión de legitimidad de la autoridad. Esta pretensión puede ser falsa, pero necesariamente existe, pues en caso contrario, no se podría sostener la autoridad del derecho. Si pretende esta legitimidad, entonces debe ser al menos *capaz* de tenerla. Para ello, el derecho y sus reglas deben ser necesariamente capaces de mediar entre los sujetos y las razones correctas que se apliquen sobre sus acciones. La racionalidad de esta mediación está en una decisión en el sentido de que los sujetos que se someten a la autoridad (creen que) probablemente estarán en mejor situación si siguen las reglas por ella creadas como vinculantes que si actúan con base en las propias razones (*tesis de la justificación normal*). No obstante, las razones que se aplican a sus acciones y decisiones son las mismas que justifican y están por detrás de la decisión de crear las reglas (*tesis de la dependencia*). De ello resulta que los sujetos no pueden, al mismo tiempo, seguir las reglas y seguir las razones de fondo de las reglas pues, en caso contrario, el derecho no podría ejercer su papel mediador. Esto significa también que una regla dotada de autoridad siempre debe ser identificable sin recurrir a una deliberación sobre las razones de fondo que habrían justificado su creación. Este último paso prueba la *independencia* de la regla con relación a su justificación y ya constituye un argumento contra la incorporación de criterios morales como *condiciones suficientes* de validez de reglas. Con relación a la *preclusión*, RAZ la considera esencial pues, en caso contrario, no sería posible distinguir las *reglas* de los meros *consejos* que entran en el balance de razones. Si el balance de razones incluye la conveniencia o no de seguir reglas, entonces se contradice la tesis de la justificación normal y la capacidad del derecho de asumir una función mediadora. En este último caso, también se excluye la posibilidad de que se incorporen criterios morales como *condiciones necesarias* de validez.

Por último, otro argumento relevante contra la incorporación se refiere a la *tesis de la diferencia práctica* (*practical difference thesis*)¹¹⁸. La base del

¹¹⁷ Véase RAZ (2001: cap. 10, 210-237). Para una discusión más completa de los argumentos y contraargumentos de los inclusivistas al respecto de esta tesis, véase HIMMA (2005; 2002).

¹¹⁸ SHAPIRO, 2005. Puede encontrarse una respuesta a la tesis puede en COLEMAN (2003).

argumento está nuevamente en la asunción mínima de que el propósito del derecho es guiar la conducta por medio de reglas. De ello, SHAPIRO deriva que las reglas deben, necesariamente, desempeñar algún papel *motivacional* relevante en las decisiones prácticas sobre cómo actuar. No obstante, si la regla es válida en función de su correspondencia a un principio presente en la regla de reconocimiento, entonces, en ningún caso la regla derivada o compatible con el principio moral hará diferencia práctica. Esta sería tan solo un indicador sobre las razones morales relevantes o el contenido de la regla de reconocimiento.

7. ¿QUÉ QUEDA DEL POSITIVISMO?

Como ya se ha advertido, la pretensión de esta sección expositiva no es posicionarse a favor de una de las opciones enfrentadas. En primer lugar, tan solo ha habido una concesión sobre la importancia de la crítica interpretativista (ya en BOBBIO y FULLER) de cuestionar la afirmación positivista $E \neq I$ (lo que no significa que se esté de acuerdo con la crítica). En segundo lugar, entendemos que el positivismo incluyente, en cierta manera, acepta $E = I$, dado que la identificación de las reglas válidas depende de la interpretación que se dé a los principios presentes en la regla de reconocimiento (véase la distinción de COLEMAN entre fundamentos de los criterios de validez, que es una cuestión de hecho, y la aplicación de esos criterios, cuya controversia se admite y exige interpretación).

En tercer lugar, como el inclusivismo incorpora la justificación de decisiones con base en principios como razones jurídicas, pero, aun así, pretende mantener $E \neq D$, pues esas razones serían jurídicas aun en función de la prueba de las fuentes sociales, intenté catalogar los principales argumentos en contra de dicha pretensión. Estos argumentos son de tres clases. La *primera*, intenta mostrar que la regla de reconocimiento es una afirmación sobre una convención de hecho. No se puede pretender ver en la regla un deber de seguir algún parámetro por interpretar y aplicar. Es la convergencia en la aplicación la que revela el criterio apto para identificar los actos creadores de normas como actos jurídicamente válidos. La *segunda*, intenta mostrar que la incorporación de criterios morales de validez, por su carácter controvertido, lleva inevitablemente al colapso entre derecho y moral. La *tercera* intenta mostrar que la incorporación de dichos criterios como fundamento de validez es incompatible con la obviedad de que las reglas tienen autoridad en nuestras decisiones prácticas.

Ahora cabe preguntar si, tras el enfrentamiento entre positivistas, queda algún rasgo común o si el calado de su desacuerdo, hasta entonces oculto, sobre el significado de la regla de reconocimiento y su relación con criterios morales, descarta cualquier posibilidad de conciliación.

La salida es generalizar sus tesis de forma que abarquen tanto a incluyentes como a excluyentes, pero evitando que la generalización vacíe su contenido de forma que ya no se permita distinguir positivistas de antipositivistas.

Tanto excluyentes como incluyentes creen que el derecho deriva de un dato externo: la convención sobre las fuentes. Esta fue la solución encontrada para permitir el conocimiento del derecho de forma independiente de consideraciones morales. Para que dicho dato externo cumpla esa función, debe tener un mínimo de objetividad, *i. e.* su identificación debe ser posible con independencia de nuestras creencias sobre cuál es o debería ser su contenido. Los excluyentes no consideran que la concepción de los incluyentes sobre dicha convención satisfaga ese mínimo. Sin embargo, los incluyentes creen que la separación entre las razones jurídicas y las morales sigue siendo posible, a partir de la convención, aunque esta se apoye en algunas razones morales. Esto, en la medida en que esas razones morales no estén predeterminadas para caracterizar la convención como jurídica, sino que sean el producto contingente de la convención.

Así, ambas corrientes, pese a que no están de acuerdo sobre las caracterizaciones que propone la otra corriente, creen y defienden que hay una determinación externa y contingente del contenido de las normas jurídicas, lo que queda claro en la máxima positivista «cualquier contenido puede ser contenido del derecho»¹¹⁹. Existe una realidad externa que, aunque se capte desde la perspectiva de los participantes, no se confunde con la perspectiva del observador. Esto es lo que permite comprender el derecho de forma valorativa, aunque moralmente neutra. Si esta determinación de contenido es contingente, ello significa que hay algún recorte en el universo de razones morales que pueden utilizarse de forma válida en nombre del derecho¹²⁰. Por lo tanto, el aspecto crucial para el positivismo jurídico no es si autoriza o no el uso de principios morales como razones jurídicas válidas, sino *la posibilidad de identificar, de forma objetiva, las razones morales que efectivamente apoyaron las elecciones dotadas de autoridad*. RAZ expresa este mínimo en el siguiente fragmento, lo que muestra la compatibilidad de esta tesis general con el exclusivismo:

El *insight* presente en la tesis de las fuentes es la importancia de la distinción entre aquellas consideraciones morales (válidas o inválidas) que recibieron el apoyo público dotado de autoridad y aquellas que no lo recibieron¹²¹.

De esta forma, tenemos dos tesis mínimas:

a) El derecho es una práctica social que, de alguna forma, limita el universo de razones morales disponibles para resolver conflictos y justificar acciones.

¹¹⁹ GARDNER, 2001.

¹²⁰ SCHAUER, 2004.

¹²¹ RAZ, 2001: 249 (trad. libre).

b) Una convención social contingente sobre una determinada estructura de autoridad define el dominio de razones jurídicas, de forma que para el derecho no hay contenido necesario predeterminado, con un fundamento independiente del hecho de derivar de la convención.

Lo que el positivismo excluyente no admite es que el recorte o apoyo de parte de las razones morales como razones jurídicas sea, por sí mismo, un criterio de validez, pues o no puede observarse o comprometería la objetividad de la observación. En otras palabras, el recorte de razones morales no puede producir o restringir la producción de reglas, pero es, *él mismo, el resultado de las reglas derivadas de la convención social*. Esta es la intuición que pretendo seguir para conciliar con el positivismo el uso de las razones morales, sin *pedigree*, como jurídicamente válidas.

CAPÍTULO III

INCLUSIVISMO LÓGICO-JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN

Ya se ha señalado en el capítulo anterior que una de las grandes cuestiones relativas al debate contemporáneo sobre la neutralidad de la ciencia del derecho se refiere al papel de los llamados *principios jurídicos* como razones vinculantes en la reconstrucción interpretativa que, del ordenamiento, hacen los juristas y operadores jurídicos.

Desde el principio, parece surgir una dificultad por la equivocidad del término «principio jurídico». La mejor forma de evitarla es simplemente apelar al sentido común de los juristas. No utilizaré una definición o criterios de identificación de principios jurídicos capaz de separarlos de la clase de las reglas o normas como parámetros de conducta conceptualmente distintos, sencillamente porque no creo en sus posibilidades de éxito.

Primero, porque se usan diferentes expresiones («principios constitucionales», «principios fundamentales», «principios implícitos», «principios de derecho natural», «principios sistemáticos», «principios de interpretación») para referirse de forma cruzada e imprecisa a objetos distintos (derechos fundamentales como *dignidad humana*; enunciados de políticas públicas como «*función social de la propiedad*», criterios generales de interpretación y resolución de conflictos como *lex posterior* o *interpretación restrictiva de excepciones*; elementos de interpretación o valores específicos de determinado dominio, como la *buena fe* o la *voluntad de las partes*, en el derecho privado, y la *legalidad estricta*, en el derecho público; esquemas de argumentación o *topoi* de la *praxis* jurisprudencial como «lo accesorio sigue a lo principal»; reglas de moralidad como la de que «nadie puede beneficiarse de su propia torpeza», criterios de

ponderación para decidir como el *principio de proporcionalidad*; instituciones o conceptos abstractos de derecho de los *pandectas*, etc.). Como destaca GUASTINI, no se pueden reconducir los principios a una categoría unitaria dada por criterios precisos cuya extensión coincidiría con las diversas directrices que los juristas, en general, están dispuestos a llamar principios¹. A continuación tratamos brevemente algunas sugerencias en este sentido:

a) *Positivación*: los principios serían normas no positivadas, mientras las reglas serían normas positivadas. Resulta inadecuado dada la positivación de los principios en las constituciones contemporáneas y legislaciones que los incorporan para «delimitar la interpretación».

b) *Grado de abstracción*: los principios, a diferencia de las reglas, serían fórmulas abstractas o vagas que no definirían una conducta particular. Es inadecuado no solo por la vaguedad del criterio mismo, sino también por el carácter general de las reglas jurídicas, que pueden referirse a tipos genéricos de acciones o a definiciones bastante abstractas de conceptos. El criterio acaba diluyéndose en la distinción de que los principios son «más generales» que las reglas, en algún sentido no muy bien definido.

c) *Grado de importancia de la norma en el sistema jurídico*: los principios serían las normas que fundan las reglas. Si esta importancia tiene que ver con el criterio jerárquico de las fuentes, entonces, además de restrictivo, sería superfluo (bastaría hablar de principios constitucionales o derechos fundamentales, cláusulas de intangibilidad). Si tiene que ver con la importancia de la norma desde el punto de vista social, el criterio es vago. Puede tener que ver con su capacidad para justificar o dar razones para el contenido de otras normas del ordenamiento. No obstante, como hay principios que son más generales y explican otros principios (libertad con relación a la libre de expresión), algunos principios quedarían fuera, salvo que se utilizara un término vago para referirse aquellos que explican una «buena parte» de las reglas.

d) *Estructura categórica*²: los principios serían normas categóricas. Resulta inadecuado, porque no solo hay normas categóricas como la de «se prohíbe matar», sino que también hay principios de estructura condicional o que pueden enunciarse de modo condicional «si alguien obra de forma torpe, no puede beneficiarse del resultado de esa acción», que es el sentido de «nadie puede beneficiarse de su propia torpeza». Con este criterio de distinción, se puede querer aludir al carácter abierto o genérico de las condiciones de aplicación, en contraposición al carácter cerrado de las condiciones de aplicación de las reglas, *i. e.* se especificarían todas las condiciones necesarias y suficientes

¹ GUASTINI, 1996.

² Para una discusión más completa de las distintas propuestas de separación conceptual entre normas y principios, véase ZORRILLA (2007). ZORRILLA, al final de su análisis, toma los principios como normas categóricas, lo que es insuficiente y sobreinclusivo, aunque es muy consciente de las limitaciones y considera el criterio solo como un intento.

de aplicación de las reglas, lo que desemboca en la pretensión de distinción siguiente.

e) *Razones prima facie y ponderación*³: las reglas jurídicas ofrecerían razones definitivas (necesarias y suficientes) para la acción, aplicables mediante la presencia de las condiciones en ella previstas, mientras que los principios ofrecerían razones *prima facie*, de forma que las primeras entran en relaciones de contradicción, mientras que los últimos no se contradicen, aunque implican una «dimensión de peso». Este criterio es, por sí solo, polémico, al tocar en el difícil tema de la derrotabilidad de las normas frente a los principios (tema que trataremos *infra* en el apartado 13). De todas formas, las reglas jurídicas también pueden tomarse *prima facie*, pues sus razones pueden apuntar soluciones distintas de razones presentes en otras reglas en circunstancias específicas, que llevan a un refinamiento de las condiciones de aplicación de una u otra, sin que sea necesario derogar una de ellas, de modo que la operación de ponderación puede reducirse a la operación de refinamiento⁴. La operación de calificación de las condiciones de aplicación de las reglas puede basarse en argumentos similares a los utilizados en la ponderación para definir la preferencia de la solución especificada por una u otra regla. De la misma forma, si los principios son *prima facie* y capaces de derrotar reglas jurídicas en circunstancias específicas, como asume DWORKIN, se debe concluir que las reglas mismas también lo son, lo que suprime la pretendida distinción.

f) *Mandatos de optimización*⁵: los principios establecerían valores o finalidades que se lograrían por los medios capaces de maximizar su atención, mientras que las reglas serían órdenes de acción. No obstante, hay directrices de optimización que se consideran reglas, como reglas constitucionales programáticas (salario mínimo, atención del sistema de salud) o reglas que establecen los objetivos de agencias sectoriales (precios módicos para el servicio, universalización de los centros de atención). Por otro lado, aunque parezca que principios que enuncian políticas públicas encajan como mandatos, esto no sucede con derechos fundamentales, cuyos representantes normalmente se consideran principios (por ejemplo, no puede violarse la libertad de expresión y, con relación a un individuo, no hablamos de protegerla en mayor o menor grado, *i. e.* no se tiene derecho a un grado de libertad de expresión, esta es una garantía cuya violación puede o no reconocerse en un caso).

Cada uno de esos criterios podría sufrir reformulaciones y calificaciones, para intentar adaptarse a las críticas brevemente realizadas y generar un rico debate, máxime en el campo dogmático constitucional, normalmente en defen-

³ Esta es la propuesta de DWORKIN (1996: cap. 2).

⁴ Remito al lector a MARANHÃO (2004, 2006 y 2012), donde se trata el tema en detalle. Véase también MORESO (2003).

⁵ Esta es la propuesta de ALEXY (2008).

sa de una determinada concepción sobre conflictos entre normas constitucionales.

No es necesario entrar en ese debate, pues nuestro objetivo es simplemente mostrar las consecuencias que, para la teoría del derecho, tiene el hecho de considerar que, en el proceso de interpretación, normas jurídicas son el resultado de actos racionales de promulgación, de forma que se justifican en otras normas o directrices más generales. Por lo general, dichas directrices generales que justifican la creación de normas coinciden con lo que los juristas están dispuestos a denominar principios, que usualmente enuncian valores morales u objetivos de políticas públicas.

Aunque no haya definición criteriológica de sentido para el término «principio», basta asumir lo que ya sabemos: que los juristas saben señalar directrices que son típicas formulaciones de lo que llaman «principios jurídicos». Estos *normalmente* se encuentran en las constituciones democráticas contemporáneas, *normalmente* son «muy importantes social y sistemáticamente», *normalmente* son vagos y genéricos, *normalmente* tienen condiciones abiertas de aplicación, *normalmente* se resuelven por ponderación y, al menos para una clase importante de ellos, *normalmente* pueden satisfacerse de forma gradual (maximización).

Hecha esta aclaración, este capítulo recorrerá el siguiente camino:

En el apartado 2 a continuación presento los diferentes tipos de inferencia, según la clasificación de PEIRCE (deductiva, inductiva y abductiva) y destaco el papel de las inferencias abductivas en la interpretación de normas como justificadas por principios. En el apartado 3 centro el debate sobre la validez de las normas derivadas en el aspecto de su pertenencia al ordenamiento. Enseguida, en el apartado 4 específico, de nuevo, esta discusión como un estudio sobre el origen de las razones de autoridad de las normas y propongo que una razón es jurídica (válida) si es posible trazar su origen en el ordenamiento jurídico. En el apartado 5 busco aclarar lo que entiendo por ordenamiento jurídico, adentrándome en aquello que he llamado tesis de la objetividad fuerte del positivismo. Concluyo que la objetividad en la que se asienta o puede asentarse el positivismo no está en el contenido claro de las normas, sino en el consenso sobre instanciaciones típicas. Con ello, los llamados *hard cases* de DWORKIN dejan de afectar la base objetiva de las razones de autoridad. En el apartado siguiente, específico lo que entiendo como discurso de la ciencia del derecho, en su función de guiar la conducta con base en el ordenamiento jurídico. Con estas herramientas en las manos, en el apartado 7, presento mi argumento central, en forma de contraargumento a la crítica de DWORKIN al positivismo. Se trata de mostrar que la conclusión de DWORKIN de que la fuerza vinculante de los principios solamente podría derivar de su mérito moral es precipitada. Así, en el apartado 8 enfrente la objeción de MARMOR a cualquier intento de consi-

derar razones procedentes de normas derivadas como razones jurídicas. En el debate con MARMOR, específico en qué sentido normas derivadas por deducción y principios por abducción son razones jurídicas. El resultado de la discusión trae una concepción alternativa de derecho como un conjunto de sistemas normativos resultantes de reconstrucciones interpretativas del ordenamiento, que incluyen reglas y principios como razones jurídicas vinculantes. En los apartados 9 y 10 argumento, respectivamente, que normas deductivamente derivadas y principios abductivamente derivados, pese a que no provienen directamente de fuentes dotadas de autoridad, son razones jurídicas. De esta forma, en el apartado 11 comparo el inclusivismo lógico aquí defendido con la teoría del «derecho como integridad» de DWORKIN. La principal diferencia está en la base de normas con relación a la que las inferencias deductivas y abductivas operan. Mientras solo admitimos normas provenientes de fuentes dotadas de autoridad, DWORKIN admite, ya desde la base, valores morales y objetivos de políticas públicas. Otra diferencia está en el carácter local y no global de las inferencias aquí propuestas, de forma que, en el apartado 12, específico mejor esta distinción y defendiendo inferencias locales. Por último, en el apartado 13 discuto la posibilidad de que existan conflictos entre reglas y principios derivados de ellas.

2. FORMAS DE INFERENCIA Y NORMAS DERIVADAS

Se puede decir que, básicamente, hay dos tipos de inferencias: *deductivas* y *ampliativas*. Las inferencias deductivas llevan a conclusiones menos informativas que las premisas y se limitan a desarrollar y explicitar contenidos implícitos en ellas, de modo que la negación de la conclusión es incompatible con las premisas. Una inferencia deductiva típica se obtiene del silogismo «Todo perro es mamífero, todo mamífero es vertebrado, luego todo perro es vertebrado». Las premisas ya contienen los términos que aparecen en la conclusión y esta es informativamente más débil que el conjunto de premisas (la relación de deducción es lineal: la conclusión se deduce de las premisas, pero no puedo afirmar cualquiera de las premisas con base en la conclusión).

A su vez, las inferencias ampliativas llevan a conclusiones que contienen información adicional o lógicamente más fuerte (desde el punto de vista deductivo) que la contenida en las premisas, de forma que la negación de la conclusión no es imposible frente a las premisas, sino solo improbable o inverosímil. La dificultad está en el grado de garantía epistémica que pueden proporcionar. De acuerdo con PEIRCE⁶, las inferencias ampliativas están integradas por dos tipos independientes, la *inducción* y la *abducción*, que pueden distinguirse se-

⁶ PEIRCE, 1958.

gún su estructura silogística. La tabla siguiente sintetiza la estructura de las tres formas de inferencia⁷:

	Deducción	Inducción	Abducción
Regla: Todo A que es B es C	Premisa	Conclusión	Premisa
Caso: A es B	Premisa	Premisa	Conclusión
Resultado: A es C	Conclusión	Premisa	Premisa

La deducción desarrolla la conclusión con base en la regla general y en la constatación de que el caso previsto en la regla está presente. Con ello, se garantiza que el resultado de la regla general también está, pues en caso contrario esa regla sería falsa o la constatación estaría equivocada. Por ello, la asunción de la verdad de las premisas, por la estructura del argumento, garantiza la verdad de la conclusión.

La inducción parte de la constatación de que un resultado está presente cuando un caso está presente para concluir, por generalización, la regla. En el caso de la inducción, no se introduce nuevo vocabulario, solo se generalizan las observaciones. La verdad de dicha generalización no la garantizan las premisas. No obstante, hay algún grado de soporte probabilístico de la conclusión en virtud de los eventos observados.

A su vez, la abducción parte de la observación de un resultado para concluir que algo ha sido el caso, dada la asunción de una regla que correlaciona dicho caso con el resultado. Por ejemplo, de la observación de que la hierba está mojada, se infiere que ha llovido, pues se sabe que la lluvia moja la hierba. Se trata de la falacia llamada «afirmación del antecedente» y, a primera vista, es curioso entender por qué PEIRCE la llamó inferencia, puesto que la conclusión no se basa en las premisas, solo se sabe que, si fuera verdadera, entonces podríamos deducir la observación.

En realidad, la teoría de la abducción de PEIRCE está inmersa en su epistemología. Su preocupación filosófica central consistía en extender la lógica y las categorías kantianas de forma que constituyeran una lógica de juicios sintéticos como método de adquisición de ideas nuevas⁸. PEIRCE llegó a defender que la inferencia abductiva sería la única forma verdadera de adquisición de nuevas ideas con el propósito de explicar observaciones, mientras que el razonamiento inductivo serviría solo para probar las hipótesis generadas por la

⁷ Para una aproximación detallada de las formas básicas de inferencia según la evolución del pensamiento de PEIRCE, véase HILPINEN (2004). En HILPINEN (2000) se encuentra un análisis del origen aristotélico de la teoría de la inferencia de PEIRCE.

⁸ Para una discusión de la abducción dentro de la epistemología de PEIRCE, véase ALISEDA (2000).

abducción⁹. Aquí importa incluir la inferencia abductiva en un *proceso de investigación científica* en el que observaciones que generan *sorpresa* exigen la formulación de hipótesis explicativas. Así, en formulaciones posteriores de la inferencia abductiva, PEIRCE delineaba como conclusión del silogismo no la afirmación del caso, sino una razón para sospechar de su veracidad¹⁰. De esta forma, para confirmar su verdad, dichas hipótesis debían probarse ante las evidencias.

De esta forma, se separa un proceso de formulación de hipótesis de un proceso de prueba de hipótesis. El propio PEIRCE ya reparaba en la parsimonia de la primera etapa, descartando hipótesis que, aunque fueran capaces de explicar la observación, no tendrían un mínimo de plausibilidad o no podrían probarse (por ejemplo, la hierba está mojada porque fue regada). De aquí deriva la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de confirmación. La etapa de creación de hipótesis sería una especie de predicción, guiada por la intuición del científico. La segunda implicaría un método de prueba en el que se contrastan las hipótesis con un conjunto de observaciones.

Más recientemente, en el campo de la inteligencia artificial, el desafío de desarrollar representaciones lógicas de agentes en condiciones de incertidumbre —como, por ejemplo, la planificación de acciones con información incompleta, el diagnóstico de causas de fallos en aparatos o en medicina, el razonamiento sobre evidencias judiciales y la interpretación de textos— motivó la investigación de la estructura lógica de este mecanismo de inferencia¹¹.

En el campo de la filosofía de la ciencia, durante mucho tiempo, se relegaron las ideas de PEIRCE sobre inferencias abductivas, dado el énfasis científico en el contexto de confirmación. Dentro del debate reciente entre teorías del conocimiento basadas en relaciones de coherencia entre sus proposiciones, la inferencia abductiva aparece como una alternativa para precisar esa relación: se trata del ajuste mutuo de proposiciones para explicar un determinado conjunto de evidencias. En este rescate, el modelo fue estudiar la inferencia abductiva en la forma de «inferencia a la mejor explicación posible»¹².

De esta forma, la inferencia abductiva describe la estructura de un procedimiento de creación y selección de hipótesis para explicar una observación sorprendente, que lleva a una conclusión con un grado aceptable de garantía

⁹ Véase KAPITAN, 1997: 477-478.

¹⁰ En la formulación clásica de PEIRCE: «*The surprising fact C is observed; but if A were true, C would be a matter of course; Hence, there is a reason to suspect that A is true*» (PEIRCE, 1958: § 189).

¹¹ Véase JOSEPHSON, 1994.

¹² HARMAN (1965) consagró el nombre. Véase también JOSEPHSON (1994). Contra esta lectura y una propuesta para entender la abducción a partir de una lógica de cuestiones asociada a una estrategia, véase HINTIKKA (1999). Aunque «mejor», en inferencia a la mejor explicación posible, induzca a entender que la conclusión es unívoca, en realidad puede haber más de una explicación igualmente preferible como resultado e, incluso, ninguna de las explicaciones puede alcanzar un nivel mínimo de garantía epistémica, es decir, puede haber hipótesis también buenas o ninguna de las hipótesis puede ser suficientemente buena.

epistémica, dado un cuerpo de proposiciones ya aceptadas y un conjunto de evidencias. La formulación estándar, de LYCAN¹³ y JOSEPHSON¹⁴ establece que:

D es una colección de datos (hechos, observaciones).

H explica D (si es verdadero lo explicaría).

Ninguna otra hipótesis puede explicar D tan bien como H.

Luego, H es (probablemente) verdadero.

Puede aplicarse el mismo esquema al «primer filtro» en el que se validan todas las hipótesis posibles y en el «segundo filtro» en el que se prueban solo las hipótesis mínimamente plausibles¹⁵. Normalmente solo se considera el segundo filtro, que podría denominarse inferencia a la mejor de las explicaciones plausibles.

Hay una evidencia que provoca *sorpresa* y exige explicación. Esta sorpresa puede ser de dos tipos: una *novedad*, que no se explica por la base; o una *anormalidad*, cuando de la base deriva algo que es, en algún sentido, incompatible con la evidencia. Si bien, para la formulación de las hipótesis explicativas, la evidencia sorprendente se toma junto con otros datos considerados relevantes y aceptados que también debe explicarlos la hipótesis junto con la base. Esta es una nota crucial del razonamiento abductivo, pues los demás datos seleccionados tienen la misma importancia que la evidencia para probar la calidad de la hipótesis.

Este conjunto de datos puede contener elementos *que confirman* y elementos *que refutan* las hipótesis. Los elementos confirmadores también los explican las hipótesis, con las que pueden ser compatibles. Por su parte, los refutadores contradicen la hipótesis. Por ejemplo, la hipótesis de que ha llovido cuando la hierba está mojada se formula mediante una serie de observaciones que están en el campo de visión. Así voy a considerar también el hecho de si la calle está mojada, si hay nubes en el cielo, si alguien está regando el jardín, etc. Los elementos confirmadores aumentan el poder explicativo de la hipótesis. Normalmente, la presencia de un refutador elimina la hipótesis.

Este conjunto de evidencias se explica a partir de una *teoría de fondo* o de un conocimiento de base que el teórico ya ha asumido (en el ejemplo, la creencia de que la lluvia moja el jardín, etc.). Se analiza si cada hipótesis, en conjunto con esta base de asunciones o de conocimiento o de razones ya aceptadas explica o deriva las evidencias (confirmación) sin derivar la negación de alguna de ellas (refutación).

¹³ LYCAN, 1988.

¹⁴ JOSEPHSON, 1994.

¹⁵ Este punto ya es tema de debate: HINTIKKA (1999) y KAPITAN (1997) entienden que las inferencias en el primero y segundo filtro son de naturaleza distinta. El modelo es entender el proceso de forma unificada (véase, por ejemplo, LIPTON, 2004: cap. 4).

Por último, hay un conjunto de hipótesis potenciales, de forma que hay una valoración sobre el poder explicativo de cada una de ellas con relación a las evidencias seleccionadas. Nuevas evidencias pueden hacer que se rechace el poder explicativo de hipótesis antes preferidas, de forma que la conclusión de la inferencia es falible o «derrotable». Por otro lado, una hipótesis más informativa no será necesariamente mejor, pues puede confrontarse con elementos refutadores que no enfrentaba la más débil. También hay «derrotabilidad» en este sentido.

Aunque haya una serie de modelos lógicos para representar inferencias abductivas, que no viene al caso exponer aquí, cabe destacar que, aunque las nociones de consistencia y capacidad explicativa puedan capturarse formalmente mediante contradicción y el conjunto de consecuencias lógicas, los criterios de elección de las hipótesis no se limitan a ellas. No se trata propiamente de seleccionar la hipótesis de la que derivan *más* evidencias o de la que derivan todas las evidencias, sino de la que derivan *mejor*. Así, las hipótesis preferidas son aquellas que mejor se ajustan al conjunto: confirman las evidencias consideradas esenciales (poder explicativo y consistencia con evidencias), no desafían o exigen poco ajuste del conocimiento de base (conservadurismo), no asumen demasiadas condiciones (simplicidad), se integran bien en las hipótesis ya asumidas o permiten reducirlas (unificación) y son precisas a la hora de explicar los datos seleccionados y no un conjunto mayor de datos irrelevantes (precisión). Estas «virtudes» son típicas de epistemologías basadas en la valoración de la coherencia de teorías, de forma que la inferencia abductiva, de esta forma, presupone esa valoración.

El proceso de interpretación de actos de habla, o interpretación pragmática, se estructura mediante dicho proceso de investigación abductivo de aquello que el hablante quiso decir, a partir de lo que dijo, así como de evidencias adicionales obtenidas del contexto de habla¹⁶. La propia pragmática de la interpretación parte de una crítica, como GRICE¹⁷, de la deducción clásica, y muestra cómo, a partir de la puesta en común de determinadas asunciones de racionalidad se pueden afirmar inferencias sobre el propósito del hablante en un acto de comunicación, que permite especificar el sentido de su locución. La base de esa racionalidad está en lo que GRICE llama principio de cooperación (*haga que su habla contribuya, en el momento en que se produzca, al propósito establecido para aquella comunicación en la que usted participa*). A partir de este principio, se desarrollan máximas o competencias postuladas al hablante, como relevancia de lo que dijo para el debate, cantidad adecuada de información, orden en la exposición, que constriñen las posibilidades de atribuir significado o intención al hablante. Es decir, tales máximas, aliadas a evidencias contextuales, permiten reducir el universo de posibles atribuciones de sentido, señalando

¹⁶ DASCAL, 1984: 655.

¹⁷ GRICE, 1991.

conclusiones sobre lo que se quiso decir a partir de lo que se dijo. GRICE denomina esta forma de inferencia, no deductiva, *implicaturas*, que no son más que inferencias abductivas sobre la intención del hablante capaces de explicar su locución.

Se puede aplicar este modelo, con algunas adaptaciones, al razonamiento sobre normas. De acuerdo con SCHAUER¹⁸, la base de las prescripciones serían generalizaciones que la acción regulada, de forma categórica o en una determinada condición, puede causar sobre un mal o un bien. Promover dicho bien o evitar ese mal constituye el objetivo y, por ende, el fundamento de la norma, que SCHAUER llama *justificación de la regla*. Dichas generalizaciones se hacen con base en observaciones o la experiencia moral o política de la comunidad. Por ejemplo, se observa que aquellos accidentes, en los que uno de los vehículos circulaba a gran velocidad, causan más muertes que los accidentes en los que los vehículos circulan a una velocidad menor. Con ello, se hace la generalización de que el hecho de que los vehículos circulen por encima de una determinada velocidad es un mal que justifica su prohibición.

Esta descripción no difiere de lo que la hermenéutica jurídica clásica denomina *ratio legis* o «el objetivo práctico que la ley se propone obtener», que también puede tomarse como su fundamento o principio¹⁹. Así, se toma como evidencia un conjunto de actos normativos (leyes, jurisprudencia) y se busca el principio que podría explicar de modo más coherente la razón por la que se creó ese conjunto de normas con ese contenido y formulación normativa.

El propósito «se descubre» a partir de una evaluación de hipótesis cuya base es una teoría de fondo sobre valores (morales u objetivos de políticas públicas) ya apoyados en las normas tomadas como evidencias aceptadas, así como en relaciones entre las acciones y sus relaciones con dichos valores.

Otro conjunto de asunciones se refiere a postulados de racionalidad, a partir de una construcción *contrafáctica* de una voluntad unitaria y racional por detrás de los textos legales, muy próximas a las máximas de conversación de GRICE. Entre sus atributos se encuentran los siguientes postulados de competencia, que desarrolla la dogmática alemana del siglo XIX: a) el legislador no crea normas cuya ejecución sea imposible, por lo que no se puede desear que alguien realice y deje de realizar un mismo acto; b) el legislador no crea normas sin ningún propósito; c) las conductas exigidas o permitidas en las normas son aptas para llevar a los sujetos normativos a la consecución de los propósitos de la regulación (coherencia entre medios y fines); d) la voluntad del legislador es unitaria, de forma que las reglas están relacionadas de forma sistemática; e) la voluntad del legislador es completa, en el sentido de que soluciona todos los casos que considera relevantes; f) el legislador es rigurosamente preciso y no

¹⁸ SCHAUER, 1998.

¹⁹ BETTI, 2007: 208-209.

crea normas inocuas o redundantes. Estos postulados delimitan posibles atribuciones de sentido o propósito al legislador que violen alguna de esas competencias.

La ampliación o reducción del conjunto de datos normativos modifica la relación de preferencia entre los principios que mejor explican el conjunto seleccionado. Si bien, como los parámetros pueden entrar en conflicto, es posible que haya más de una hipótesis divergente como explicación para el conjunto de datos normativos relevantes. De esta forma, se puede derrotar la conclusión de una inferencia abductiva normativa, que puede subdeterminarse (puede haber conclusiones divergentes), pero lo que importa, en términos de garantía epistémica, es el hecho de que, dentro de cada interpretación pautada por una hipótesis resultante del proceso comparativo de su coherencia, para aquella base de datos seleccionada, su aceptación deriva de la aceptación de las premisas²⁰.

Así, aunque contenga dicho elemento de conjetura, el proceso de inferencia se somete a control racional. El conjunto de razones prácticas ya aceptadas como vinculantes y la teoría de fondo sobre acciones y sus posibles consecuencias delimitan las hipótesis formuladas (es decir, las hipótesis deben ser compatibles con el contenido del conjunto de normas que consideramos válidas). Es decir, la inferencia es un proceso controlado en el que la razón para aceptar y actuar conforme a la conclusión es resultado de la aceptación de las premisas como razones dotadas de autoridad para la acción, así como de un método de razonamiento.

Con ello, hay una relación de transmisión de razones entre las premisas y la conclusión de una inferencia abductiva normativa. La conclusión, *i. e.* el principio jurídico, se acepta como razón porque y en la medida en que sea la mejor explicación para ese conjunto de normas seleccionado como relevante para la acción en cuestión.

3. DE LA VALIDEZ A LA PERTENENCIA

Aclarados los posibles sentidos de derivación entre normas, que puede abarcar, además de las inferencias deductivas, las inferencias abductivas, podemos retomar el tema referido en la introducción de este trabajo.

¿Son válidas las normas derivadas de normas válidas?

Para el iusnaturalista clásico, que toma como fuente de normatividad precisamente la derivación de reglas jurídicas a partir de principios morales que revela la razón, se trata de una cuestión trivial. En cambio, la dogmática alemana del siglo XIX veía en la actividad científica la identificación misma del dere-

²⁰ En este sentido, véase PSILLOS, 2002.

cho como orden (orgánico) construido a partir de las fuentes reconocidas y no como fruto de una voluntad soberana. Además, no se identificaba de forma muy clara el sentido de lógica en esta actividad constructiva, que bien indica sistema (nexos lógicos entre normas), bien un método filosófico de interpretación (interpretación lógica) paralela e integrada en el proceso histórico, bien argumentos (analogía, *a contrario*) en la identificación de la *ratio iuris* y que pueden implicar deducción, inducción y abducción. Para el pensamiento jurídico ochocentista, la cognición claramente identificaba normas, que se consideraban menos como normas establecidas (*voluntas*) que como *ratio scripta*, en especial las fuentes de derecho romano²¹. En este caso no había propiamente un problema, pues el énfasis no estaba en la *voluntas*, sino en la *cognitio*.

Esta cuestión fue formulada de forma precisa en el marco de un esfuerzo de conciliación entre cognición y volición en la identificación de normas, solo en el siglo pasado, en el seno del positivismo jurídico. El problema fue más agudo y los positivistas continentales, racionalistas, lo formularon de forma explícita, no así los positivistas anglosajones, que eran empiristas²².

Para los «empiristas», la explicación de la normatividad del derecho debería, en último término, pautarse por hechos sociales, factor que, se puede pensar, les llevaría a no aceptar como válidas normas derivadas. Sin embargo, no se problematizó de forma efectiva la posibilidad de una lógica de normas genuina y, en general, durante breves momentos, hubo un ademán positivo para la validez de normas derivadas²³.

Este tema fue central para un racionalista como KELSEN, en términos de una disputa sobre el criterio último de validez: ¿es el hecho de la volición o el conocimiento de ese hecho? Como hemos visto, su proyecto metodológico partía de la separación entre *ser* (*Sein*) y *deber ser* (*Sollen*) de forma que la ciencia jurídica, para ser autónoma, no podría explicar la normatividad de las reglas solo mediante la identificación de actos de voluntad. La norma es, antes, «el sentido objetivo del acto de voluntad» y este sentido, obviamente, solo puede darlo la cognición. Aquí, para explicar la normatividad, se afirma su inspiración neokantiana: los actos de voluntad tendrían sentido objetivo solamente si se postulan *a priori* cuyo presupuesto es condición de la posibilidad conocerlos como normas jurídicas. Dichos postulados son, básicamente, la categoría de *imputación*²⁴ y el presupuesto de la *norma fundamental*.

²¹ LARENZ, 1989: 40.

²² PAULSON, 1993: 227-246.

²³ HART (1983: cap. 3), por ejemplo, trató la cuestión como trivial y pronto rechazó la idea de que normas o mandatos no se sometieran a relaciones lógicas por el hecho de no poseer valores de verdad o falsedad.

²⁴ KELSEN presenta la categoría de imputación como el paralelo normativo a la categoría de causalidad para la organización conceptual de los fenómenos empíricos naturales: «En uno de los casos, la forma de conexión de los hechos es la causalidad; en el otro, la imputación, que *Teoría pura del derecho* conoce como la legalidad particular del Derecho» (KELSEN, 1941: 48, traducción libre).

En la 1.^a edición de la *Teoría pura del derecho*, esta solución neokantiana explica por qué aparentemente el conjunto de normas identificadas en su «sentido objetivo» (en el que los planos de existencia, pertenencia al sistema, validez y eficacia se identifican) es lógicamente consistente y cerrado. La consistencia necesaria del orden jurídico presentada por el conocimiento resultaría de la necesaria consistencia de la cognición²⁵.

Ya en la 2.^a edición de la *Teoría pura del derecho*, KELSEN situó la dinámica jurídica en una posición central (se pregunta cómo el ordenamiento cambia de forma válida), convirtiendo en un mero resultado de ella la estática jurídica (se pregunta cómo se organizan los conceptos fundamentales del ordenamiento)²⁶. En la dinámica, los datos fácticos que representan la voluntad y la eficacia de las normas, sea la eficacia global del ordenamiento (que pasa a ser, prácticamente, un criterio para el presupuesto de la norma fundamental), sea un mínimo de eficacia de la norma particular, ganan relevancia. El resultado es que la consistencia del ordenamiento deja de ser un presupuesto del conocimiento del derecho como sistema de normas, que queda en una posición ambigua. Pasa a ser, en parte, un presupuesto del conocimiento del derecho de que la interpretación puede resolver el conflicto²⁷ y, en parte, una consecuencia del hecho de que dos normas inconsistentes no pueden aplicarse al mismo tiempo, de forma que no pueden ser, ambas, mínimamente eficaces (aquí KELSEN ya habla de la validez de normas individuales)²⁸. No obstante, estas situaciones que eliminan contradicciones, se remiten al contenido de la norma fundamental, dado que esta incorpora, en su contenido, la condición de eficacia global y el mínimo de eficacia individual²⁹. Por otro lado, en 1960 KELSEN aún mantiene la idea de que los ordenamientos serían necesariamente completos con base en el *principio lógico* de que «todo lo que no está prohibido está necesariamente permitido» (lo que deriva de la vinculación de la

²⁵ En la 1.^a edición de la *Teoría pura*, KELSEN (1941: 215, traducción libre) afirma que: «El conocimiento normativo no admite una contradicción normativa entre dos normas del mismo sistema». Los casos de incompatibilidad entre normas de diferentes escalones se equiparan a casos de incumplimiento, cuya validez es precaria, hasta su corrección, por lo que KELSEN prefirió la expresión «normas defectuosas».

²⁶ Véase BULYGIN, 1986.

²⁷ «Como, no obstante, el conocimiento del derecho —como todo conocimiento— busca aprehender su objeto como un todo de sentido y describirlo en proposiciones sin contradicción, parte del presupuesto de que los conflictos de normas en el material normativo que le es dado —o mejor dicho, propuesto— pueden y deben necesariamente resolverse por medio de la interpretación» (KELSEN, 1984: 286).

²⁸ «El conflicto [entre dos decisiones judiciales] se resuelve por el hecho de que el órgano ejecutivo tiene la facultad de escoger entre observar una u otra de las decisiones; valga decir: realizar o no realizar la pena o la ejecución civil, observar una u otra de las normas individuales. Si se ejecuta el acto coercitivo que pone la primera norma como debida, la otra norma se mantiene ineficaz durante mucho tiempo y, así, pierde su validez; si el acto coercitivo no se ejecuta, se observa la norma que absuelve al demandado o rechaza su pretensión, y la otra norma, que pone el acto coercitivo como debido, se mantiene ineficaz durante mucho tiempo y pierde, así, su validez» (KELSEN, 1984: 288). A continuación KELSEN (1983: 289) descarta una sentencia individual en conflicto como un problema de perturbaciones mentales del juez.

²⁹ «Así, la norma fundamental hace posible interpretar (pensar) el material que se presenta al conocimiento jurídico como un todo con sentido, lo que quiere decir, describirlo en proposiciones que no son lógicamente contradictorias» (KELSEN, 1984: 289).

norma a la sanción; o hay sanción y la conducta está prohibida o no la hay y la conducta está permitida).

Lo que KELSEN entendía por *lógica de normas* en la *Teoría pura* de 1960 es un tanto oscuro. Esta sería una lógica vigente en el campo de sus proposiciones normativas (*Rechtsätze*), con toda la problemática que su conceptualización como proposiciones descriptivas de un sentido normativo implica, pero que reflejaría relaciones lógicas de las propias normas.

La oscuridad, así como la potencial inconsistencia de las posiciones sobre el tema en la *Teoría pura* de 1960 llevaron a KELSEN a enfrentar concretamente la cuestión. Su principal duda estaba en la posibilidad misma de que hubiera una lógica de prescripciones, puesto que estas últimas son susceptibles a valores de verdad y falsedad, al igual que las proposiciones descriptivas (conocido como *dilema de Jørgensen*)³⁰. En su debate con KLUG, el lógico presenta a KELSEN la posibilidad de realizar derivaciones lógicas con independencia de la semántica o la atribución de valores de verdad. Si bien, KELSEN estaba justamente interesado en la *interpretación* de los sistemas de lógica deóntica, *i. e.* en reflexionar sobre lo que estos sistemas representarían y si podrían representar normas válidas o relaciones necesarias del discurso prescriptivo. Su conclusión, al final, expuesta en el artículo «Derecho y lógica» fue reconocer que habría una relación conceptual entre el contenido de normas y el contenido de sus normas derivadas, pero que dicha relación conceptual no sería decisiva sobre la existencia o validez de cualquier norma. Como máximo, se podría decir que una decisión, norma individual, cuyo contenido sería correspondiente lógicamente al contenido de una norma general, se *justificaría* conforme aquella norma, pero lo que la convertiría en una norma válida sería el hecho de que fue el contenido de un determinado acto de voluntad, sin que en ningún caso la validez pueda ser una propiedad de su contenido (esto podría llevar a aceptar normas necesariamente válidas, una amenaza a la idea de que cualquier contenido puede ser contenido de derecho).

Esta conclusión de KELSEN fue responsable del cambio repentino voluntarista que encontramos en su obra póstuma *Teoría general de las normas*. KEL-

³⁰ Es abundante la literatura sobre el dilema de Jørgensen. He tratado el tema en otra ocasión y remito al lector a MARANHÃO (2009a), donde se puede encontrar bibliografía más completa. Entre los lógicos, como MAKINSON pudo apreciar, el problema fue «sutilmente barrido debajo de la alfombra» y son pocas las soluciones técnicas que buscan desvincularse de una semántica que atribuya verdad o falsedad a las normas como prescripciones (MAKINSON, 1999). Las alternativas encontradas son: a) tratar la lógica de normas como una lógica de proposiciones normativas (ALCHOURRÓN, 1969) y (STENIUS, 1963); b) usar una versión más sofisticada del ardid de Dubislav, tratando una lógica sobre el contenido de los imperativos (HANSEN, 2001; VAN DER TORRE, 1997); c) interpretar las inferencias entre formulaciones de norma de un sistema sintáctico de lógica deóntica con base en una definición de consistencia que representaría la racionalidad legislativa (VON WRIGHT, 1983); d) usar la lógica como una herramienta de desarrollo de consecuencias del contenido de normas establecidas (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991), (MAKINSON, 1999) y (MAKINSON; VAN DER TORRE, 2001 y 2003). Mi foco aquí no está en la posibilidad de la lógica de normas, sino en la identificación del *status* de normas derivadas como razones jurídicas para decisión.

SEN reorganiza la teoría pura prácticamente como una teoría de mandatos individuales, traducida a la jerga profesional como «ningún imperativo sin emperador, ningún mandato sin comandante». La cognición del científico del derecho se activaría solamente ante la existencia de acto de voluntad concreto emisor de determinada norma individual que impute una sanción a alguien. Su tarea sería entonces la de reconstruir la cadena normativa de validación del acto de voluntad encontrando las normas correspondientes. Esto significa que el sistema normativo deja de ser un sistema de normas generales para ser un sistema de normas individuales reconstruidas, lo que acerca a KELSEN al escepticismo y simplemente implosiona la concepción del derecho como un sistema que regula previamente el comportamiento al solucionar casos individuales a partir de reglas generales.

La solución de KELSEN es insatisfactoria porque no explica la racionalidad práctica de la actividad de legislación y lleva al irracionalismo³¹. En definitiva, ¿cuál sería la diferencia dada por la promulgación de una ley general si cada uno solamente está obligado al comportamiento legislado cuando el juez lo impone de forma concreta? Como señala RAZ:

Esta lleva directamente a la conclusión de que la razón práctica es imposible y el discurso práctico igualmente, imposible o inútil a cualquier efecto. El parlamento puede legislar e imponer que todos deben pagar un porcentaje de su renta como impuesto. De ello no se deduce, de acuerdo con la nueva doctrina kelseniana, que yo deba pagar el impuesto. Solo si y cuando un funcionario de justicia me ordene pagar yo tengo que hacerlo. Pero no hay razón por la que el funcionario deba ordenármelo. Es cierto que existe una ley que determina que los funcionarios de justicia exijan el pago a los deudores, pero por la misma lógica enfermiza, ni este ni cualquier otro funcionario está obligado a exigirme el pago³².

Hay que advertir que incluso el juez o el funcionario de justicia no estaría obligado, aunque pudiera valorarse como justificado en la aplicación de la ley general. La aplicación por el juez permitiría identificar que este tomó la ley como vinculante. Es decir, las normas generales o superiores tendrían tan solo un papel secundario: se promulgarían para que el jurista pudiera vincular los puntos representados por actos de voluntad de diferentes jerarquías. En otras palabras, servirían para que los juristas pudiesen «legitimar» la práctica como si esta fuera racional y estuviera jurídicamente justificada.

La desvinculación de KELSEN de la percepción de los agentes de que la práctica judicial es racional y está justificada en normas es total, lo que refleja una desvinculación absoluta entre cognición y volición³³. De esta forma, acaba

³¹ LOSANO, 1985.

³² J. RAZ, «Kelsen's General Theory of Norms», *Critical Study, Philosophia*, 6, 1976, p. 503, *apud* NAVARRO y RODRÍGUEZ (en prensa).

³³ La simiente de esta radicalización y su desvinculación con la *praxis* de los juristas, que además KELSEN nunca se sintió comprometido a preservar, sino a corregir con el rigor de sus conceptos, ya aparece

surgiendo la noción positivista de autoridad, en el sentido de que el contenido vinculante de las normas jurídicas debería limitar el universo de razones disponibles para justificar las acciones. No solo es que cualquier contenido puede ser contenido de una norma jurídica, sino que el contenido de la norma jurídica, sea cual sea, no importa. Por lo tanto, si el contenido de la norma no importa, el derecho no es capaz de limitar el universo de razones prácticas para la acción y las decisiones.

En definitiva, las normas jurídicas dejan de ser razones jurídicas (dotadas de normatividad), lo que es muy extraño, y pasan a ser solo razones, entre otras cosas, a disposición de los jueces. Dejan de ser razones jurídicas vinculantes, pues, para el KELSEN póstumo, solamente la decisión individual está dotada de autoridad y representa la única oportunidad de identificación de lo que es derecho. Pero si la conclusión es que las normas no son razones para la acción, esto parece afectar incluso a lo que entendemos por norma. ¿Qué sobra o para qué sirve? El absurdo al que el último KELSEN lleva hace aparecer el vínculo intrínseco entre derivación lógica de una norma individual de la general y la inteligibilidad de la propia norma general como tal.

Los comentaristas y críticos de KELSEN parece que ya previeron esta consecuencia, al entrever el desenlace voluntarista y el colapso de la *Teoría pura* en un breve fragmento del capítulo sobre interpretación de la edición de 1960, en el que KELSEN admite que el interprete auténtico puede no solo elegir entre las posibles interpretaciones de la norma superior pertenecientes al marco, sino también decidir, de forma válida, fuera del marco³⁴. Aquí, KELSEN avanza lo que los críticos llamaron tesis de la «cláusula alternativa implícita» de las normas de competencia, según la cual la delimitación material de competencia (contenido) siempre tendría una alternativa vacía. En el intento de rescatar la *Teoría pura* y mantener su consistencia, BULYGIN señala como problema central el hecho de que KELSEN identificara su concepto de validez normativa con la «existencia específica de la norma», «pertenencia de la norma al sistema normativo» y «fuerza obligatoria de su contenido». Así, propone una interpretación en la que separa validez en el sentido de obligatoriedad y validez en el sentido de pertenencia. Hay normas pertenecientes al ordenamiento, pero que no están dotadas de obligatoriedad (por ejemplo, la *vacatio legis*) y situaciones en las que una norma no pertenece al ordenamiento y, aun así, tiene fuerza vinculante (normas de derecho internacional cuya aplicación es local o normas

en la *Teoría pura* de 1960, cuando considera ilusoria la distinción de la dogmática procesal entre «sentencias declarativas» y «sentencias constitutivas», pues, a su modo de ver, todas las sentencias judiciales serían creación de normas individuales y, por ende, constitutivas de derechos, nunca reconocedoras de derechos preexistentes, aunque tales derechos se correspondieran con el contenido de normas generales establecidas.

³⁴ En este sentido: «A este propósito cumple señalar que, mediante la interpretación auténtica, valga decir, la interpretación de la norma realizada por el órgano jurídico que la tiene que aplicar, no solo se realiza una de las posibilidades reveladas por la interpretación cognoscitiva de la misma norma, sino que se puede producir una norma que se sitúe completamente fuera del marco que la norma aplicada representa» (KELSEN, 1984: 471).

posteriormente declaradas inconstitucionales, pero que han constituido relaciones jurídicas reconocidas).

Con esta distinción, BULYGIN³⁵ permite localizar mejor el problema de la validez de las normas derivadas. La cuestión en este caso concreto es sobre su existencia y pertenencia al sistema normativo, no sobre su obligatoriedad, pese a que estos conceptos distintos deban, por lo general, coincidir (incluso para poder hablar de «eficacia global del ordenamiento en sus líneas generales»). Puede excluirse la norma derivada mediante una decisión individual y no tener fuerza obligatoria en una determinada relación, lo que no excluye su pertenencia, pues la autoridad sigue vinculada normativamente a decidir de forma pertinente al sistema. Lo contrario puede suceder —y esta posibilidad incluso se manifiesta en expresiones como «decisión *contra legem*»—, que el vocabulario de la *Teoría pura* no permitía explicar. Con esta distinción, se rescata el papel de las normas generales como razones jurídicas, *i. e.* razones pertenecientes al derecho.

4. DE LA PERTENENCIA AL ORIGEN DE LAS RAZONES

Otro positivista importante que específicamente trata el problema de la validez de las normas deductivamente derivadas fue Alf Ross. Su primera reacción, en la década de los cuarenta, al formular su famosa paradoja fue de alerta³⁶. Si el ardid de DUBISLAV³⁷ para justificar la lógica de normas consiste en hacer derivaciones proposicionales a partir del contenido de las normas, entonces es verdad que de Op se sigue $Op \leftrightarrow q$ (pues $p \rightarrow p \leftrightarrow q$ es una tautología proposicional clásica). Interpretando estas normas en lenguaje natural podríamos extraer entonces que «Si es obligatorio enviar una carta, entonces es obligatorio enviarla o quemarla». Pero si la orden «Envíe la carta o quémela» es una consecuencia ordenada de la misma forma que la orden original «¡Envíe la carta!» y es válido con el mismo *status*, entonces se puede obedecer la orden derivada quemando la carta y que, así, sea imposible obedecer la orden original.

Los lógicos deónticos reaccionan de distinta forma frente a la paradoja: a) ignorarla como resultado de una situación ya paradójica en la interpretación de la disyunción en la lógica proposicional clásica, particularmente ilustrada por un infeliz ejemplo (la gran mayoría); b) situar el problema en la lógica subyacente a la lógica deóntica, tratándolo a partir de una lógica no clásica o usando una extensión modal no normal³⁸; c) reinterpretar el significado y el *status* atribuido a la norma derivada³⁹. La paradoja de Alf Ross es más una cuestión

³⁵ BULYGIN, 1995.

³⁶ ROSS, 1941.

³⁷ DUBISLAV, 1937.

³⁸ CHELLAS, 1980 (parte III, epígrafe 7) y HANSSON, 1988a y 1988b.

³⁹ VON WRIGHT, 1983.

filosófica sobre el *status* ontológico de la norma derivada, de forma que vale mirar a la tercera vía, que un problema lógico.

El propio Alf Ross⁴⁰, tras radicalizar con la conclusión de que el discurso jurídico sería «alógico», llegó a investigar y elaborar lo que sería una lógica de directivos, en la que recoloca la norma derivada en términos de un ideal de racionalidad para el ordenamiento. En la misma línea, pero de forma más sofisticada, VON WRIGHT, tras una larga oscilación⁴¹, pasó a ver en la noción de estándares ideales de racionalidad del legislador la llave para reinterpretar la paradoja de Ross, así como la lógica deóntica, para librarse también del dilema de Jørgensen y otras paradojas, principalmente la de obligaciones contrarias al deber⁴².

VON WRIGHT parte de la hipótesis de que si el objetivo de la práctica de legislar es guiar la conducta humana (podría tener otros objetivos), entonces un ideal de racionalidad para la voluntad del legislador es que sus normas sean conjuntamente ejecutables (*doable*). Otra noción relevante en este contexto de comprensión de la voluntad del legislador como racional está en el sentido de lo que sería la demanda «opuesta» a lo demandado en otra norma, que llama *norma-negación*. Así, lo opuesto a la obligación de una acción sería el permiso de su omisión y, recíprocamente, lo opuesto al permiso de una acción sería la obligación de su omisión. Entender un conjunto de normas y sus implicaciones necesarias significa razonar sobre lo que sería admisible o inadmisibles (irracional) en el referido conjunto. De esta forma, una norma se deriva de un conjunto de normas si su norma negación es inejecutable con dicho conjunto⁴³. Esto es, el hecho de que la norma opuesta sea inejecutable con el conjunto de normas lleva a la conclusión de que la norma en cuestión es necesaria o sería necesariamente derivada de una voluntad racional. Con esta interpretación, el ejemplo de Alf Ross simplemente significaría que ordenar el envío de la carta y, al mismo tiempo, permitir no enviarla y quemarla sería irracional. En definitiva, después de hacer coro a Alf Ross sobre la alogicidad del discurso normativo, VON WRIGHT adopta otro tono, próximo a los *language-games* de WITTGENSTEIN, afirmando que la existencia/validez o no existencia/validez de la norma derivada dependería de la razonabilidad de asumir la racionalidad en la actividad de promulgación de normas.

Al situar la existencia de la norma derivada en el debate sobre cómo entendemos, pragmáticamente, la práctica legislativa a partir de sus propósitos, VON

⁴⁰ Véase Ross, 1971.

⁴¹ Para una presentación de los dilemas de VON WRIGHT y el carácter terapéutico de su solución final para la «naturaliza» de la lógica deóntica, véase MARANHÃO (2009a).

⁴² Sobre la paradoja, véase CHISHOLM (1963: 33-36) y José CARMO y Andrew JONES (2002). Sobre el éxito o fracaso de VON WRIGHT en superar la paradoja de CHISHOLM con su lógica de implicación normativa, véase HANSEN (1999) y MARANHÃO (2009b).

⁴³ Para una representación formal de estas definiciones y de la lógica de implicación normativa de VON WRIGHT, véase MARANHÃO (2009b y 2013).

WRIGHT se aproxima a la *praxis* jurídica de interpretación de normas como un proceso de investigación de la *ratio*, en torno a la figura metafórica del *legislador racional*.

La paradoja de Ross tiene otra característica importante, al cuestionar la adecuación del lenguaje formal al lenguaje natural, o mejor dicho, la adecuación de una semántica formal (composicional)⁴⁴ a la pragmática utilizada en la interpretación del lenguaje natural. Lo que provoca extrañeza en la paradoja es justamente el choque entre la pragmática y la semántica. Es verdad que, desde el punto de vista semántico, cumplir la orden original enviando la carta sería una forma de cumplir la orden compleja «envíe la carta o quémela», pero, ¿cuál es la relevancia de esta constatación para la explicación de la orden original?

Así, a pesar de que se trata de una consecuencia en la lógica clásica, una vez situado en esta perspectiva de la voluntad racional del legislador, la paradoja sirve solo para mostrar que hay otros procesos racionales, además de la deducción, que interviene en el proceso de inteligibilidad del contenido de las normas. En este marco, la paradoja, antes de poner en crisis la posibilidad de una lógica entre normas, simplemente ilustra que *algunas derivaciones lógicas posibles son pragmáticamente irrelevantes en el proceso de interpretación*. Esto es tan obvio como inofensivo. El jurista, así como el lego, cuando identifica el derecho mediante su interpretación, descartaría de forma natural la paradoja de Ross, además, también descartaría, por ser poco informativa, cualquier tautología proposicional o teorema de una lógica deóntica.

En definitiva, ¿perteneecerían a este conjunto las derivaciones deductivas *relevantes* en términos de inteligibilidad de un conjunto de normas?

Suponga que una madre pide a su hija que vaya al mercado a comprar manzanas o peras. Una vez allí, la joven no encuentra peras. ¿Si compra manzanas, hace lo que le ha pedido su madre?

Está claro que sí. ¿Qué diríamos sobre su comportamiento si ella regresara a casa para pedir nuevas instrucciones a la madre?

Suponga entonces que la madre le responde: «Ahora, compra manzanas». O suponga que la joven vuelve con manzanas y la madre la critica: «No deberías haber comprado las manzanas sin preguntarme». En el primer supuesto, ¿es la instrucción una nueva norma o la instrucción de comprar manzanas ya existía? En el segundo caso, ¿es la nueva instrucción compatible con la original o representa una revocación?

⁴⁴ La composicionalidad del sentido se refiere a la tesis de FREGE expresada en la Sección 32, v. 1 de su *Grundgesetze der Arithmetik* (1962) de acuerdo con la que el significado de un enunciado lo da sus condiciones de verdad que, a su vez, son una función de las condiciones de verdad de los componentes del enunciado. Existe una extensa literatura sobre el tema. Para introducirse en la evolución de la filosofía del lenguaje, véase GARCÍA-CARPINTERO (1996). Para un análisis crítico, véase CHATEAUBRIAND (2001: caps. 8-11).

La intuición nos dice, en este ejemplo de la conversación ordinaria, en el primer caso, que la nueva orientación de la madre no hace ninguna diferencia y, en el segundo, que la madre cambió de idea y está siendo injusta con la hija obediente. La pregunta sobre si la norma hace o no diferencia tiene que ver, aquí, con su papel como razón práctica para la acción. En este ejemplo, la instrucción derivada parece desarrollar el mismo papel que la instrucción original y la que posteriormente se especificó como razón para la acción del sujeto normativo. Comprender la norma derivada como razón es parte de la propia cognición de la norma original.

Esto nos inclina a identificar la cuestión sobre la pertenencia de la norma derivada al ordenamiento con su papel como razón para la acción. Si bien, suponga ahora un ordenamiento Q que tiene las siguientes normas:

N1: «Los hombres mayores de edad tienen la obligación de votar y cumplir el servicio militar».

N2: «La mayoría de edad se alcanza a los 18 años».

Suponga también que se promulga otra norma que crea el ordenamiento Q' :

N3: «Todos los hombres mayores de 18 años deben cumplir el servicio militar».

¿Promulgar $N3$ introduce alguna diferencia en el ordenamiento jurídico? Esta pregunta, en el entorno más técnico del jurista, se inclina a favor de una respuesta positiva o, al menos, no provoca una respuesta negativa tan inmediata como en el ejemplo anterior. El ordenamiento jurídico parece diferente, lo que no sucede cuando se trata de las sencillas instrucciones de la madre. ¿Cómo se explica esto?

Para situar nuevamente el caso, podemos preguntar si la norma $N3$ introduce alguna diferencia práctica en la decisión de los jóvenes de 18 años de cumplir servicio militar. La respuesta, en este caso, será *no*. De las normas $N1$ y $N2$ obtengo las reglas derivadas «todos los hombres mayores de 18 años deben cumplir el servicio militar» y «todos los hombres mayores de 18 años deben votar». Las normas derivadas explicitan las razones para la acción del joven de 18 años. Estas razones provienen de Q . Es evidente el hecho de que Q' proporciona las mismas razones que Q y, en este aspecto, lo podemos llamar sincrónico, los ordenamientos son idénticos.

No obstante, cuando afirmamos la identidad con todas las letras, parece que hay algo forzado. Existe una diferencia: la formulación sintáctica del sistema (de sus normas) es distinta. Si bien, ¿es esto relevante? Aparentemente no, diríamos, pues que la norma o el sistema de normas no se confunde con su texto o formulación sintáctica. De hecho, desde el punto de vista sincrónico, las ra-

zones para la acción son las mismas. Sin embargo, desde el punto de vista diacrónico, *i. e.* del cambio de un sistema Q para Q' por intervención del legislador, hay una diferencia práctica importante. Veamos lo que sucede con la promulgación de $N4$:

N4: «La mayoría de edad se alcanza a los 21 años».

La promulgación de $N4$ traerá efectos prácticos distintos en Q y en Q' . En $Q+N4$ es natural que $N4$ simplemente sustituya a $N2$, generando un sistema normativo determinado cuyas consecuencias son «todos los hombres mayores de 21 años deben cumplir el servicio militar» y «todos los hombres mayores de 21 años deben votar». Sin embargo, en $Q'+N4$ provocará, al menos, una duda razonable sobre el sistema resultante. Una interpretación puede postular $Q'+N4=Q+N4$, defendiendo una *ratio* común para la mayoría de edad en ambas acciones. Otra puede postular que del sistema resultante se deriva que «los hombres mayores de 21 años deben votar» pero que «todos los hombres mayores de 18 años deben cumplir el servicio militar», que se pauta, por ejemplo, en el conflicto entre $N3$ frente a $N4+N1$ y, a partir del postulado de racionalidad del legislador, de que $N3$ no puede interpretarse de forma redundante. Esto significa que $Q'+N4$ permite dos interpretaciones distintas justificables, es decir, genera dos sistemas normativos posibles, consistentes, pero en conflicto entre sí, cada uno con sus consecuencias lógicas.

Los ejemplos anteriores han mostrado que nuestra intuición se inclina por identificar la existencia de la norma derivada con el hecho de que esta ejerce una razón normativa para la acción o decisión, cuyo origen se atribuye al ordenamiento expresamente establecido. Aquí, afirmamos que la norma ya estaba implícita. No obstante, esta identificación es inadecuada cuando percibimos que su presencia explícita es diferente en la dinámica de revisión del sistema. Aquí, señalamos que esta no se encontraba de forma expresa, sino solo implícita. Por lo tanto, la pertenencia de la norma es una noción ambigua. Lo mismo se puede decir respecto de la existencia. Existir desde el punto de vista de nuestras razones para la acción a partir del sistema normativo es una cosa y existir desde el punto de vista de las razones para el cambio del sistema es otra. En el primer caso, parece razonable hablar de existencia implícita como algo equivalente a existencia explícita. En el segundo, no hay equivalencia práctica.

Así, para centrar nuevamente nuestra preocupación, pretendemos tratar la validez, en el sentido de pertenencia, desde la perspectiva sincrónica, *i. e.* para un sistema dado y ya indexado por una interpretación (cabe advertir que en el proceso interpretativo, para llegar al sistema final, el intérprete puede servirse de elementos diacrónicos). En estos términos, la pregunta relevante y suficiente para afirmar nuestra tesis deja de ser la pregunta original (*¿son las normas derivadas lógicamente válidas?*) y pasa a ser: *¿cuál es el origen de la razón práctica relevante para la acción o la decisión?*

SARTOR⁴⁵ llega a una conclusión similar, dando menos importancia a la norma que a las *razones* para seguir las pautas presentes en la norma como «vinculantes para la decisión». Si podemos trazar este origen de la razón en el ordenamiento jurídico, a partir de los métodos de derivación, entonces la trataremos como una razón jurídica y, en este sentido, como una norma jurídica perteneciente al sistema interpretado (válida en este sentido). De inmediato, surge la necesidad de precisar qué se entiende por ordenamiento jurídico como origen de razones. En particular, cómo entender la objetividad del contenido de dicho ordenamiento.

5. ¿CLARA NON SUNT INTERPRETANDA O IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO?

Como se ha destacado en el capítulo anterior, el ataque de DWORKIN al positivismo fue particularmente contundente con relación a la *tesis de la objetividad fuerte de las fuentes*. Este fue el camino encontrado para afectar a la *tesis de las fuentes sociales*. Argumentamos en el apartado 2 del capítulo II que, si el derecho se conoce a partir de un dato externo contingente, al menos parte de su contenido debe identificarse de forma objetiva, de modo que la objetividad no puede limitarse a identificar la fuente dotada de autoridad. Esto da margen para la crítica de DWORKIN que, con sus *hard cases*, buscó mostrar que no existe esa objetividad y que, además, esta no la comparten los jueces, cuyo comportamiento debería constituir la convención sobre las fuentes. Si no hay convergencia, no hay convención y, por ende, el conocimiento del derecho no puede limitarse a describir ese dato externo, por lo que debe argumentar y defender una posición a partir de él. Ya hemos señalado que DWORKIN no descarta la posibilidad de identificar un material jurídico preinterpretativo, que consiste en las decisiones políticas previas que forman la base de la justificación del uso de la coerción por parte del Estado. No obstante, atribuye a dicho material un carácter solo preliminar, sujeto a revisión.

Así, es fundamental precisar el sentido de objetividad que permite hablar de casos claros y casos no claros, incluso porque no existe un efectivo consenso sobre lo que esto significa y hay indeterminación terminológica, pues se mencionan casos «claros», «fáciles», «objetivos» (unas veces tomados como sinónimos y otras no) frente a casos de «penumbra», «difíciles», «no claros».

La tesis débil de la objetividad de las fuentes postula que estas deben ser objetivamente identificables. Esta identificación se produce mediante un criterio que reconozca actos de promulgación (mandatos) como creadores de normas jurídicas. El primer elemento que se tiene a disposición, por tanto, son los textos resultantes de dichas promulgaciones. Si bien, no se puede reducir el

⁴⁵ SARTOR, 2009.

ordenamiento jurídico a secuencias de símbolos, en la medida en que el criterio de identificación implica *pedigree* (al menos para la tradición de HART y KELSEN). Por ello, los textos remiten unos a otros (atribuciones de competencia especificando criterios de identificación de autoridades de jerarquía inferior) cuya comprensión es necesaria incluso para identificar objetivamente las fuentes de reglas válidas. Así, inevitablemente, hay que tratar el sentido de los textos como condición para validar incluso la versión *débil* de objetividad.

El problema de trabajar con el sentido está en la indeterminación inherente al lenguaje natural. Por ello, HART distingue entre casos claros y casos de penumbra. La base de la distinción es la interpretación que WAISMANN hace de la teoría del significado de WITTGENSTEIN en el texto *Verifiability*⁴⁶. Este no es el lugar idóneo para entrar en la complejidad de dicha teoría y basta con subrayar la idea de que conocer el sentido de un término del lenguaje significa dominar una habilidad para aplicarlo, lo que presupone, como mínimo, la posibilidad de identificar y aplicar ese término en algunas instancias de forma no problemática. Es decir, conocer el sentido significa conocer casos tipo o típicos de aplicación. Por ello, es una verdad conceptual que hay un núcleo de instancias del término que conocen la comunidad lingüística, sin lo que no habría un uso compartido de él y, por ende, no habría sentido⁴⁷.

Esta tesis reconoce que necesariamente hay acuerdo en estos juicios de instanciación, pero deja en abierto lo que se debe entender por «identificación no problemática de instancias de aplicación de un término» o, para lo que ahora nos interesa, de una norma jurídica.

MARMOR describe estas situaciones como aquellas en las que el sentido de los términos de la norma es claro y no necesita interpretación para su aplicación⁴⁸. La interpretación solo entra en juego cuando la formulación de la regla crea dudas. Se trata de la posición clásica sobre la interpretación, que se expresa mediante la máxima *clara non sunt interpretanda*, a la que ya se refiere, por ejemplo, LEIBNIZ, para quien la claridad es una cualidad del significado de las palabras de la ley y está presente cuando la aprehendemos de forma inmediata⁴⁹.

Para MARMOR la interpretación significa la sustitución del texto de la norma por una formulación más precisa, que tenga en cuenta una comprensión *contrafáctica* de la intención del legislador. Por lo tanto, para este autor, un *caso claro* también tiene que ver con la *claridad en la formulación normativa*, es decir, se identifica cuando, para su aplicación, no es necesario interpretar la norma. Se vulneraría la condición mínima de sentido de WITTGENSTEIN si, para

⁴⁶ WAISMANN, 1945.

⁴⁷ WITTGENSTEIN (PI, §§ 185 y ss.)

⁴⁸ MARMOR, 2005: 96 y ss.

⁴⁹ Véase DASCAL, 1984: 347.

toda aplicación, fuera necesario realizar algún esfuerzo de interpretación. De este concepto, deriva la concepción del ordenamiento como el conjunto de las normas que resultan del significado claro e inmediato de la formulación normativa.

Veamos si esta concepción encaja en nuestra visión.

El art. 124 del Código Penal brasileño señala que «se prohíbe el aborto». A su vez, el art. 128 establece que «se permite el aborto practicado por médico cuando el embarazo fuere resultado de agresión sexual o no hubiere otra forma de salvar la vida de la gestante»:

Art. 124. Practicar aborto en sí misma o consentir que otro lo practique.
Pena: detención de 1 (uno) a 3 (tres) años.

Art. 128. No se castiga el aborto practicado por médico:

I.—cuando no hubiere otra forma de salvar la vida de la gestante;

II.—cuando el embarazo fuere resultado de agresión sexual y haya consentimiento previo de la gestante o, si esta fuere incapaz, de su representante legal.

Hace algunos años estas disposiciones estuvieron en el centro de una polémica decisión del Supremo Tribunal Federal sobre el derecho de la mujer a abortar cuando el feto era anencefálico (ADPF 54-8/DF). Ningún magistrado cuestionó el hecho obvio de que, de acuerdo con el art. 124*, «se prohíbe el aborto no practicado por médico o, aunque lo sea, cuando el embarazo no sea resultado de agresión sexual y no haya peligro para la vida de la gestante».

He utilizado un asterisco para el art. 124, pues lo que el Código Penal originalmente señala es muy distinto de la formulación del párrafo anterior. ¿Cómo puede haber semejante consenso sobre la identidad entre el art. 124 y el 124*? Hay quien puede considerar mi pregunta extraña, pero el hecho es que hay inconsistencia entre los arts. 124 y 128. No la vemos, pues se ponen en práctica algunos mecanismos de inferencia presentes en la actividad de interpretación. Estas inferencias pueden traducirse en principios consagrados en la hermenéutica, como, por ejemplo, *lex specialis derogat generalis*, para excluir el art. 124, y para introducir el 124*, *exceptio firmat vim legis in casibus non exceptis*⁵⁰.

Mirándolo de forma más detenida, se ve que el 124* es resultado de una revisión del conjunto original de normas. Vamos llamar K_1 al conjunto original con los sentidos claros de los arts. 124 y 128 del Código Penal brasileño. El conjunto $K_1 = \{124, 128\}$ es inconsistente. Ante esta inconsistencia, el intérprete, que quiere dar sentido al material, lo revisa con el fin de eliminarla. Hay tres alternativas más inmediatas de reconstrucción para llegar a conjuntos consistentes de normas: las dos primeras, por contracción $K_2 = \{124\}$ y $K_3 = \{128\}$; la

⁵⁰ BACON (*apud* DEL VECCHIO, 1978: 89).

tercera por refinamiento $K^* = \{124^*, 128\}$ ⁵¹. Se adoptó la solución K^* , pues K_2 y K_3 realizan un corte muy radical en el sistema original. Por lo tanto, para llegar a K^* no solo hay una *reformulación*, sino también una *elección* entre alternativas posibles (orientada por esquemas de interpretación).

Supongamos entonces un caso en el que se practicó un aborto de un feto engendrado por el marido para que la pareja pudiera, sin complicaciones, realizar un viaje. Los factores relevantes, a la luz de las normas, son que el embarazo no es consecuencia de agresión sexual ni hay peligro para la vida de la madre. Por tanto, diríamos que se trata de un caso claro o fácil de aplicación de los arts. 124 y 128 del CP brasileño. Si bien, no podríamos hacerlo si se acepta la definición que MARMOR de casos claros, pues la instanciación va precedida de reformulación y elección entre alternativas posibles, es decir, de interpretación.

Por tanto, parece inadecuado definir «casos claros» como aquellos en los que no se necesita interpretar la norma⁵². Como el término «claro» ya induce a esta idea, es mejor incluso calcar la identificación de la objetividad fuerte en otra distinción terminológica. No se trata de saber si la norma es clara o no. «Caso claro» o «caso fácil» se refieren a una propiedad del caso respecto a la norma, o mejor dicho, a la objetividad de la *instanciación* de la norma al caso. Por lo tanto, lo que se quiere saber es si dicha instanciación está determinada o subdeterminada. Para que sea más intuitivo, es mejor hablar, por el momento, de distinción entre «casos fáciles» y «casos difíciles».

En esta línea, que toma la *instanciación* como noción central, MACCORMICK defiende la existencia de decisiones jurídicas suficientemente justificadas de forma puramente *deductiva*.

[...] algunas personas niegan que el razonamiento jurídico pueda ser alguna vez estrictamente deductivo. Si esta negativa pretende ser estricta, e implicar que el razonamiento jurídico no es o nunca puede ser solamente deductivo en su for-

⁵¹ Existe toda una rama de la lógica que se orienta al estudio de revisión de sistemas y conjuntos de enunciados, originada a partir de ALCHOURRÓN, GÄRDENFORS y MAKINSON – AGM (1985). Una buena introducción se encuentra en HANSSON (1999). La operación de refinamiento ofrece una alternativa más flexible a las operaciones tradicionales de contracción y revisión. Existe una presentación completa de refinamiento para teorías y bases en MARANHÃO (2007). El modelo de refinamiento cuestiona, en verdad, el principio de minimalidad que pauta los modelos del tipo AGM. En MARANHÃO (2009c), muestro que una versión generalizada de contracción, que llamé *conservative contraction*, cuando se consideran bases estructuradas de creencias, pierde menos información que los modelos basados en la noción de minimalidad. El modelo propuesto satisface mejor el principio de conservativismo de HARMAN (1986) en la revisión de creencias.

⁵² Giovanni RATTI (2008) también rechaza el concepto de MARMOR de casos claros como casos que dispensan interpretación. Su crítica, no obstante, se refiere a la *derrotabilidad interpretativa*, i. e. a la posibilidad de reinterpretar los casos claros a la luz de nuevas circunstancias, derrotando la instanciación propuesta por la norma. En mi opinión, no es necesario ir tan lejos para ver la inadecuación de esta definición. Sin embargo, RATTI llega demasiado lejos respecto a las consecuencias de la derrotabilidad y acaba rechazando su propia tesis de la objetividad parcial de las fuentes, de forma que se queda solo con la versión débil, lo que, como hemos visto también es inadecuado. En el apartado 13 *infra*, trataremos los casos de derrotabilidad a los que RATTI alude.

ma, entonces la negativa es manifiesta y demostrablemente falsa. Algunas veces se puede demostrar de forma conclusiva que una determinada decisión se justifica jurídicamente a través de un argumento puramente deductivo⁵³.

ATRIA⁵⁴ interpreta esta sugerencia en contraposición a la tesis de ALEXY⁵⁵, desde la perspectiva de su teoría de la argumentación, según la cual toda la fundamentación de decisión, para considerar que está suficientemente justificada, debe necesariamente contener una justificación interna (deducción de la conclusión a partir de las premisas) y una externa (argumentación en defensa de las premisas y su atribución de sentido, con base en la legalidad, la moralidad, las consecuencias, la intención del legislador, etc.). Así, en el contexto de nuestra discusión, la sugerencia sería que los *casos fáciles son aquellos para los que no sería necesaria la justificación externa de las premisas normativas*⁵⁶.

Esta definición tal vez ya no pase la prueba anterior, pues en el proceso de revisión hay algún grado de justificación de las premisas o, al menos, de la elección de K*. No obstante, vamos a admitir que la aplicación estaría determinada ya por el esquema de interpretación utilizado y que, además no se ha recurrido a la moralidad o a posibles atribuciones de intención al legislador a la hora de definir el sentido de las premisas normativas. Los casos que recurren a la justificación externa exigirían este tipo de argumentación para permitir la deducción.

Así, para verificar esta definición, vamos a volver de nuevo sobre el art. 128 del Código Penal. Este se ha descrito como «se permite el aborto practicado por médico cuando el embarazo fuere resultado de agresión sexual o hubiere peligro para la vida de la gestante». Este es el significado «indiscutible» del texto (pregunto si alguien ya pone alguna objeción a mi descripción). No obstante, es oportuno hacer una relectura:

Art. 128. No se castiga el aborto practicado por médico:

I.—cuando no hubiere otra forma de salvar la vida de la gestante;

II.—cuando el embarazo fuere resultado de agresión sexual y haya consentimiento previo de la gestante o, si esta fuere incapaz, de su representante legal.

Puede verse que la descripción propuesta ya excluye una posibilidad, al menos teórica, de fijar las premisas normativas, pues el texto no especifica si

⁵³ MACCORMICK, 1994 (trad. libre).

⁵⁴ ATRIA, 1999.

⁵⁵ ALEXY, 2005: parte III, epígrafe 1-2.

⁵⁶ Es obvio que se trata de una lectura que ATRIA realiza de la posición de MACCORMICK en *Legal Reasoning and Legal Theory*. Ya en la reedición de 1994 del referido libro, como el propio ATRIA destaca, MACCORMICK señaló en el prólogo un cambio en su forma de entender el papel de la deducción en el razonamiento jurídico: «*That shows why deductive reasoning from rules cannot be a self-sufficient, self-supporting, mode of legal justification. It is always encapsuled in a web of anterior and ulterior reasoning from principles and values, even although a purely pragmatic view would reveal many situations and cases in which no one thinks it worth the trouble to go beyond the rules for practical purposes*» (MACCORMICK, 1994: xiii).

los incisos deben leerse de forma conjuntiva («y») o disyuntiva («o»). Aquí, ya ha habido una elección que da el *postulado de precisión* del legislador racional: si fuera una conjunción, no habría utilizado dos incisos. Si bien, la descripción de propiedades en cada inciso no es mutuamente excluyente y, en estos casos, la división en incisos no es determinante, ya que, en diversas disposiciones, la separación puede utilizarse para condiciones conjuntivas (son comunes, incluso, las discusiones doctrinales sobre la lectura acumulativa o disyuntiva de los apartados de una determinada disposición legal). Lo que hace la lectura disyuntiva «indiscutible» es el intento de comprender la jerarquía de los principios subyacentes que sería capaz de explicar una u otra lectura.

El tema del aborto se divide, en primer lugar, por la oposición entre el derecho a la vida del feto y la libertad de la madre de disponer de su cuerpo. El art. 124 opta de forma clara por la vida del feto. Sería difícil dar sentido a su contenido (prohibición del aborto) si el feto no fuera sujeto de un bien moral con derecho a la vida, según la elección del legislador. La referencia a los casos de agresión sexual y al peligro para la vida de la madre nos permite inferir otros valores de justificación sin gran dificultad: la dignidad de la mujer y su vida. Esta inferencia gana fuerza cuando se observa el poder explicativo de estos principios para otras normas conexas del Código Penal, como el castigo de las agresiones sexuales (art. 213 del CP brasileño) y el concepto de «estado de necesidad» como causa excluyente de la ilicitud del homicidio (art. 23 del CP brasileño). También se alude a la libertad de la madre cuando se exige su consentimiento para el aborto en caso de agresión sexual.

Es coherente explicar el contenido del art. 128 como el esfuerzo del legislador racional para compatibilizar esos otros valores con la vida del feto. Aparecen dos alternativas: una lectura «disyuntiva» y una lectura «conjuntiva». En la primera tenemos que, en caso de agresión sexual, la dignidad de la madre prevalece sobre la vida del feto y, en caso de peligro para la vida de la madre, este valor también prevalece sobre la vida del feto (así como en la previsión del estado de necesidad, que justifica el homicidio). Esta jerarquía también es inmediata y armónica, a partir del contenido disyuntivo de las normas.

Ahora bien, si hacemos una lectura de conjunto, la jerarquización anterior ya no funciona en su capacidad para explicar el contenido de la norma. La nueva jerarquía sería: el derecho a la vida de la madre solamente en conjunto con su dignidad prevalecen sobre el derecho a la vida del *nasciturus*. Aunque esta jerarquización explique la lectura conjunta de los apartados del art. 128, tiene una debilidad patente. ¿Qué sentido podríamos construir sobre la diferencia entre la vida de una madre y la vida de una madre a la que han agredido sexualmente? ¿El hecho de que se haya violado su honor le otorga un mayor derecho a la vida? Más que una elección en términos de otro principio, el de igualdad, que afecta a un sentido de justicia, está la dificultad de dar una explicación racional a esta elección. La incoherencia de esta lectura es evidente

cuando también se busca justificar la norma relativa al estado de necesidad como causa excluyente de homicidio. Si en otros casos de estado de necesidad no se castiga el homicidio y el aborto también implica quitar la vida a un sujeto de derecho, ¿por qué en este caso, y no en el otro, se exige que la dignidad de aquel en el que hay peligro para la vida se vea de alguna forma violada?

Parece que la imposibilidad de concebir la lectura de conjunto como una elección racional hace que la lectura disyuntiva sea obvia o indiscutible. Así, un caso en el que el embarazo es consecuencia de agresión sexual, pero no hay peligro para la vida de la gestante, sería un caso de fácil instanciación, lo que no quiere decir que no sea necesaria una justificación externa. Esta solo no se exige de forma pragmática, pues se presupone, dado el consenso en la interpretación. No obstante, conceptualmente, no puede descartarse. Por tanto, tenemos un caso fácil, cuya justificación es externa.

Hay una parte de verdad en el argumento de FULLER de que, a veces, el propósito subyacente a la regla es tan obvio que no nos damos cuenta de que se tuvo en cuenta a la hora de identificar su sentido o de determinar una instanciación. FERRAZ JUNIOR tiene un punto de semejanza con la concepción de FULLER de que el propósito determina el sentido, al hablar de la claridad de la norma como una «calidad del contexto en el que esta se incluye y que es inherente a su significado»⁵⁷.

Mi diferencia se encuentra solo en lo que se refiere a la *inherencia* del contexto y el propósito al significado de la norma. La tesis wittgensteiniana de «sentido como uso del término», en cuya autoridad FULLER se basa, no implica que este solo pueda aprehenderse mediante la identificación del propósito y el contexto específico de un acto de habla (*utterance*). Como ya se ha señalado, la noción de uso, en WITTGENSTEIN, tiene que ver con las reglas de instanciación que comparte la comunidad lingüística, de forma que es un concepto «social» más que «subjetivo». Aunque el propósito pueda justificar una determinada atribución de sentido para un término o contenido de la norma, su contenido no se identifica con él. Así, por ejemplo, Juan puede entender y cumplir perfectamente su deber de pagar impuestos aunque no comprenda la razón por la que el Estado le cobra los impuestos.

Desde el punto de vista práctico, esta separación es importante, pues, además de ofrecer una justificación para crear la norma, el propósito o principio de fondo también ofrece una razón para la acción o la decisión según la norma (esta es la base de la *tesis de dependencia* de RAZ). Y el punto que no se puede perder es que un mismo contenido puede justificarse en propósitos distintos, además de lo que, la razón de fondo de la norma, como directriz de conducta, puede ofrecer una razón para la acción contraria a la ofrecida por la propia

⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, 2008: 266.

norma, dependiendo de la instanciación particular (se tratará esta posibilidad *infra* en el apartado 13).

La argumentación de las razones por las que se establece la norma con un determinado contenido no trata propiamente de la inteligibilidad de la norma, sino sobre su comprensión como resultado de un acto racional. Por lo tanto, el texto puede reducirse a su aspecto locucionario, como «prohibido fumar en esta sala» o el símbolo que con frecuencia se usa para representar la referida prohibición, que puede comprenderse de forma objetiva. El aspecto ilocucionario se refiere a la comprensión de dicha locución como *racional*. En este sentido, FERRAZ JUNIOR señala de forma precisa que la locución «siempre [está] acompañada de alguna ilocución (fumar perjudica la salud), en la que surgen las disputas axiológicas, ideológicas entre los propios intérpretes»⁵⁸.

La parte de verdad en FULLER está en destacar que el significado considerado como *claro* o *fácil* puede ser el resultado determinado de una posible disputa interpretativa y argumentativa (justificación externa, según la terminología de ALEXY)⁵⁹, que implica controversia sobre las premisas de una instanciación, con atribuciones de sentido divergentes o justificaciones de fondo convergentes. Es decir, así como aquello que, en el derecho, se adjetiva como *claro* (*settled meaning*) puede no ser una cualidad semántica de la formulación normativa, el adjetivo «fácil» para una instanciación no significa que esa sea «puramente deductiva».

Como existen casos fáciles que implican reformulación de contenido y justificación externa de las premisas, hay que buscar una perspectiva más general. Proponemos que el adjetivo «fácil» se refiera a la *indisputabilidad* de la (justificación externa e interna de una) instanciación de la norma a un caso. El caso es fácil en las instanciaciones en general *consensuadas* por la comunidad jurídica, con independencia de que haya que recurrir a revisiones de la formulación original o a argumentos de justificación de las premisas. Es suficiente con que no haya argumento justificable o mínimamente plausible contra la instanciación. En realidad, esta es una concepción de HART:

Los casos claros son aquellos en los que existe consenso general sobre que se incluyen en la finalidad de la regla y es tentador atribuir ese consenso simplemente al hecho de que necesariamente existen dichos acuerdos en el uso de convenciones compartidas del lenguaje. Si bien, esto sería una simplificación excesiva, pues no dejaría lugar a convenciones especiales del uso jurídico de las palabras, que pueden diferir del uso común o para la forma por la que el significado de las palabras puede controlarse de forma clara con referencia al propósito de un acto legislativo, que puede afirmarse de forma explícita o ser acordado de forma general⁶⁰.

⁵⁸ *Ibid.*: 266.

⁵⁹ ALEXY, 2005: 226.

⁶⁰ HART, 1983: 106 (trad. libre).

En este fragmento, HART distingue el sentido lego, ofrecido por el consenso en el uso ordinario de los términos que utiliza la regla, del sentido técnico-jurídico dado por el empleo de técnicas de interpretación jurídica, que implican el control del significado mediante convenciones especiales o el propósito claramente atribuido al acto de promulgación o decisión. El sentido lego se refiere al material que se da al jurista. Por su parte, el sentido técnico puede ser el resultado de la actuación de la interpretación, tomada, también por HART, como forma de identificar los casos claros. La interpretación, al llegar a una conclusión indiscutible o en general consensuada, hace que el caso sea claro. En este sentido, se puede hacer una interpretación de la máxima *in claris cessat interpretatio* como referente al resultado de un proceso dinámico de interpretación que cesa con la claridad, algo distinto del contenido de *clara non sunt interpretanda*⁶¹.

Esto significa que la identificación del contenido en la base de la tesis de objetividad fuerte de las fuentes presupone una actuación interpretativa (que incluye el recurso al legislador racional), lo que ya es una concesión a $E=I$. Esta identificación no será nociva si I está determinada en parte de los casos, lo que HART postula y DWORKIN desafía.

Sin embargo, debe quedar claro que no se está afirmando la inexistencia de casos en los que el sentido de la norma sea claro, o la inexistencia de casos en los que, en función de esa claridad, no sea necesario recurrir a la justificación externa. Lo que se busca es solo una definición capaz de destacar las características esenciales y distintivas de lo que se señala como «caso fácil». La observación fue que la noción de «claridad de la formulación normativa» y la idea de instanciación por medio de «silogismo deductivo puro» no abarcan situaciones importantes de uso del adjetivo «fácil». A su vez, la mera asunción de que los juristas consensuan instancias típicas de «casos fáciles», en la senda de HART, parece insatisfactoria pues no ofrece propiamente criterios de aplicación del término, con lo que no propician la identificación de la *extensión* de este predicado. Este concepto es clave, pues de él depende la base objetiva para la descripción del derecho como es.

⁶¹ En *clara non sunt interpretanda* se tiene el adjetivo *clāra* [*clārus* (masculino), *clāra* (feminino), *clārum* (neutro)] sustantivado en el neutro plural: «cosas claras», «textos claros», «discursos claros». A este adjetivo se le asocia otro, el participio pasivo futuro, también llamado gerundivo: «cosas claras no son “interpretandas”»; es decir, «lo que es claro no debe ser interpretado». Adviértase que el centro de la frase, ordenada según el latín medieval (el clásico lo ordenaría de forma diferente), es *clāra*. En cambio, *in claris cessat interpretatio* aparece el mismo adjetivo sustantivado, ahora en caso ablativo (en rigor, locativo) y el centro de la frase es el sustantivo *interpretatio*: «en cosas claras cesa la interpretación», «la interpretación cesa en lo que es claro», «lo que es claro pone término a la interpretación». Se entiende que —si hay una interpretación en marcha—, cuando se llega a puntos claros, estos hacen cesar la interpretación. Así, en *clara non sunt interpretanda* no se presupone interpretación; según *in claris cessat interpretatio* la interpretación, presupuesta, cesa. (Quiero agradecer a Clóvis Luiz Alonso Júnior esta aclaración del latín, que se alinea a la interpretación que aquí se sugiere para las máximas, que normalmente en el entorno jurídico se consideran equivalentes).

Si bien, precisamente esta definición de sentido de «caso fácil» muestra por qué HART no sufría, y el positivismo no necesita sufrir, el mal que DWORKIN llamó «aguijón semántico», *i. e.* creer en la existencia de criterios semánticos de identificación del término «derecho». La crítica de DWORKIN sería válida si la única concepción de sentido disponible para la teoría analítica del derecho fuera la criteriológica. No obstante, HART parece defender una concepción de sentido como habilidad de uso y la noción de casos fáciles no como resultado de aplicar criterios predeterminados, sino como la simple existencia de situaciones prototípicas de uso del término⁶², compartidas por la comunidad lingüística, lo que es, además, una condición de sentido.

Asimismo, se puede pensar en la situación *prototípica* de aplicación del término «derecho» como aquella en la que la formulación normativa de una norma, identificada por su *pedigree*, es clara, con aplicación puramente deductiva en un caso cuya justificación de fondo ofrece una razón en el mismo sentido. Sin embargo, esta no agota la identificación de la base objetiva de la tesis de las fuentes.

Como la preocupación ahora es identificar el ordenamiento jurídico como fuente originaria de las razones jurídicas válidas y la definición de «caso fácil» no es criteriológica, conviene usarlo en su sentido más crudo, *i. e.* usaremos el término «ordenamiento jurídico» para designar el material preinterpretativo, que no se reduce a textos promulgados, sino que consiste en el conjunto de los sentidos preliminarmente atribuidos a los textos dotados de autoridad, con base en las convenciones lingüísticas ordinarias (no técnicas) sobre los términos usados en las formulaciones normativas. Para ejemplificar, recurriendo a las reglas sobre el aborto, la norma que considero perteneciente al ordenamiento es la expresada en el art. 124. La norma 124* ya es el resultado de interpretación, aunque objetiva y perteneciente a una reconstrucción del ordenamiento que no enfrenta rivales plausibles (su justificación externa es, prácticamente, pero no conceptualmente, dispensable). Aunque no se sepa determinar cuáles son los casos fáciles, hay casos fáciles que resultan de interpretaciones consensuadas del ordenamiento jurídico, considerado como ese material preinterpretativo. DWORKIN sigue esta idea en la medida en que, como hemos visto, pese al profundo desacuerdo que postula sobre los *fundamentos del derecho*, considera posible la convergencia entre *proposiciones de derecho* en las diferentes concepciones.

Con todo, aún hay otro aspecto sobre el que HART llama la atención cuando aborda la noción de «caso claro», en el que acoge algo del escepticismo sobre las reglas:

⁶² Sobre la teoría prototípica del significado, cuyo origen se encuentra en la filosofía del lenguaje ordinario del segundo WITTGENSTEIN, véase LAKOFF (1990: parte I, epígrafe 3) y la colección de ensayos MARGOLIS y LAURENCE (1999). Puede encontrarse una lectura de HART como partidario de una concepción prototípica de sentido en ENDICOTT (2005).

Sin embargo, el escepticismo de este carácter, aunque inaceptable, sirve para enfatizar que es muy difícil ofrecer un enfoque exhaustivo de lo que hace que un «caso claro» sea claro o lo que hace que una regla general sea únicamente aplicable a un caso particular. *Las reglas no pueden pretender instancias propias y las situaciones de hecho no aguardan al juez emblematizadas con la regla que les es aplicable*⁶³.

HART alude aquí al *caso* como elemento determinante de la facilidad o dificultad de la instanciación, lo que incluso es la puerta de entrada para el escepticismo respecto a la posibilidad de obtener una solución previa por medio de reglas. No son las reglas las que determinan sus instancias de aplicación, sino que a partir del caso, por interpretación, se identifican las reglas que hay que aplicar y el contenido claramente aplicable al caso.

Esto es particularmente importante si tomamos la noción amplia de ordenamiento como aquel material preinterpretativo. En este caso, la pregunta abstracta sobre el conjunto de todas sus normas válidas no tiene mucho sentido práctico para un operador jurídico. La pregunta sobre el contenido del ordenamiento, en boca de los operadores, está unida a la resolución de un problema, es decir, la cuestión es saber *lo que eso que consideramos «el ordenamiento» dice sobre el estatus deóntico de esa acción en esas circunstancias*. En otras palabras, qué solución o razones ofrece el derecho sobre cómo actuar en esas circunstancias.

Ante esta pregunta, a no ser que se haga una descripción inútil (como en el caso de los arts. 124 y 128 del CP, en el que diríamos que «de acuerdo con el derecho brasileño se permite y prohíbe practicar un aborto a una mujer cuyo embarazo es resultado de agresión sexual»), nuestra descripción del conjunto de soluciones del ordenamiento para una acción, en diferentes circunstancias en las que puede realizarse, implicará interpretación y construcción de un sistema normativo capaz de ofrecer razones sobre cómo actuar conforme al derecho. Con ello, hago una distinción entre el *ordenamiento jurídico*, como base preinterpretativa, y *sistemas normativos jurídicos*, que ofrecen las razones para actuar conforme a derecho. Estos sistemas se determinan según lo propuesto en *Normative Systems*⁶⁴, *i. e.* a partir de la especificación de un tipo de conflicto (universo de discurso), en el que se pretende definir el estatus deóntico (universo de soluciones) de una acción (universo de acciones) en ciertas descripciones de casos posibles conexos (universo de casos).

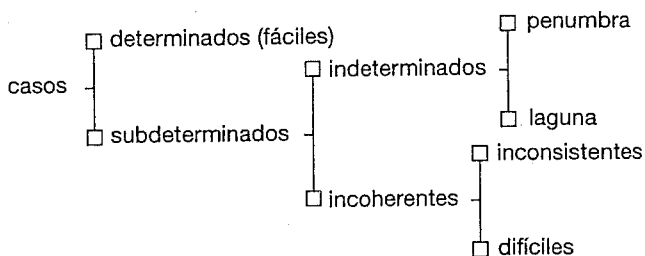
Se asumió la existencia de un conjunto de casos fáciles, en los que la identificación de la acción conforme a derecho está determinada, *i. e.* en la que el sistema normativo reconstruido a partir del ordenamiento, en el caso en cuestión, determina una solución deóntica. Para precisar la terminología, a partir de

⁶³ HART, 1983: 106 (trad. libre).

⁶⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993; véanse, en particular los capítulos 1 y 2.

ahora, esos casos se denominarán «*casos determinados*» a partir del ordenamiento. No obstante, hay una serie de casos en los que la instanciación está subdeterminada, en la medida en que el ordenamiento permita reconstrucciones de sistemas normativos concurrentes en una misma acción con una determinada descripción de circunstancias.

Estos «*casos subdeterminados*» pueden ser de dos tipos: a) casos indeterminados o b) casos incoherentes. Los primeros se subdividen en: a.1) «casos de penumbra», en los que la indeterminación de la instanciación deriva de la vaguedad o ambigüedad de los términos presentes en la formulación normativa, lo que dificulta el reconocimiento del caso en cuestión como dentro o fuera del ámbito de referencia del término (diferentes fijaciones posibles de sentido indican diferentes instanciaciones); a.2) «casos de laguna», en los que, aparentemente, no hay una solución, entre las reglas que se aplican a la acción en cuestión, para un caso resultante de las combinaciones posibles entre presencia y ausencia de los factores seleccionados como relevantes en esas reglas (el caso en cuestión se identifica con una de esas combinaciones de factores sin solución)⁶⁵. Los casos de incoherencia se subdividen en: b.1) «casos de inconsistencia», en los que normas distintas del ordenamiento indican soluciones opuestas para la acción en cuestión; b.2) «casos difíciles», en los que existe conflicto entre la norma y el principio subyacente que justifica la creación de la norma o conflictos entre principios subyacentes a distintas normas igualmente aplicables. Esta clasificación puede resumirse en el siguiente diagrama:



Normalmente, cuando se destacan los llamados «problemas de interpretación», son los cuatro casos que se localizan en los extremos del diagrama (penumbra, laguna, inconsistencia e incoherencia) los que pautan las clasificaciones. A partir de SAVIGNY⁶⁶, es normal dividirlos en problemas de las leyes consideradas singularmente y de las leyes consideradas en su relación con el

⁶⁵ Los casos de penumbra se identifican con el concepto de «lagunas de reconocimiento» de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1997: 63-64) y los casos de laguna se identifican con el concepto que estos autores tienen de «lagunas normativas» (*ibid.*: 41 y ss.). La descripción de las lagunas normativas puede haber parecido innecesariamente compleja, pero no viene al caso construir al detalle o explicar dicha definición. Como la tomo prestada de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971), remito al lector a la referida fuente.

⁶⁶ SAVIGNY, 1886.

sistema jurídico, de forma que, la penumbra y los casos difíciles pasan a pertenecer a la primera clase, mientras que las lagunas y los conflictos pasan a ser problemas de sistematización. SAVIGNY denominaba «leyes defectuosas» a los problemas relacionados con leyes singulares y distinguía entre leyes *indeterminadas* y leyes *inexactas*. Las indeterminadas son las que no indican perfectamente un pensamiento. Las inexactas son leyes que manifiestan un pensamiento distinto a su «pensamiento verdadero» (conflicto entre la regla y su *ratio*)⁶⁷.

Esta tradición se preserva en *Normative Systems*, aunque desde una óptica positivista, que se ocupa de separar descripción de crítica valorativa del ordenamiento. Los problemas de sistematización que se tratan, de forma descriptiva, son las lagunas y los conflictos, cuya definición es estrictamente sintáctica. Los casos de penumbra e incoherencia se tratan como versiones no genuinas de lagunas. Los casos de penumbra se ven como problemas semánticos, ya eliminados en la abstracción hecha por la sistematización, que ya fija significados. Los casos difíciles o de incoherencia, llamados «lagunas axiológicas», se consideran espurios e indicarían la pretensión de modificar el sistema normativo⁶⁸ (movimiento muy distinto de SAVIGNY, que, por el contrario, consideraba espuria la solución que se manifestaba de forma explícita en la fuente jurídica).

La clasificación ahora propuesta no encaja bien en esa tradición, en la medida en que no trabajo con la noción de sistema como base unívoca. Tomo sistemas normativos como reconstrucciones interpretativas posibles del ordenamiento, a partir de normas singulares o normas que se refieran a una acción particular en clases de circunstancias conexas. Es decir, todos los problemas tienen que ver con la sistematización y son problemas porque generan sistematizaciones alternativas no resueltas, a partir de la misma fuente. Debe quedar claro que la determinación o subdeterminación se refiere a la concurrencia entre sistemas normativos que pueden generarse a partir del ordenamiento jurídico. Las definiciones de cada tipo de subdeterminación se orientan a posibles causas, pero *no* caracterizan condiciones *suficientes* para ellos, dado que la determinación o subdeterminación se identifica mediante el consenso en la solución (ausencia de un contraargumento defendible a favor de otra solución) y no se refiere a una propiedad de la formulación normativa o la instanciación. Así, todas las situaciones descritas pueden ser tales que, pese a que pueden generar en teoría más de un sistema normativo concurrente, solo hay un sistema identificado por la comunidad jurídica como justificado (consenso general). Por lo tanto, las situaciones de subdeterminación pueden estar presentes, pero su instanciación ser fácil o determinada (es el caso del conflicto entre los arts. 124 y 128 del CP brasileño). El coste de esta taxonomía, obviamente, es debi-

⁶⁷ *Ibid.*: 229.

⁶⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997: cap. VI y VII.

litar la noción de ordenamiento jurídico y ampliar la *posibilidad* de subdeterminación, además de no ofrecer una definición criteriológica para la base objetiva de la tesis de las fuentes.

Otra nota crucial. Con estas distinciones, los *hard cases* de DWORKIN que presentan conflictos entre reglas y principios morales subyacentes dejan de acertar en el blanco, *i. e.* la tesis de objetividad fuerte. El ataque final de DWORKIN a la tesis de las fuentes depende de la implosión de esta base objetiva. Así, para que la crítica funcione, los *hard cases* tienen que estar en esa base. Esto sucedía con las definiciones de «casos fáciles» calçadas en la dispensa de interpretación o de justificación externa. Es decir, serían casos difíciles aquellos *casos claros* (desde el punto de vista del sentido expresado en la norma), pero *claramente injustos*, según una determinada valoración del propósito de la regla. En este punto sería patente la discrepancia entre el criterio de validez basado en el *pedigree* y el basado en la *moral*. En estos términos, la tensión para preservar la objetividad de la base es insostenible. O esta se abandona, como propone DWORKIN, o se admite que decisiones jurídicamente válidas tienen fundamentos extrajurídicos, con lo que conviven bien los exclusivistas. Por su parte, el positivismo incluyente insiste en la objetividad aunque se incorpore la moralidad en las fuentes.

Sin embargo, en la clasificación propuesta, que deriva de una lectura posible de HART, no aparece esta tensión, pues los *hard cases* simplemente no son casos de instanciación consensuada y no tratan sobre la base objetiva sobre la que se edifica el positivismo. Es obvio que con tan solo cambiar de lugar no se resuelve el problema, pero ya es un paso para ver dónde se encuentra. Para eliminar la crítica a la objetividad y al consenso sobre las fuentes, el desafío reside en mostrar que los casos difíciles no representan un enfrentamiento moral, ajeno a la positivación, sino una búsqueda, aunque valorativa, mucho más próxima a lo que SAVIGNY llamaba «*verdadero pensamiento*» de la regla.

6. EL DISCURSO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La noción de ordenamiento aquí utilizada lo sitúa como material a partir del cual se construyen razones mediante la interpretación. Esta construcción parte de cuestiones que se dirigen al ordenamiento sobre si una determinada acción, en determinadas circunstancias, está permitida, prohibida o es obligatoria. Se asume que debe haber consenso respecto a una base de razones construida de forma interpretativa. Con todo, existen posibilidades de subdeterminación, en las que convergen diferentes sistemas normativos resultantes de interpretación. Las normas derivadas o derivaciones lógicas se refieren al cierre lógico (conjunto de consecuencias lógicas) de dichos sistemas normativos, *i. e.* de las razones reconstruidas a partir del ordenamiento.

En este contexto, la dogmática jurídica (*Jurisprudenz*) asume una postura activa en la identificación de las razones jurídicas a partir del ordenamiento. Como nuestra preocupación, en la *Metajurisprudenz*, es tratar las condiciones de identificación de las razones jurídicas válidas, importa la fundamentación de la actividad de la dogmática y las condiciones de verdad de sus proposiciones. Aquí entramos en el difícil tema de la caracterización de las proposiciones normativas, que KELSEN llamaba descriptivas, aunque descriptivas de un «sentido normativo», lo que les daría una dimensión de «deber ser».

Nadie ha conseguido descifrar exactamente lo que KELSEN tenía en mente. HART⁶⁹ propuso identificarlas a partir del uso y mención de las palabras, posibilidad que KELSEN rechaza. Pese a ello, positivistas posteriores la concibieron como descripción del hecho de prescripción de las normas (depurándola de la dimensión normativa). En este tipo de discurso, el hecho de que se promulguen normas inconsistentes puede describirse de forma natural sin extrapolar ningún límite racional.

No obstante, justamente por el hecho de que la identificación de normas por parte de la dogmática, aunque sea objetiva y determinada para algunos casos claros, puede implicar un proceso de revisiones y reformulaciones, la descripción de la existencia de actos de legislación puede no tener interés para que la dogmática jurídica cumpla su función. Esta es la cuestión clave: ¿cuál es la *función pragmática* que cumple el discurso de la dogmática jurídica?

Desde esta perspectiva, BOBBIO⁷⁰, al constatar la interferencia del jurista en el material jurídico dado, cuando identifica o explica el derecho, propuso que la dogmática haría «recomendaciones» o daría «consejos» sobre cómo actuar, a partir del ordenamiento. BOBBIO ve, aquí, al menos, una función de la ciencia del derecho de *guiar la conducta*, pero no mediante prescripciones. Cree que esto es posible en la medida en que se supere la dicotomía prescripciones/descripciones como un todo o nada para abordar el fenómeno jurídico (o se describe el contenido de la norma o se pretende prescribir conductas, lo que sería tarea solo de las autoridades). El consejo también es una forma de presión normativa, aunque no tenga imperio. Sin embargo, el enfoque de BOBBIO tiene el inconveniente de atribuir a la ciencia jurídica también una actitud valorativa, incluso moral y política, solo que no dotada de autoridad institucionalizada.

En otras ocasiones, he defendido que no solo son posibles otras formas de presión normativa, como, desde el punto de vista pragmático y los efectos perlocucionarios de los actos de habla⁷¹, la descripción de que un mandato es vinculante, junto con una descripción de su contenido, necesaria e inmediatamente implica que el acto de habla es la *descripción de lo que hay que hacer*

⁶⁹ HART, 1983 (cap. 14).

⁷⁰ BOBBIO, 1967.

⁷¹ Véase AUSTIN (1975) y MARANHÃO (2004).

para cumplir el mandato. Se trata de un tipo específico de «recomendación», que VON WRIGHT llama «reglas técnicas» o «deberes técnicos»⁷². Las reglas técnicas son instrucciones sobre lo que hay que hacer para que llegar a un determinado objetivo (también pueden tomarse como condiciones suficientes, aunque VON WRIGHT las haya dejado de lado, dada la dificultad de fundamentar un silogismo práctico)⁷³. Poseen un elemento valorativo o volitivo, el fin pretendido, y un elemento descriptivo, las relaciones entre la acción y sus efectos (en este caso, el fin es cumplir las normas jurídicas válidas). El elemento descriptivo trae su carácter teórico, de forma que dichas proposiciones pueden asumir valores de verdad, lo que es una ventaja importante con relación a los «consejos» como propuesta de interpretación de las *Rechtsätze*, pues permite una conceptualización neutra de la ciencia del derecho, aunque dichas proposiciones dependan de valoraciones (la principal de ellas, la valoración de la validez misma de las normas jurídicas que se pretende obedecer).

AARNIO llevó a cabo el intento anterior de comprender las proposiciones sobre el derecho como reglas técnicas⁷⁴, separando dos perspectivas, una secundaria, en la que estas serían proposiciones a los sujetos normativos sobre las condiciones necesarias para obtener protección del derecho, otra primaria, en la que estas determinarían a los jueces condiciones necesarias sobre cómo interpretar las normas para alcanzar determinados efectos sociales. Se descarta la primera perspectiva con base en argumentos semejantes a los que HART dirigió a la teoría predictiva de la validez de Alf Ross. La segunda se considera insuficiente para explicar la complejidad de las razones que los jueces emplean y de los fines sociales que la práctica jurídica persigue. En su lugar, AARNIO vuelve sobre la propuesta de BOBBIO de tomar proposiciones de la ciencia del derecho como recomendaciones, momento en el que se revela el motivo efectivo de su insatisfacción con las reglas técnicas. AARNIO, al igual que el BOBBIO funcionalista, cree que es una tarea no solo de la dogmática, sino también de la teoría del derecho, una toma de posición sobre los objetivos morales y políticos que se han de lograr en la identificación del derecho.

Por otro lado, el enunciado de interpretación genuino difiere de una regla técnica en la medida en que el jurista ahora también se posiciona sobre el propósito mismo [del derecho]. [...] Mi discusión, al mismo tiempo, se refiere a la aserción de que el jurista busca influir en la sociedad cuando propone enunciados de interpretación genuinos. El jurista mira en la realización de cierto (normal-

⁷² VON WRIGHT (1963: cap. 1). En mi tesis de doctorado (MARANHÃO, 2004) se presentó la idea de que el discurso de la dogmática jurídica estaría constituido por reglas técnicas, el cual se rearticuló en un artículo (MARANHÃO, 2010) como un discurso intermedio entre el *ser* y el *deber ser*, en la senda de lo sugerido por BOBBIO. Jorge RODRÍGUEZ defiende la misma tesis como forma de preservar la neutralidad del discurso de la ciencia del derecho (RODRÍGUEZ, 2010).

⁷³ Véase MARANHÃO (2006). Para un esbozo de alternativas de construcción de un sistema lógico para validar los silogismos propuestos por VON WRIGHT, véase SEGERBERG (2009: 93-109).

⁷⁴ AARNIO, 1977: 304-312.

mente prevaleciente) objetivo y cree que es justamente una elección específica que le llevará a él o al menos promoverá que lo alcance⁷⁵.

No propongo como discurso de la dogmática el discurso de reglas técnicas en su dimensión empírica, en el sentido de lo que tiene que hacerse para aumentar la probabilidad de obtener la protección del derecho, en las que pueden pensarse estrategias posibles de cumplimiento/incumplimiento, sino como simple derivación lógica de la combinación de propiedades del discurso que, al mismo tiempo, describe una norma como vinculante y explicita su contenido.

Ya en la versión primaria, AARNIO incluye un elemento adicional, el objetivo social que se quiere alcanzar con la interpretación propuesta para una norma particular, lo que es innecesario. Se trata de describir lo que hay que hacer con el objetivo de cumplir el ordenamiento, no un determinado efecto social desde una determinada perspectiva. Para los casos determinados, esto no significa una toma de posición. Para los casos subdeterminados, el intérprete dogmático genuino, al decantarse por una, entre otras interpretaciones concurrentes, puede hacer una atribución de sentido pautada por una determinada elección de propósito para la regla, pero, en su discurso, este objetivo aparece como el propósito «real» del legislador, porque es el mejor (o al menos se presenta y justifica como el mejor), y no como un propósito que sería mejor elegir, entre otros. Por ello, podemos tomarlo como regla técnica, aunque aquí haya una asunción contrafáctica. Lo importante es el reflejo que tiene en la teoría del derecho (*Metajurisprudenz*). Para esta, sigue siendo posible identificar, de forma no comprometida, tanto la base objetiva del derecho como sistemas normativos concurrentes como conjuntos de reglas técnicas informados por distintos objetivos⁷⁶.

De esta forma, la función práctica del discurso de la ciencia del derecho es *guiar la conducta* presuponiéndose el cumplimiento del ordenamiento. Las normas se toman, aunque *contrafácticamente*, como productos de actos racionales. De este modo, se asume que la realización de las acciones según las reglas por los sujetos normativos conduce a los objetivos que se imputan al legislador (racional). Por lo tanto, el discurso de la dogmática se dirige a orientar la conducta mediante reglas técnicas, pautado por la asunción de validez de las razones procedentes del ordenamiento, además de la asunción, *contrafáctica*, de que dichas razones son el resultado de elecciones racionales.

No se descarta el discurso descriptivo del ordenamiento jurídico, como material interpretativo. Este puede estar presente como base para fundamentar

⁷⁵ *Ibid.*: 321 (trad. libre).

⁷⁶ BOBBIO veía la posibilidad de una *Meta-metajurisprudenz* descriptiva, en la que varias atribuciones posibles de función social al derecho definirían órdenes jurídicos distintos. Esta metateoría del derecho describiría los ordenamientos jurídicamente posibles a la luz de diferentes ideologías (BOBBIO, 1967).

elecciones de la ciencia del derecho en procesos intermedios de revisión del sistema normativo, hasta llegar a una construcción que supere las pruebas de racionalidad. Así, estos sistemas intermedios pueden figurar en argumentos, que, por ejemplo, muestren la inconsistencia de una determinada atribución de sentido, para sostener una atribución de sentido alternativa. Al final de este proceso, el sistema normativo presentado como resultado de la interpretación identificará *aquello que hay que hacer* para cumplir el ordenamiento, como un conjunto de casos y soluciones, a partir de las normas interpretadas, que pueda atribuirse al legislador racional.

7. EL INCLUSIVISMO LÓGICO COMO CONTRAARGUMENTO A DWORKIN

Por fin, estamos en situación de presentar el argumento del inclusivismo lógico. Este debe tomarse, fundamentalmente, como una objeción posible al ataque de DWORKIN al positivismo. Aunque no crea que la posición que aquí se defiende pueda denominarse propiamente como «incluyente» (lo que quedará más claro más adelante), tomo el término prestado de MARMOR⁷⁷, quien lo atribuye a RAZ. En realidad, RAZ no utiliza exactamente el término, sino que llega a identificar el incorporacionismo mismo con la tesis de que normas derivadas de reglas dotadas de fuente también serían válidas⁷⁸. MARMOR descartó el inclusivismo lógico porque creía que estaba cerca de la teoría del derecho como integridad de DWORKIN. De hecho, como ya se ha señalado, DWORKIN rescató para la teoría del derecho la noción inferencial de coherencia, al incluir, en su concepción de derecho, las razones que mejor explican un determinado material dotado de autoridad. No obstante, la forma como se propuso ese inclusivismo inferencial en la teoría del «derecho como integridad» es incompatible con la concepción positivista del derecho. Esta consecuencia se puede evitar, es decir, lo que DWORKIN considera «una teoría adecuada de adjudicación», *i. e.* una teoría capaz de reflejar la racionalidad de la reconstrucción interpretativa que llevan a cabo los tribunales apelando a principios puede ser compatible con la tesis positivista de las fuentes sociales.

Por lo tanto, tras presentar mi versión de la objeción lógico-incluyente al argumento de DWORKIN, debo centrarme en las objeciones anticipadas por MARMOR al «inclusivismo lógico», con la finalidad de precisar mi versión, que también es compatible con el positivismo excluyente.

Rescatando el argumento de DWORKIN expuesto en la sección anterior, de forma adecuada para identificar donde está mi contraargumento, el punto cen-

⁷⁷ MARMOR, 2002.

⁷⁸ La identificación se realiza en el texto Law, «Authority and Morality», publicado primero en la revista *The Monist* y reimpresso en RAZ, 2001: 210-237.

tral de la tesis de que el nivel de discrepancia en la actividad de interpretación y argumentación jurídica es tan profundo que no permite apuntar una convención sobre criterios de identificación de normas válidas o del significado o extensión del término «derecho» (*semantic sting*). Los jueces discrepan no solo en la interpretación de decisiones políticas previas dotadas de autoridad, sino también sobre cuál sería su función como jueces e incluso sobre su actitud con relación a esas decisiones. De ello resultaría que, si la ciencia del derecho pretende ser descriptiva (o en la expresión del BOBBIO funcionalista, si pretende *prescribir la descripción*), entonces defiende moralmente una determinada actitud de fidelidad a la ley o de seguridad jurídica. Si el derecho no puede ser un concepto criteriológico, DWORKIN apunta que se trata de un concepto interpretativo, y la identificación concreta de cualquier derecho subjetivo dependería, necesariamente, de una concepción global sobre cuál sería el propósito de la práctica jurídica, en términos de justificación de la coerción colectiva. Esto acabaría con la pretensión de una teoría general descriptiva o independiente de compromiso del teórico en la valoración moral del derecho. Este compromiso debería colocar el material jurídico disponible como justificado por una determinada moralidad política, también alegada.

Entre las tres posibilidades de interpretación del desacuerdo en la actividad de adjudicación —*desacuerdo sobre cuáles son las reglas establecidas, desacuerdo sobre la moralidad de aplicar reglas reconocidas y desacuerdo sobre la autoridad de las reglas establecidas*—, DWORKIN se guía por el tercero, en el sentido de que los jueces aplican los principios morales y de políticas públicas como razones jurídicas vinculantes, aunque no satisfagan la regla de reconocimiento de las fuentes dotadas de autoridad. Así, incluso en su segunda formulación interpretativista, la evidencia básica tomada para el desacuerdo está en el hecho de que los jueces justifican sus decisiones y se sienten vinculados a hacerlo, con base en esos principios (valores morales u objetivos de políticas públicas), principalmente en los casos difíciles.

Ahora importa analizar con cuidado las conclusiones que DWORKIN saca de esta evidencia contra el positivismo: *a*) la tesis de las fuentes sociales es insuficiente para explicar el conjunto de derechos o razones que los jueces consideran legalmente vinculantes; *b*) la tesis de la discrecionalidad está equivocada, pues en los casos no claros las elecciones no son arbitrarias, sino que se fundamentan en esos principios vinculantes; *c*) si la fuerza vinculante de los principios como razón jurídica para la acción o decisión no puede basarse en la convención social sobre las fuentes, entonces debe derivar de una valoración del mérito moral de sus contenidos.

El golpe al positivismo y a la pretensión misma de neutralidad está en el consecuente de la conclusión *c*, que une la identificación de lo que es derecho a valoraciones morales. Ya en el enfoque interpretativista, se divide en la tesis de que esa valoración moral determinante del contenido de decisiones en casos

difíciles es resultado de una valoración del propósito que los jueces atribuyen a su propia actividad y al derecho como un todo.

La conclusión *c* es una implicación cuyo antecedente es:

antc: «la fuerza vinculante de los principios como razón jurídica no puede basarse en la convención social sobre las fuentes».

Este antecedente constituye la conclusión a partir de las premisas *a*, de que la convención social no incluye los principios, y *b*, de que los principios son pautas de comportamiento vinculantes para los jueces. Como de *a* y *b* obtengo *antc*, esto me permite derivar el consecuente de *c*:

consc: «la fuerza vinculante de los principios como razones jurídicas deriva del mérito moral de su contenido».

La proposición *antc* es, en verdad, una conjunción entre dos proposiciones: *antc*₁: «los principios son vinculantes como razones jurídicas» y *antc*₂: «no pueden formar parte de la convención sobre las fuentes». En estos términos la tesis excluyente consiste básicamente en negar *antc*₁:

~*antc*₁: «los principios son vinculantes, pero no como razones jurídicas».

Esto significa atribuir casos que impliquen principios a la discrecionalidad de la adjudicación, en el sentido de que las autoridades pueden basarse tanto razones jurídicas como en otras razones extrajurídicas que los vinculen.

A su vez, la tesis incluyente consiste en negar *antc*₂:

~*antc*₂: «los principios pueden formar parte de la convención sobre las fuentes».

Ya hemos visto en el apartado 6 del capítulo II que la incorporación de valores morales a los criterios de validez ha de enfrentar una serie de problemas. Tiene que convencernos de que dicha incorporación de valores controvertidos de forma natural no explotará el universo de razones ni frustrará la convención y, en definitiva, que es compatible con la naturaleza de la autoridad. De estos obstáculos, el último parece el más difícil. En conclusión, si la práctica de seguir reglas consiste en hacer aquello que sería meritorio hacer con independencia de las razones que ofrezcan las reglas, entonces esta no sería una práctica de seguir reglas, sino los valores reconocidos.

Por otro lado, afirmarse en la discrecionalidad sin explicar la racionalidad en la actividad de interpretación y el papel que desempeñan los principios como razones *jurídicas* parece un precio elevado. Excluir completamente la actividad de interpretación de la teoría de la validez también plantea problemas, cuando se asume la tesis de la objetividad fuerte de las fuentes y se verifica, como hemos hecho, que esta objetividad no se confunde con sentido claro o instanciación fácil de los términos de las reglas dotadas de autoridad. Además,

excluir la interpretación empobrece demasiado el poder explicativo de la teoría y lo hace vulnerable al ataque interpretativista. La carga que los positivistas excluyentes colocan sobre los hombros de la tesis de la discrecionalidad es muy pesada.

Así, acepto completamente las tesis que integran *antc*. Por lo tanto, la única forma de impedir que se derive la *consc* es negar *c* mediante la negación de la relación de implicación entre su antecedente y su consecuente:

~(antc → consc): «los principios son vinculantes como razones jurídicas y no forman parte de la convención sobre las fuentes, pero su fuerza vinculante puede no derivar del mérito moral de sus contenidos».

Es decir, admitir que los principios pueden ser razones jurídicas aunque desprovistas de fuente (fuera de los criterios de la convención) no implica necesariamente aceptar que tales principios sean razones jurídicas únicamente por su mérito moral. Hay un salto en el argumento de DWORKIN. El universo de posibilidades para explicar la fuerza vinculante de razones no es una división (exhaustiva y mutuamente excluyente) entre, por un lado, tener fuente, y por otro, tener mérito moral. Ante esta partición, si DWORKIN busca reducir la convención al mérito moral, la respuesta incluyente reduce el mérito moral de las razones a uno de los criterios de la fuente. Si bien, ser propiamente parte de los criterios de la convención sobre las fuentes tampoco es la única forma de que una pauta de comportamiento adquiera juridicidad. Este sería el caso si se demostrara que los principios morales y de políticas públicas son completamente *independientes* de la convención sobre las fuentes. No obstante, esta *independencia* tan solo se presumió o consideró obvia con la división entre «tener fuente» y «tener mérito moral» como telón de fondo. Aún queda la posibilidad de *heredar* la autoridad jurídica de los principios de la propia autoridad de las reglas basadas en las fuentes, por la relación específica que mantiene con el contenido de dichas reglas.

Esta posibilidad que afirmo aquí es la siguiente: los principios morales y de políticas públicas son jurídicos *porque y en la medida en que* proporcionen una justificación coherente de las normas jurídicas válidas (y no lo contrario, *i. e.* dichas reglas son válidas en virtud de su mérito moral o porque se adhieren a un conjunto de valores morales). Es decir, los principios jurídicos son *razones jurídicas*, pues están implícitos en el contenido conceptual de las reglas cuando estas se toman como resultado de un acto racional en una determinada construcción interpretativa. Son el resultado de inferencias *abductivas* a partir del contenido de esas reglas.

De esta forma, una posible interpretación de la tesis anterior puede identificarla con la teoría misma del «derecho como integridad». Así, merece que se realicen algunas apreciaciones que se analizarán a continuación cotejándolas con objeciones actuales o hipotéticas.

8. LA OBJECCIÓN DE MARMOR

La discusión en los epígrafes anteriores ha mostrado que la pregunta sobre la validez (en el sentido de pertenencia) de una norma es más precisa cuando preguntamos: *i*) por su papel como razón para la acción o la decisión; y *ii*) por su origen. Si tiene un papel, entonces es una razón que vincula, *i. e.* no puede ser ignorada. Al ser el origen de esa razón el conjunto de reglas emanadas por fuente dotada de autoridad jurídica, podemos llamarla razón jurídica y, en este sentido, norma perteneciente al derecho.

En los términos de la discusión entre antipositivismo y positivismo y entre positivismo incluyente y excluyente, MARMOR llega a considerar, para descartarla rápidamente⁷⁹, la hipótesis del inclusivismo lógico, es decir, de que normas derivadas *lógica* o *moral-valorativamente* serían parte del ordenamiento. MARMOR habla de esta hipótesis como teórica y señala que los positivistas incluyentes no la habían asumido seriamente. Su refutación se basa en dos premisas: *a*) la existencia de cualquier norma derivada implicaría la asunción de que el ordenamiento es necesariamente coherente; *b*) la asunción de coherencia es falsa.

La idea básica es muy simple y parece estar de acuerdo con el fundamento convencional del Derecho. Suponga que un sistema jurídico S_i contiene las normas $N_1 \dots_n$. Suponga, también, que las normas $N_1 \dots_n$ implican la verdad de otra norma N_x . ¿No podríamos concluir, entonces, que N_x también es jurídicamente válida en S_i ? Si bien, ¿qué significaría decir que N_x deriva de $N_1 \dots_n$? Aquí hay varias posibilidades. En la más estricta noción de derivación, pensaríamos en ello solo como implicación lógica (acompañada, presume, de algunas verdades sobre hechos). En la noción menos estricta, alguien también podría pensar en implicación moral-valorativa. Si es el caso que normas $N_1 \dots_n$ incorporan o manifiestan un principio moral M , y M requiere moralmente N_x , entonces N_x también es parte de S_i . Esta última concepción nos lleva muy cerca, claro está, tanto de la visión de DWORKIN, como del tipo de positivismo incluyente antes considerado.

A pesar de las considerables diferencias entre estas dos nociones de derivación, y tal vez otras nociones posibles entre esos dos extremos, estas comparten una asunción crucial, a saber, que el derecho es necesariamente coherente. [...] Por lo tanto, la única cuestión que debemos preguntar ahora es si tiene sentido asumir, desde el punto de vista lógico o desde algún otro, que la ley sea necesariamente coherente. Una respuesta negativa a esta cuestión es difícilmente refutable⁸⁰.

Estoy de acuerdo, mediante importantes calificaciones, con la primera premisa del argumento. En cambio, no con la segunda, aunque hay una gran diferencia entre la forma como vemos lo que es el ordenamiento y la base objetiva de razones jurídicas provenientes del ordenamiento. MARMOR considera la

⁷⁹ MARMOR, 2002: 123.

⁸⁰ *Ibid.*: (trad. libre).

identificación de las normas válidas una actividad conceptualmente independiente de la interpretación. En el apartado 5 señalé que dicha base objetiva puede ser el resultado de una determinada interpretación (que es indiscutible frente a rivales teóricamente posibles).

Es curioso que una refutación reciente y competente realizada por Pablo NAVARRO y Jorge RODRÍGUEZ⁸¹ del artículo de MARMOR, en concreto orientada a normas derivadas por deducción, haya seguido el camino inverso. Rechazan la primera premisa, aunque aceptan la segunda. Discutiré el argumento de MARMOR, paradójicamente, a partir de la defensa de su primera premisa. Aunque sería suficiente con atacar la premisa con la que no estoy de acuerdo, explorar y perfeccionar la primera premisa de MARMOR, o una versión generalizada de ella, permitirá dar un sentido mejor a la conexión que establezco entre derivación lógica en la identificación del derecho y la propia actividad de interpretación. Esta conexión permitirá entender también por qué y en qué sentido discrepo de la segunda premisa.

8.1. Consecuencia lógica y reducción al absurdo

NAVARRO y RODRÍGUEZ cuestionan tres aspectos sobre la conexión entre derivación de normas y la consistencia del ordenamiento: i) si ordenamientos efectivamente consistentes contendrían normas derivadas; ii) una inconsistencia no impediría derivaciones, pero llevaría a la derivación de cualquier norma; iii) las inconsistencias entre normas, por lo general, se refieren a conflictos parciales entre normas, que no son propiamente inconsistentes ni impiden derivaciones.

La primera de ellas parece perder el foco. Cuando MARMOR habla de que la derivación necesita consistencia, no asume que todos los ordenamientos son necesariamente inconsistentes, como sugieren y luego descartan los autores argentinos, ni asume que la derivación estaría vinculada a la consistencia de un sistema particular. No se trata de derivación que pudiera darse en órdenes consistentes y no en los inconsistentes. Se trata de la noción de consistencia como condición misma de validación de la inferencia, lo que presupone que se valoren todas las posibilidades. Esta noción está directamente vinculada a la semántica de la lógica clásica.

Las derivaciones lógicas pueden definirse de forma sintáctica en un sistema mediante la aplicación de reglas sintácticas de transformación (de secuencias de símbolos en otras secuencias de símbolos) sobre un conjunto de premisas en el lenguaje, con independencia de cualquier concepto como verdad, consistencia o coherencia. Sin embargo, MARMOR, así como KELSEN

⁸¹ NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2010.

objetó a KLUG, parece aludir justamente al significado de ese proceso sintáctico de inferencia. Cómo sería posible interpretarla o construir un modelo semántico que refleje aquello que estamos dispuestos a afirmar en el discurso sobre las normas. Un descuido de MARMOR está en hablar de verdad y falsedad, hecho que los autores argentinos cuestionan en los términos de la distinción entre normas y proposiciones normativas. Si bien, esto no me parece esencial. Lo que me parece esencial es cómo validar semánticamente la inferencia, lo que, para MARMOR, presupone la consistencia del conjunto de premisas.

En la semántica de la lógica clásica, la derivación de una proposición a partir de un determinado conjunto de premisas es válida si, y solo si, la conclusión es verdadera en todas las valoraciones posibles en las que las premisas reciben el valor verdadero. Interpretar, aquí, significa valorar, *i. e.* definir si un enunciado es verdadero o falso. Una valoración o interpretación clásica (o al menos bivalorativa), por ende, separa el conjunto de enunciados de un lenguaje en dos grupos: los verdaderos y los falsos. Considere un conjunto Γ cualquier de enunciados. Si una valoración v atribuye valor verdadero a todos los enunciados de Γ , entonces decimos que v es un modelo de Γ . Así, podemos construir una función *mod* que lleva cada enunciado α al conjunto de sus modelos [*mod*(α)], *i. e.* todas las valoraciones en las que α es interpretado como verdadero. Si se extiende la noción a conjuntos de enunciados, tendremos *mod*(Γ) como la intersección entre los modelos de los enunciados que lo integran [*i. e.* *mod*(Γ) = $\{\cap \text{mod}(\alpha) : \alpha \in \Gamma\}$]. Con estas nociones en la mano, podemos definir el concepto de consecuencia semántica clásica como $\Gamma \Rightarrow \alpha$ si, y solo si, *todos los modelos* de Γ también son modelos de α , o *mod*(Γ) \subseteq *mod*(α). Valga decir, todos los modelos que interpretan las premisas Γ como verdaderas atribuyen valor verdadero al enunciado α (advértase el examen de todas las posibilidades como parte del concepto de inferencia).

Creo que MARMOR refiere o transfiere al derecho este tipo de relación cuando habla de consistencia necesaria del ordenamiento como presupuesto de la existencia de una norma derivada. Y esto tiene sentido, cuando pensamos en la prueba de validez de la inferencia por medio del argumento de *reductio ad absurdum*. Este argumento de la reducción al absurdo fue uno de los grandes descubrimientos de la geometría griega como método de demostración. Algunos historiadores, en particular, Frederigo ENRIQUES, sitúan en su uso por Zenón de Elea el nacimiento de la lógica⁸². Con este argumento se prueba una tesis demostrando la inconsistencia de su negación. Para demostrar que una conclusión deriva de premisas, se asume la negación de la conclusión y se comprueba si esta es inconsistente con las premisas. Si es inconsistente, esto significa que *no* hay un contraejemplo, *i. e.* no hay atribución de valores de verdad posible,

⁸² ENRIQUES, 1919; 1929.

en la que las premisas son verdaderas y la conclusión falsa. Luego, la inferencia es válida. El argumento puede expresarse a través del siguiente esquema: $\Gamma \Rightarrow \alpha$, si, y solo si, $\Gamma, \{\sim\alpha\} \Rightarrow \beta, \sim\beta$, lo que es igual que decir que $\Gamma \cup \{\sim\alpha\}$ es inconsistente. Desde el punto de vista de la semántica clásica, esto significa que $\Gamma \cup \{\sim\alpha\}$ no tiene modelo (ninguna valoración puede atribuir verdad a todos los elementos de esa unión, dada su inconsistencia) o, usando nuestra función, $mod\{\Gamma\} \cap mod(\sim\alpha) = \emptyset$.

Es obvio que el argumento no es interesante cuando el conjunto de premisas ya es inconsistente. Así, esta relación de inferencia, en cierta forma, cuenta con la consistencia de las premisas, pues la necesidad de la conclusión proviene de la inconsistencia que su negación *provocaría*. Esto es así, pues en el caso en que el conjunto de premisas ya es inconsistente, entonces la derivación es trivial, *i. e.* si $mod\{\Gamma\} = \emptyset$, trivialmente, $mod\{\Gamma\} \cap mod(\sim\alpha) = \emptyset$, de forma que $\Gamma \Rightarrow \alpha$, para cualquier enunciado α .

Aquí entramos en la segunda consideración de NAVARRO y RODRÍGUEZ, de acuerdo con la que, la inconsistencia en vez de impedir la derivación, llevaría a la derivación de cualquier norma. Como se ha visto, esto vale trivialmente en la lógica clásica y sus extensiones modales. Si bien, NAVARRO y RODRÍGUEZ no consideran que esta propiedad no valga para otras lógicas, como la clase de lógicas paraconsistentes (véase a continuación). Esto impone que observemos la semántica, o cómo interpretamos normas derivadas, desde una perspectiva más general y no limitada a una lógica en particular (en este caso, la clásica o una de sus extensiones).

Antes bien, cumple examinar el último argumento de NAVARRO y RODRÍGUEZ para separar las nociones de «consistencia» y «norma derivada». Aprovechando el ejemplo de *Normative Systems*, los autores destacan la tarea de sistematización que consiste en explicitar todas las soluciones normativas para los casos relevantes derivados de las condiciones de aplicación indicadas en la norma. Para simplificar el argumento, imagine un conjunto de normas p/Oq y $r/O\sim q$ (si p , entonces la acción q es obligatoria y si r , entonces la acción q está prohibida). Este caso generaría, según la construcción de *Normative Systems*, cuatro casos posibles, 1: $p \wedge r$, 2: $p \wedge \sim r$, 3: $\sim p \wedge r$, 4: $\sim p \wedge \sim r$. Las soluciones derivadas y explicitadas en el sistema serían 1: $p \wedge r / Oq \wedge O\sim q$, 2: $p \wedge \sim r / Oq$, 3: $\sim p \wedge r / O\sim q$, 4: $\sim p \wedge \sim r \wedge -$. Así, tendríamos una inconsistencia en el caso 1, una laguna en 4 y soluciones distintas para 2 y 3. A partir de ahí, argumentan que la inconsistencia se localiza tan solo en uno o más casos, lo que no afecta a las soluciones normativas de los demás casos.

No obstante, la inconsistencia entre normas no es problema en *Normative Systems*, cuando se trata de una lógica de proposiciones normativas, que describen de forma consistente la existencia de inconsistencias y lagunas en el sistema de normas. La lógica de proposiciones normativas, como señaló AL-

CHOURRÓN⁸³, no es necesariamente isomorfa a una lógica de normas. Sin embargo, hay que referir que, en *Normative Systems*, de una proposición normativa p/Oq se admite inferir $p \wedge r/Oq$, y de $r/Oq \wedge s$, la proposición r/Oq . Estas inferencias no derivan simplemente de una lógica descriptiva de las normas positivas, sino que ya asumen alguna relación de derivación entre las propias normas (esto fue lo que llevó a KELSEN y VON WRIGHT a decir que la lógica de proposiciones normativas reflejaría la lógica de normas)⁸⁴. O, al menos, que se puede inferir la existencia de algunas normas a partir de la descripción de la existencia de otras normas.

Con todo, en la lógica de proposiciones normativas allí utilizada, del esquema $a/Ob \wedge O \sim b$ no se deriva el esquema a/Oc , para cualquier c . Esto significa que el esquema $\sim(a/Ob \wedge O \sim b)$ no vale en esa lógica (se admite el conflicto entre el consecuente de normas condicionales para una misma condición). Es decir, la lógica deóntica subyacente ya admite conflictos entre normas condicionales sin trivialización. Esto puede no ser así en otras lógicas deónticas diádicas⁸⁵. De nuevo, el argumento se limita a una determinada lógica.

De hecho, puedo construir lógicas de proposiciones normativas que describen consistentemente inconsistencias normativas o lógicas deónticas paraconsistentes⁸⁶, en las que una inconsistencia entre normas pueda representarse de forma localizada, sin resultar en la explosión o trivialización del sistema normativo (o de su descripción). Lo que quiero resaltar es que la lógica de proposiciones normativas ya representa alguna selección sobre los tipos de inferencias que son razonables en la descripción de un sistema normativo y, entre ellas, acertadamente no está el principio *ex falso quod libitur*, que resultaría en la trivialización (inferencia de cualquier norma formulable) a partir de la constatación de una inconsistencia normativa. Esto no lo mostró la lógica. Antes bien, fue determinada comprensión de las inferencias admisibles de la interpretación de normas y descripción de sus desarrollos. Como máximo, la lógica explícita estos tipos de inferencias que son intuitivamente aceptables en ese dominio, pero las inferencias son aceptables y válidas en ese dominio con independencia de que se puedan representar mediante una determinada formalización lógica⁸⁷.

Sin embargo, me parece que MARMOR defiende una posición arraigada en su concepción de teoría del derecho y de la definición de casos claros como aquellos que no necesitan interpretación. La base objetiva no depende de cualquier acto cognitivo del intérprete. Si la cognición del ordenamiento deriva normas, entonces dicha derivación ya provoca modificaciones en él, las cuales

⁸³ ALCHOURRÓN, 1969.

⁸⁴ VON WRIGHT, 1963, y KELSEN, 1983.

⁸⁵ Véase CHELLAS, 1980, y AQVIST, 1987: cap. 5 y apéndice.

⁸⁶ Véase CONIGLIO, 2009, y DA COSTA y CARNIELLI, 1986.

⁸⁷ Véase DA COSTA, 1980. La concepción de la relación entre la lógica y la epistemología que adopto aquí se acerca a la defendida por BRANDOM (1998).

tienen que ver con el intento de concebir el ordenamiento como un todo consistente. Cuando se realiza la conexión entre derivación y consistencia, pesa la intuición que nos proporciona el argumento de reducción al absurdo: las normas derivadas están implícitas en el ordenamiento, pues una norma en sentido contrario sería inconsistente con él. Fue justamente esta la semántica o cuasi semántica de VON WRIGHT para reinterpretar, «naturalmente», sistemas de lógica deóntica sin desconcertarse con paradojas⁸⁸.

Esta idea básica de VON WRIGHT me parece acertada y bastante próxima a la práctica de interpretación con base en el postulado de legislación racional. Si bien, aún es demasiado restrictiva, pues está vinculada a inferencias deductivas clásicas, lo que, desde el punto de vista semántico, merece un esfuerzo de generalización de la relación entre consecuencia lógica y el método de reducción al absurdo.

Se podría objetar la relación propuesta entre las nociones de «consecuencia lógica» y «reducción al absurdo» con el hecho de que el esquema de reducción al absurdo no es válido en una serie de lógicas, como las lógicas intuicionistas y las paraconsistentes. Ambas lógicas coinciden en su parte positiva con la lógica clásica, pero interpretan de forma distinta la noción de *negación*, de forma que la concepción de negación e inconsistencia clásicas, en la base de la noción de derivación aludida por MARMOR y VON WRIGHT, no funcionarían aquí⁸⁹.

Las lógicas intuicionistas⁹⁰ tienen su origen en una crítica que los matemáticos constructivistas dirigieron a las matemáticas clásicas en el sentido de depurarlas de su realismo, *i. e.* de la idea de que números, conceptos y demostraciones matemáticas corresponderían a objetos reales. Esta convicción introduce en las matemáticas clásicas una noción de verdad como correspondencia, lo que tiene una implicación inmediata en la noción de negación: el objeto existe o no existe, por ende, la afirmación de su existencia es verdadera o falsa, *tertium non datur*. Esto significa que una prueba de un objeto o relación matemática α puede hacerse mediante la demostración de que su negación no puede existir: si es falso que el objeto no existe, entonces existe. Además, esto es lo que fundamenta el método de reducción al absurdo.

Para los constructivistas, empero, esta asunción no pasaría de ser misticismo y el único método de prueba admisible para α sería la prueba directa, construida, de α . La prueba de que α es falso tendría que ser una prueba directa

⁸⁸ Véase VON WRIGHT (1983) y MARANHÃO (2009).

⁸⁹ El enfoque que realizaré aquí es muy sucinto y se centra en las lógicas paraconsistentes e intuicionistas, de entre las no clásicas, pues ambas desafían, incluso como parte de su motivación filosófica, el método de reducción al absurdo, que tomo como intuición central en el concepto de consecuencia lógica desde el punto de vista semántico. Para una introducción completa y formalmente competente sobre lógicas no clásicas, véase PRIEST (2008).

⁹⁰ Para una introducción al intuicionismo, véase HAACK (1974). Para un enfoque completo de las relaciones entre la lógica intuicionista matemática y la filosofía, el *locus classicus* es DUMMET (1977).

de $\sim\alpha$. Esto cambia completamente la noción de negación. Por ejemplo, el esquema $\alpha\vee\sim\alpha$, válido en la lógica clásica, no lo es aquí, pues puede no haber una prueba directa de α ni una prueba de $\sim\alpha$. Tampoco vale la equivalencia entre un enunciado y su doble negación. Por lo tanto, la reducción al absurdo cae y tan solo subsiste una versión más débil: $\Gamma, \alpha \Rightarrow \beta, \sim\beta$ si, y solo si, $\Gamma \Rightarrow \sim\alpha$.

La motivación original de las lógicas *paraconsistentes*⁹¹ fue fundamentar la teoría de los conjuntos y la aritmética por medio de la lógica, sin que la inconsistencia generada por la paradoja de RUSSELL supusiera un problema. Hasta ese momento, las soluciones restringían la lógica subyacente para evitar la autorreferencia, como la teoría de los tipos de RUSSELL, o a los axiomas de la teoría de los conjuntos. DA COSTA propuso entonces algo, en la época, inusitado: se puede cambiar la lógica de tal forma que no valga necesariamente el principio de no contradicción $\sim(\alpha\wedge\sim\alpha)$ y edificar sobre ella las matemáticas. El punto relevante de la lógica paraconsistente está en la emancipación del concepto de trivialización de una lógica del concepto de inconsistencia, antes tomados como equivalentes, en función de la validez del principio de explosión: $\alpha\wedge\sim\alpha\rightarrow\beta$. En estas lógicas, la inconsistencia deja de indicar el límite de racionalidad, que pasa a darlo la noción de *trivialización*. Un conjunto es inconsistente si de él puedo derivar una inconsistencia $\alpha\wedge\sim\alpha$, pero es trivial solamente si el conjunto de sus consecuencias lógicas es el conjunto de todas las sentencias bien formadas en el lenguaje.

Desde un punto de vista abstracto, se pueden examinar propiedades de las lógicas intuicionistas y paraconsistentes, a partir de las propiedades resultantes de sistemas lógicos en los que no valen, respectivamente, el principio del tercero excluido y de no contradicción (o ambos, en las llamadas lógicas paranormales). DA COSTA y LOPARIC mostraron que dichas lógicas, así como cualquier lógica, poseen una semántica bivalorativa, por medio del método de valoraciones⁹². La clave del método está en la noción de trivialización, que asume el papel de inconsistencia en la lógica clásica. Con este concepto, se puede rescatar el argumento de reducción al absurdo en lógicas paraconsistentes e intuicionistas, por medio de alguna traducción sintáctica, que defina una noción más fuerte de negación. Por ejemplo, en el cálculo C_1 de DA COSTA, se define la negación fuerte como $\neg\alpha =_{df} \sim\alpha\wedge\sim(\alpha\wedge\sim\alpha)$ y, en lógicas intuicionistas, por ejemplo, puede funcionar $\neg\alpha = \alpha\rightarrow\sim\alpha$ o $\neg\alpha =_{df} \sim\alpha\wedge(\alpha\vee\sim\alpha)$. La negación fuerte permite introyectar la negación clásica en el cálculo, que puede pensarse,

⁹¹ Las lógicas paraconsistentes pueden examinarse desde un punto de vista más general, como lógicas que introducen el concepto metalingüístico de inconsistencia en el lenguaje objeto por medio de un operador lógico. Desde este punto de vista pueden denominarse «lógicas de inconsistencia formal». Para una presentación y taxonomía de estas lógicas, véase CARNIELLI y MARCOS (2007).

⁹² Véase LOPARIC y DA COSTA (1984). En realidad, la tesis central de ese artículo, de que cualquier lógica puede tener una semántica bivalorativa, se limita a lógicas que satisfacen las propiedades estructurales de TARSKI, a saber, monotonicidad, compacidad, autodeducibilidad e idempotencia. También se debe señalar que, aunque sea bivalorativa, la semántica puede no ser veritativo-funcional.

intuitivamente, como que lleva de una fórmula a su «opuesto». Con la negación fuerte, la relación de consecuencia lógica de un enunciado a partir de un conjunto puede demostrarse mediante la trivialización de dicho conjunto con la negación fuerte del referido enunciado.

Si bien, incluso para lógicas en las que no se encuentre una traducción que permita introducir en ella una negación clásica y en las que no se pueda reconstruir la reducción al absurdo en su lenguaje objeto, el argumento de reducción al absurdo sigue siendo importante para la conceptualización de consecuencia lógica. Persiste la misma idea de que la validación de una inferencia se da mediante la comprobación de que no hay un *contramodelo* para las premisas y la conclusión. Ahora se trata de utilizar el argumento por absurdo en el metalenguaje en el que se construye la semántica del cálculo. Esto puede demostrarse a partir de la abstracción que proporciona la teoría de las valoraciones.

Retomemos la función *mod*. Esta lleva enunciados al conjunto de sus modelos. En la versión clásica estos serían las valoraciones en las que el enunciado es verdadero. Ahora podemos abandonar la noción de «verdad» y pensar que cada valoración (o interpretación o modelo) separa el conjunto de los enunciados entre aquellos que se aceptan y aquellos que no se aceptan. La función *mod* lleva el enunciado a las interpretaciones o modelos en los que este se acepta o «satisface». Ahora bien, podemos pensar en una noción metalingüística de negación, que llamaremos «contramodelos». Escribimos $mod(\alpha)$ para designar el conjunto de interpretaciones en las que no se satisface α ⁹³.

El problema con la trivialización está en la pérdida de poder informativo de la teoría. Dada una determinada lógica subyacente, el conjunto trivial deja de separar el universo de enunciados aceptables de los no aceptables: si se acepta algo, se acepta todo. Por lo tanto, la única restricción que cabe hacerle a las interpretaciones o modelos es que estos no sean triviales. Valga decir, para todo modelo m , existe un enunciado α tal que $m \in mod(\alpha)$. En estos términos abstractos, vale la misma relación $\Gamma \Rightarrow \alpha$ si, y solo si, $mod(\Gamma) \subseteq mod(\alpha)$, lo que es como decir que $mod\{\Gamma\} \cap mod(\alpha) = \emptyset$, en una reducción al absurdo en el metalenguaje. Este último paso afirma que α se sigue de Γ si no hay modelo de Γ que sea contramodelo de α . Como en la lógica clásica se tiene que $mod(\sim\alpha) = mod(\alpha)$, podemos enunciar la relación de consecuencia lógica $\Gamma \Rightarrow \alpha$ como $mod\{\Gamma\} \cap mod(\alpha) = \emptyset$, es decir, $\Gamma \cup \{\sim\alpha\}$ no tiene modelos o no pueden satisfacerse en ninguna interpretación posible, precisamente porque son triviales. La relación semántica de consecuencia paraconsistente, paracompleta o de cualquier lógica cuya negación sea no clásica puede describirse en aquellas lógicas en las que se pueda insertar, por traducción, la negación fuerte, por $mod\{\Gamma\} \cap mod(\sim^*\alpha) = \emptyset$ (donde \sim^* es la negación fuerte).

⁹³ Jean Yves BÉZIAU me sugirió este mecanismo para introducir la negación en el metalenguaje de la semántica de valoraciones.

De esta forma, se revela que el método de reducción al absurdo está íntimamente ligado a la noción de consecuencia semántica, bien por el uso de la negación clásica en el metalenguaje, bien por su uso en el lenguaje objeto del cálculo. En la concepción clásica, el límite de racionalidad de una teoría está en la consistencia. La inconsistencia lleva a la trivialización. No obstante, el problema efectivo de la pérdida de poder explicativo está en la trivialización y la semántica puede captarla por la idea de que conjuntos o teorías triviales son aquellas que no tienen modelo, *i. e.* no pueden interpretarse de forma racional como algo con sentido en dicha estructura semántica.

Usamos esta idea para generalizar el concepto de consecuencia lógica. Mirando las lógicas en las que existe una sentencia trivializadora (con base en la negación fuerte), la reducción al absurdo básicamente dice que una conclusión es una consecuencia lógica de un conjunto de premisas si, y solo si, su negación fuerte no puede satisfacerse en el modelo con dicho conjunto. De forma más intuitiva, se puede decir que si se toma «negación fuerte» como noción de «opuesto» y «poder satisfacerse en el modelo», que se identifica con «no llevar a la trivialización», como «poder dar un sentido racional», tenemos: *una conclusión es necesaria cuando no conseguimos dar sentido racional a lo que sería su opuesto junto con las premisas*. Algo muy cercano a esta noción fue la clave para la concepción de consecuencia lógica del segundo WITTGENSTEIN, para quien la impresión de necesidad de la conclusión deriva del hecho de que el hablante competente del referido lenguaje «no tiene un concepto claro de cómo serían las cosas si fuera al contrario. Lo que es muy importante»⁹⁴.

8.2. ¿Las normas derivadas presuponen coherencia del ordenamiento?

Hemos visto que la noción generalizada de consecuencia lógica guarda una fuerte relación con el argumento de reducción al absurdo. Esto encaja con la intuición de WITTGENSTEIN, según la cual, la idea de necesidad de una inferencia está unida a nuestra percepción, como miembros de una comunidad lingüística, de que si no fuera ese el caso, se produciría un sinsentido o una incapacidad de comprensión. La falta de habilidad para dar sentido racional al opuesto de la conclusión la valida, dada la aceptación de las premisas. Ahora cumplé preguntar qué tipo de reducción al absurdo puede validar o traer la percepción de necesidad para inferencias jurídicas. La primera pregunta, naturalmente, es: ¿es la contradicción entre normas un límite racional?

En particular, con relación al principio de no contradicción, WITTGENSTEIN defendió que este solo puede aceptarse si la contradicción no tiene ninguna función en el juego del lenguaje objeto de análisis⁹⁵. El autor juega con hipóte-

⁹⁴ VON WRIGHT, 1963, y KELSEN, 1983.

⁹⁵ *Ibid.*, 1976: 183-184.

sis en las que una contradicción puede ser útil, e. g. dictar normas inconsistentes cuando el propósito de legislador es producir perplejidad o garantizar el castigo⁹⁶. Así, asumir la consistencia como una condición de derivaciones normativas dependería de la comprensión del tipo de discurso que se desea analizar.

En el apartado 5 *supra* vimos que también en los casos considerados fáciles, determinados, pueden ser el resultado de interpretación a partir de contenidos inconsistentes en el ordenamiento, tomado como material preinterpretativo. Si bien es frecuente la situación inversa. El sentido de elementos del ordenamiento que, de forma preliminar, pueden considerarse claros y consistentes, puede revelarse inconsistente en determinada instanciación.

Por ejemplo, puede tomarse el art. 151 del Código de Aguas (Decreto 24.643, de 1934) y el art. 11 de la Ley de Contratos Administrativos (Ley 8.987/1995).

Código de Aguas, art. 151. «Para ejecutar los trabajos definidos en el contrato, así como, para explotar la concesión, el concesionario tendrá, además de los privilegios y favores reconocidos en las leyes fiscales y especiales, los siguientes derechos:

c) establecer las servidumbres permanentes o temporales exigidas para las obras hidráulicas y para el transporte y distribución de la energía eléctrica;»

Ley de Contratos Administrativos, art. 11. «Para atender las peculiaridades de cada servicio público, el poder concedente podrá prever, a favor de la concesionaria, en el pliego de condiciones, la posibilidad de otras fuentes provenientes de ingresos alternativos, complementarios, accesorios o de proyectos asociados, con o sin exclusividad, con vistas a favorecer la modicidad de las tarifas, observado lo dispuesto en el art. 17 de esta Ley».

¿Son inconsistentes las dos normas anteriores? Aparentemente no hay ninguna inconsistencia: una regla autoriza al concesionario de energía eléctrica a establecer servidumbres para transporte de energía; la otra autoriza el establecimiento de concesiones con la autorización de explotar ingresos complementarios. Las dos normas forman un escenario de gran disputa entre concesionarias de energía eléctrica y concesionarias estatales y federales de carreteras sobre la posibilidad de cobro por el uso de los bordes de las vías. Con base en el art. 11, las concesionarias de carreteras afirmaban su derecho de cobrar por la instalación de los postes para transporte de energía. Por su parte, las concesionarias de energía eléctrica afirmaban su derecho de utilizar la servidumbre gratuita, en virtud del derecho concedido por el art. 151 del Código de Aguas.

⁹⁶ *Ibid.*, 1964: 57 (cap. III).

Las dos alternativas de interpretación, a partir de cada artículo, dependen de una compleja reconstrucción, que implicará elecciones sobre la atribución de sentido (*¿el derecho de servidumbre implica gratuidad?; ¿la autorización de cobro solo vale cuando no hay prohibición o es derecho?*) sobre la pertenencia de la norma al sistema resultante (*¿la Constitución de 1988 había acogido el art. 151 del Código de Aguas?; ¿su recepción habría sido como ley complementaria y, por ende, el Código sería lex superior con relación a la Ley de Contratos Administrativos?*) para concluir sobre su inconsistencia⁹⁷, que, a su vez, no encuentra respuesta en los criterios dogmáticos de resolución de conflictos normativos, al tratarse de confrontación entre una norma general posterior y una norma especial anterior. Puede verse que el proceso de reconstrucción interpretativa es el mismo del caso del aborto antes analizado. Solo las alternativas interpretativas aquí son ambas aparentemente defendibles.

HILPINEN denomina a estas situaciones como «conflictos normativos escondidos» (*hidden normative conflicts*)⁹⁸. Normas aparentemente consistentes pueden entrar en conflicto en situaciones específicas de aplicación en las que se dan las condiciones de ambas normas y su ejecución, al mismo tiempo, puede ser, de hecho, inviable. Aquí, los sentidos claros de las normas serían, aparentemente, consistentes. Si bien, ambas podrían ser inconsistentes en determinadas situaciones y no hay determinación sobre el sistema normativo que prevalece. No hay un sistema normativo «indiscutible» como en el caso del conflicto entre los arts. 124 y 128 del Código Penal.

Por lo tanto, los ordenamientos contemporáneos en sociedades mínimamente complejas son muy probablemente inconsistentes, no solo desde una perspectiva social (pues reflejan elecciones de las autoridades de diferentes instituciones, en tiempos diferentes, a partir de una pluralidad de valores morales y propósitos políticos), sino también desde una perspectiva lógica (es muy difícil o prácticamente imposible que legisladores concretos puedan procesar todo el conjunto de normas y combinaciones posibles entre sus condiciones de aplicación, para diferentes sujetos, para evitar inconsistencia en cada una de las posibles combinaciones).

No obstante, esto solo significa que el *ordenamiento jurídico*, o el material preinterpretativo, es inconsistente. En el discurso descriptivo sobre el contenido del ordenamiento jurídico, no habría problemas o sinsentido al apuntarse dichas inconsistencias. Esta descripción, empero, no puede tomarse como la base objetiva sobre la que descansa el positivismo, dada la existencia de casos fáciles (determinados) que son construcciones a partir de dicho material.

⁹⁷ Para examinar interpretaciones antagónicas sobre el tema, véase MARQUES NETO (2007) y FERRAZ JUNIOR y MARANHÃO (2007).

⁹⁸ HILPINEN, 1981.

El discurso descriptivo del material de base, y de sus posibles reformulaciones, puede cumplir solo un papel intermedio para la dogmática jurídica, en la construcción del sistema normativo (o de los sistemas normativos concurrentes, para los casos subdeterminados). Estas premisas en el proceso de reconstrucción, aliadas al objetivo de cumplir el ordenamiento, indican, al final, la regla técnica para aquella acción en las circunstancias determinadas en las que se formuló la cuestión sobre *cómo actuar o decidir*.

El conjunto de reglas técnicas relativas a la acción, en el caso en cuestión, así como en los conexos (en los que no están presentes algunos de los factores descritos como circunstancias de la acción), consiste en el (o en un) sistema jurídico para el tipo de conflicto presupuesto como racional. Uno de los parámetros centrales de este presupuesto de racionalidad, como hemos visto, es el hecho de que las normas se promulgan como medios para lograr determinados objetivos y satisfacer determinadas pautas morales. Por lo tanto, un requisito mínimo dentro de este esquema es la *consistencia*, pues no tendría sentido dictar normas que no se pudieran cumplir.

Señalar reglas técnicas inconsistentes sería romper el presupuesto de racionalidad del legislador. Más aún, en el discurso de reglas técnicas, si el jurista determina que, para una misma circunstancia, es necesario y no es necesario realizar una acción para cumplir el ordenamiento, entonces frustrará su función de guiar la conducta mediante razones jurídicas. Ambas proposiciones sobre lo que se debe hacer no pueden ser verdaderas, pues se opondrían al postulado de que las normas interpretadas derivan de elecciones racionales y unívocas. De forma distinta a la lógica de proposiciones normativas, que no es isomorfa a la lógica deóntica de prescripciones, la lógica de reglas técnicas incorpora las propiedades de la lógica deóntica y puede describirse bien como reducción de esas modalidades aléticas, *i. e.* modalidades sobre lo que debe o no debe hacerse.

Por lo tanto, sea cual sea la base sobre la que se apoya el discurso de reglas técnicas, este necesariamente incorpora el estándar de consistencia. Los casos de subdeterminación, en particular, de inconsistencia, generarían no un sistema normativo inconsistente, sino sistemas concurrentes, consistentes, cada uno con soluciones opuestas para la misma acción en el mismo caso.

Tal vez una forma de emplear el discurso descriptivo podría dirigirse a describir las soluciones de los sistemas normativos indiscutibles, es decir, aquellos que no encuentran un sistema normativo alternativo basado en un argumento mínimamente plausible y que forman el conjunto de casos fáciles. Sin embargo, este discurso sería posible en la medida en que describiera las reglas técnicas y no directamente el ordenamiento, salvo que se suponga un ordenamiento ideal capaz de corresponder exactamente a ese núcleo de sentido.

Así, la respuesta final a la objeción de MARMOR es la siguiente: las normas derivadas del sistema normativo resultante de una determinada interpretación

tema original se habrá modificado, tema que solo más tarde investiga ALCHOURRÓN¹⁰⁰.

Por ejemplo, con relación a lo que dice el derecho en el caso del aborto, puedo presentar dos sistemas normativos como parte del proceso de evolución de la interpretación. El primero, lo da $K_1 = \{124, 128\}$ y el segundo, $K^* = \{124^*, 128\}$. Considere los factores «practicado por médico» (m), «embarazo resultante de agresión sexual» (e) y «peligro para la vida de la madre» (r), que son los que destacan las normas como relevantes, la acción de abortar (a) y O, P los operadores deónticos, respectivamente, de obligación y permisión. Tenemos así las siguientes formalizaciones para las normas 124, 124* y 128:

$$124 = O \sim a$$

$$124^* = \sim(m \wedge (e \vee r)) / O \sim a$$

$$128 = m \wedge (e \vee r) / Pa$$

La forma lógica de las normas 124, 124* y 128, tal como se estipula en sus letras proposicionales y conectivas (lo que ya implicó algún tipo de interpretación), permite desarrollar, por inferencia deductiva (en particular, por la forma normal disyuntiva del antecedente de las normas)¹⁰¹, a partir de los significados fijados, todas las soluciones para los casos posibles relevantes para dicha regulación.

	M	E	r	124	128	124*
1	+	+	+	$O \sim a$	Pa	
2	+	+	-	$O \sim a$	Pa	
3	+	-	+	$O \sim a$	Pa	
4	+	-	-	$O \sim a$		$O \sim a$
5	-	+	+	$O \sim a$		$O \sim a$
6	-	+	-	$O \sim a$		$O \sim a$
7	-	-	+	$O \sim a$		$O \sim a$
8	-	-	-	$O \sim a$		$O \sim a$

Como se observa, el sistema $K_1 = \{124, 128\}$ es inconsistente en los casos 1-3. Se identifica la inconsistencia derivando de $O \sim a$, por fortalecimiento del antecedente, la norma $[m \wedge (e \vee r)] / O \sim a$ (intuitivamente, si está prohibido el aborto, está prohibido en cualquier circunstancia, incluso cuando lo practica un médico, cuando existe peligro para la vida o cuando la gestación es consecuencia de una agresión sexual). Por su parte, el sistema $K^* = \{124^*, 128\}$ es consis-

¹⁰⁰ ALCHOURRÓN y MAKINSON, 1981.

¹⁰¹ La forma normal disyuntiva del antecedente de la norma 128 $m \dot{\cup} (e \dot{\cup} r)$ es dada por $(m \dot{\cup} e \dot{\cup} r) \dot{\cup} (m \dot{\cup} \sim e \dot{\cup} r) \dot{\cup} (m \dot{\cup} e \dot{\cup} \sim r)$ que representa las alternativas (disyunción) de los casos 1-3, aquellos en los que la conjunción de los elementos hace que el enunciado en el antecedente de la norma 128 sea verdadero.

del ordenamiento presuponen la consistencia de dicho sistema reconstruido, y ese sistema normativo, si pretende ser interpretación justificada del ordenamiento (entre otras posibles que sean concurrentes) necesariamente será *consistente*. Por ello, las inferencias deductivas pueden estar basadas en reducciones al absurdo que lleven a inconsistencias, lo que, además, es una forma frecuente de argumentación jurídica.

9. LAS NORMAS DEDUCTIVAMENTE DERIVADAS SON RAZONES JURÍDICAS

En este *contexto local* de identificación del derecho con el propósito pragmático de orientar la conducta del interlocutor para que se conforme al derecho, cabe concebir los sistemas normativos como conjuntos lógicamente cerrados de reglas técnicas, *i. e.* conjuntos que incluyen sus consecuencias lógicas, con las que el intérprete está comprometido. Cada alternativa de interpretación puede implicar una dinámica de revisión del ordenamiento original. Esto sería todo lo que podríamos decir sobre la interpretación/identificación del derecho si estas elecciones fueran arbitrarias. Es decir, desde este momento en adelante, solo podríamos hablar de la discrecionalidad de los intérpretes auténticos a la hora de realizar de forma válida esas elecciones al crear nuevas normas.

La gran conquista metodológica de *Normative Systems*⁹⁹ está en abrir la posibilidad de hablar de la interpretación jurídica, con el rigor que la lógica contemporánea ofrece, sin saber de qué ordenamiento o el contenido de qué norma estamos hablando. Tan solo se analizan los conceptos principales en la construcción de un sistema normativo —como casos relevantes, norma, soluciones deónticas, consistencia, completitud— a partir de las consecuencias lógicas deductivas de un conjunto de normas. Tan solo se asume que la norma jurídica tiene una estructura condicional y define el estatus deóntico de acciones (obligatorio, permitido y prohibido) en condiciones determinadas. Esto es suficiente para desarrollar todo el universo conceptual de *Normative Systems*.

Cabe advertir que los ejemplos de aplicación de los conceptos a casos prácticos, utilizados por ALCHOURRÓN y BULYGIN en la citada obra, no se refieren al ordenamiento en general, sino a selecciones de normas y de la actividad de sistematización de las normas seleccionadas. Ambos son bastante conscientes de que la actividad interpretativa es dinámica y que interviene en el material interpretado, revisando el sistema, eliminando inconsistencias o integrando lagunas. Si bien, una condición para ello está justamente en la posibilidad de identificar cuándo se producen las inconsistencias y cuándo hay lagunas en el sistema normativo dado, que pueden estar en el comienzo, durante el desarrollo o al final de un proceso de interpretación. Si hay integración o revisión, el sis-

⁹⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993.

tente y completo, lo que también se verifica a partir de las normas derivadas para cada uno de los ocho casos posibles identificados, que no se explicitan en el contenido formal de sus enunciados.

Por lo tanto, cualquiera que sea el resultado (sistema normativo) de la interpretación y sea cual sea la fase del proceso de interpretación, solo es posible la noción de completitud e inconsistencia si se consideran las normas derivadas. En el momento en que, como resultado de una posible interpretación, un sistema normativo determinado se presenta con base en el ordenamiento jurídico, entonces no solo las normas originales, sino también las normas derivadas ofrecerán razones para la acción en las diversas condiciones relevantes en las que la acción en cuestión puede realizarse.

Si asumimos, como parece razonable, que en la descripción de lo que es derecho, no estamos describiendo formulaciones normativas, sino el contenido de determinadas normas, entonces hay un mínimo de inteligibilidad de ese contenido. La lógica formal permite abordar este mínimo de inteligibilidad, de cualquier contenido, al explicitar el significado de su forma lógica o de las conectivas lógicas utilizadas. Dichas conectivas lógicas forman parte del contenido conceptual de las normas y su significado no es distinto de las inferencias que los hablantes competentes de esa comunidad lingüística están dispuestos a hacer a partir de ellas¹⁰². De esta forma, normas que se han derivado de forma deductiva explicitan el contenido conceptual de las normas (interpretadas) dotadas de autoridad. Según argumentan NAVARRO y RODRÍGUEZ, para el derecho sería prácticamente imposible cumplir su papel de guiar la conducta mediante normas generales previas si se descartaran las normas derivadas. Dichas normas son resultados necesarios de la comprensión misma del derecho como dotado de estructura sistemática¹⁰³.

Así, por ejemplo, ¿cómo podría guiarse el comportamiento de Juan en el sentido de pagar impuestos, mediante la norma general «es obligatorio que todos paguen impuestos» si no fuera por la norma individual lógicamente derivada, que explicita el significado de «todos»? Si Juan intentara justificar jurídicamente su acción de no pagar impuestos, ¿diríamos que ha entendido la norma general? Está claro que no. De la misma forma, si se ordenara a alguien abrir la puerta y la ventana y, después de abrir la puerta y dejar la ventana cerrada, dijera que ha cumplido el mandato, diremos que no entendió el mandato original (en particular no entendió el significado de la conectiva «y»).

Aunque la cantidad de posibles combinaciones de proposiciones y conectivas sea potencialmente infinita, lo que resultaría en una infinidad de contenidos normativos, el número de conectivas lógicas a partir de las cuales se generan esas combinaciones es limitado, lo que permite el estudio específico de la

¹⁰² GAMUT, 1991: 1, cap. 1.

¹⁰³ NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2010.

lógica de los sistemas normativos (consecuencias lógicas de sistemas normativos), que tratará de los aspectos más generales del contenido conceptual de las normas y, así, de una pequeña, pero crucial, parte de la actividad de interpretación.

10. LOS PRINCIPIOS DERIVADOS POR ABDUCCIÓN SON RAZONES JURÍDICAS

De todo lo dicho hasta este momento, podemos asumir que las reglas técnicas para cumplimiento del ordenamiento, sean reglas de la base o derivadas deductivamente de la base, ofrecen razones jurídicas para la acción o la decisión, aunque no satisfagan ningún criterio establecido por la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico. Estas razones jurídicas están *determinadas* para los casos fáciles y forman la base objetiva presupuesta en la tesis de las fuentes sociales. Simplemente resultan o están implícitas en el contenido de las normas jurídicas que satisfacen la regla de reconocimiento, sea cual sea ese contenido. Hasta aquí, el único «mérito» de las razones deductivamente derivadas es tener un contenido que es consecuencia deductiva del contenido de la interpretación indiscutible del ordenamiento, lo que obviamente no implica ninguna valoración moral. Con esta construcción, la base objetiva, o el dato «externo» sobre el que se edifica el positivismo, es el cierre lógico de los sistemas normativos indiscutibles que describen lo que se debe hacer para cumplir el conjunto de decisiones políticas dotadas de autoridad (o la intersección de los sistemas defendibles lógicamente cerrados).

Además, RAZ reconoce esta «existencia» de las normas derivadas en el ordenamiento, que la ve incluso como resultado natural de las tesis del propio HART. Lo más interesante es que RAZ extiende la noción de *reglas implícitas* de las deducciones del contenido a las *implicaturas*, en el sentido de GRICE:

Al referirse al derecho implícito se tienen en mente no solo aquellos prerequisites de inteligibilidad sino el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que está explícitamente enunciado, de que hay más en su contenido que lo explícitamente formulado en sus fuentes, como estatutos o decisiones judiciales.

Esta idea debe ser autoevidente para cualquiera que conciba el Derecho como la creación de acciones humanas y, en particular, como precedente de actos comunicativos con la promulgación de leyes o la pronunciación de sentencias en los tribunales. Es una característica universal de la comunicación humana que lo dicho o comunicado es más que lo explícitamente enunciado e incluye lo que está implícito. Cabe señalar que esta afirmación asume como válida la distinción entre lo que es enunciado y lo que está implicado. Esta utiliza la distinción para decir que al usar la lengua, decimos por implicación más de lo que explícitamente se afirma¹⁰⁴.

¹⁰⁴ RAZ, 1986: 1106.

Mientras tratábamos las derivaciones deductivas, nos limitaba al campo de desarrollo de lo que está implícito en lo que fue *dicho*. Entender las conectivas lógicas significa entender las inferencias que estamos dispuestos a hacer a partir de ellas y, en consecuencia, partir de los enunciados que integran. Cuando RAZ entra en el campo pragmático de las *implicaturas* de GRICE, entra en lo que se *quiso decir*, dando lugar, de esta forma, a un nuevo espacio para la actividad de interpretación en la identificación de lo que es derecho o de lo que «*existe*» como razón jurídica. El campo para la derivación de las implicaturas incluye no solo una habilidad lingüística (comprender la lengua), sino también información de fondo para comprender el acto de promulgación de la norma, además de reglas técnicas o convenciones sobre la interpretación en el sistema jurídico en cuestión. Este espacio para interpretación se refiere no solo a inferencias deductivas sino también a inferencias ampliativas, capaces de captar la *ratio legis*, *i. e.* las razones por las que se promulgó/derogó una norma con un determinado contenido o la *ratio decidendi* de un conjunto de precedentes, en el caso del *common law*.

RAZ parece muy consciente de ello e insiste en separar el significado de la norma de sus razones de fondo, atribuyéndoles un estatus distinto. Tanto es así que habla solo de existencia de las normas implícitas y no de validez. Asimismo, se preocupa de señalar que, con ello, permanece en un modelo comunicativo y no se adhiere a un modelo de coherencia, en el que la identificación de la razón de la norma debería ser compatible con una moralidad política completa y consistente.

La preocupación de RAZ en no salir del modelo comunicativo está en que cree en la proximidad del modelo de coherencia con el moralismo. A esta relación entre coherencia y moralismo me referiré *infra* en el apartado 12. Antes, cabe señalar que implicaturas, en el ámbito de la interpretación en general, y en la interpretación jurídica en particular, están vinculadas no solo a la utilización de máximas de racionalidad, sino también a inferencias abductivas y elecciones entre las mejores hipótesis concurrentes de principios capaces de explicar el contenido del material normativo.

El límite entre uso de reglas implícitas y creación de nuevo derecho cuando se trata de la *ratio legis* o *ratio decidendi* no es fácil de trazar y, al analizar las valoraciones en la actividad de interpretación y adjudicación, RAZ reconoce la dificultad y la existencia de cierto «continuo» entre la identificación de reglas implícitas (aplicación) y ejercicio de de la discrecionalidad (creación) en la práctica de adjudicación, aunque crea que pueden separarse conceptualmente¹⁰⁵.

RAZ busca ofrecer un ejemplo de *implicatura* sobre la voluntad del legislador dada por la dinámica de legislación, que no dependa de una valoración del

¹⁰⁵ Véase RAZ, 2002: 180-209.

contexto o intención particular del legislador. Suponga que una norma válida prohíbe una determinada acción. Enseguida, hay un acto legislativo que deroga esa prohibición. ¿Esto significa que la acción en cuestión pasa a estar permitida? ¿Estaría ello implícito en cualquier sucesión de actos legislativos? RAZ afirma que sí¹⁰⁶. Si bien afirma que esta sería una hipótesis de promulgación de «permisión explícita».

La tesis puede indicar el camino para construir un principio interpretativo general, en términos de implicatura (no se trata aquí de deducción, obviamente, pues no hay contenido en la norma de derogación)¹⁰⁷. En definitiva, ¿cuál sería la razón para derogar la norma prohibitiva que no convierte la conducta en permitida?

Sin embargo, cabe observar un caso que trataba de la obligación de los bancos de realizar la corrección monetaria según un determinado índice. En primer lugar, existía una norma N_1 , que obligaba a los bancos a realizar la corrección monetaria de los ahorros según el IPC (Índice de Precios de Consumo). A continuación, se promulgó la regla N_2 , que establecía la obligación de los bancos de realizar la corrección monetaria de las ahorros según el BTN (Bono del Tesoro Nacional). Más tarde, se derogó la norma N_2 (en realidad se promulgó una norma que regulaba las cuentas de ahorro sin indicar un índice de corrección). ¿Significa esto que pasó a estar explícitamente permitido que los bancos no realicen la corrección monetaria?

En rigor, sí. No obstante, al discutirse una implicatura se seleccionan hipótesis sobre la mejor o más racional atribución de sentido al hablante. Por el principio interpretativo que RAZ considera implicatura general evidente, la sucesión de actos legislativos apuntaría hacia la eliminación de la obligatoriedad de los bancos de realizar la corrección. Con todo, la discusión que en efecto se entabló, la idea de que poder concluir a favor de un ahorro sin corrección la utilizó una de las partes para *reducir al absurdo* la otra tesis. Aquí no se trata de decir que se produjo una modificación en el ordenamiento al defenderse la aplicación de un determinado índice de corrección monetaria cuando la ley habría derogado la aplicación de correcciones. Nadie consideró aceptable esa hipótesis: ciertamente (*settled meaning*) no podía ser lo que el ordenamiento quiso decir. Las tesis convergentes consideradas como *razones jurídicamente posibles* tan solo discutían cuál sería el índice aplicable, el BTN o el IPC. Se descartó, de lleno, la implicatura, pues sería extremadamente difícil, e incluso absurdo, justificar que estaría dentro de los objetivos de aquel plan económico sacrificar la corrección monetaria (el plan incluía el bloqueo y empréstito forzoso de los ahorros de los titulares de las cuentas).

¹⁰⁶ RAZ, 2002: 67.

¹⁰⁷ Sobre este aspecto, véase ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991).

Así, las implicaturas jurídicas no se limitan a esquemas de interpretación, tales como «la derogación de una prohibición implica una permisión». Ya hemos visto que no solo la identificación del significado *claro* de la norma puede ser el resultado de un proceso de revisiones del ordenamiento bruto, así como la selección de las alternativas de interpretación (sistemas normativos resultantes) puede implicar consideraciones sobre las justificaciones de fondo de la regla (las valoraciones morales o políticas que habrían motivado el acto normativo). De esta forma, para llegar a las implicaturas legales, además de las normas derivadas, hay un esfuerzo para identificar la *ratio* del contenido atribuido a la norma, lo que es una inferencia abductiva.

De nuevo, aunque pueda haber casos en los que la *ratio* sea evidente, esta no es resultado de la falta de necesidad de esfuerzo interpretativo, sino que resulta de la indisputabilidad de la interpretación que prevalece. En el ejemplo de RAZ, la derogación de prohibición puede ser una fuerte evidencia que se explica por la intención de permitir, lo que no significa que sea una conclusión necesaria, pues pueden surgir evidencias que refuten dicha hipótesis explicativa (las implicaturas, así como cualquier razonamiento ampliativo, son derrotables). Considere otro ejemplo del ordenamiento relativo a la difusión de publicidad de tabaco, que contiene una norma N_1 según la cual «se prohíbe difundir publicidad de tabaco en la radio y la TV entre las 8 y las 20 horas». Así, *a contrario*, se concluye que se permite la publicidad de tabaco en la radio y la TV entre las 20 y las 8 horas. Suponga entonces que N_2 deroga N_1 . ¿Pasó a permitirse la publicidad de tabaco en la radio y la TV en cualquier horario? La respuesta sería positiva si usamos la implicatura de RAZ de derogación de prohibición. Pero, ¿y si N_1 se formulara como «se permite difundir publicidad de tabaco en la radio y la TV entre las 20 y las 8 horas»? Se trata de la misma norma en términos de sus consecuencias, solo que con una formulación inversa. No obstante, el efecto de N_2 ahora sería la prohibición de la publicidad en cualquier horario. En definitiva, ¿qué pretendía el legislador con N_2 ? La respuesta dependerá de la reunión de más evidencias sobre el ordenamiento o el contexto de promulgación. Por ejemplo, si hay una norma constitucional que prevé el permiso general de la publicidad que, en algunos casos, se limitará mediante ley, entendemos que N_2 implica permiso. En cambio, si la norma constitucional prohíbe la publicidad de tabaco y prevé que la ley regulará su difusión en la radio y la TV, entonces el efecto de N_2 implica prohibición.

La cuestión aquí es que, al entrar en el campo de las inferencias ampliativas y en la pragmática de la interpretación jurídica, siempre hay una indagación sobre la decisión y las valoraciones del legislador, con independencia de la posibilidad de «casos fáciles» en los que es indiscutible la conclusión sobre lo que se quiso decir con la formulación de la regla. Siguiendo a FULLER, el hecho de que, en esos casos fáciles, la conclusión de la implicatura parezca obvia no significa que no se investigue el propósito.

El razonamiento por implicatura o la investigación abductiva de las razones de fondo de la regla desembocarán en el contenido de principios morales u objetivos de políticas públicas. Dichas pautas alcanzadas por este procedimiento de inferencia también son razones para la acción y, de ellas, podemos hacer otras inferencias deductivas o descartar inferencias deductivas del sistema normativo que puedan ser inconsistentes con ellas.

Estas formas de inferencia tienen fuerza en el derecho, pues no solo la inconsistencia (en la que se pauta la deducción clásica), sino también otras formas de *incoherencia* funcionan como límite de racionalidad, que permiten el razonamiento por reducción al absurdo.

Por ejemplo, el Habeas Corpus 95.351-4/RS (07.11.2008), en el que el STF analizó la aplicación del hurto cualificado por concurso de agentes, previsto en el art. 155, § 4.º, inc. IV, que duplica la pena del hurto prevista en el apartado introductorio (de 1 a 4 años de reclusión). El acusado argumentó la reducción de la pena, basándose en que, en el delito de robo, o hurto con violencia o amenaza grave (art. 157, § 2.º, II), el concurso de personas lleva a un incremento de tan solo de un tercio a la mitad de la pena prevista (de 4 a 10 años). Esto conlleva la posibilidad de que en el caso de hurto con concurso de personas se imponga una pena más grave que en un robo en las mismas condiciones. Aquí, el argumento reduce al absurdo la posibilidad de atribuir esta incoherencia al legislador racional. Si la condición es la misma, ¿por qué razón el delito menos grave debe ser castigado, proporcionalmente, con más gravedad?

El argumento del acusado propuso al STF una reconstrucción interpretativa del art. 155, concordante con el art. 157, en la que la calificación del hurto se entiende como causa de incremento y se aplica el criterio del robo al hurto. Esta reconstrucción estaría jurídicamente justificada, pues la aplicación del hurto cualificado vulnera el principio de proporcionalidad de las penas obtenido por abducción (en realidad, una generalización que se presume) de las normas del Código Penal. Es decir, no sería posible dar sentido racional a la elección del legislador de tratar el concurso de agentes como circunstancia cualificadora, en un caso, y mera causa de aumento, en otro. El STF descartó la solución de esta reconstrucción sistemática de las normas del ordenamiento, condenando al acusado por hurto cualificado al doble de la pena, pero no dejó de dar una explicación racional para la diferenciación del contenido de la norma legal. Según el magistrado Ricardo Lewandowski, «la voluntad del legislador, en el caso de hurto en concurso, fue mostrar un mayor rechazo que al correspondiente al robo, puesto que, en este, se inhibe la posibilidad de reacción de la víctima por la violencia o la amenaza grave».

En la medida en que el postulado de legislación racional concibe las normas como medios, resultantes de elecciones racionales dirigidas a un fin, la incapacidad de reconstruir esa razón de fondo como explicación para el sistema

normativo propuesto también mina la interpretación como jurídicamente aceptable. De esta forma, los principios jurídicos, al explicar las reglas técnicas presentes en el sistema normativo resultante de la interpretación racional, se integran en él. Ello porque dichos principios también constituyen razones para la acción. Son parámetros normativos. No obstante, a diferencia de las normas que se derivan por deducción, su fuerza como razones no está en el hecho de formar parte del contenido conceptual de las reglas dotadas de autoridad. Antes bien, su fuerza como razones está en su capacidad de explicar un determinado contenido *como resultado de un acto racional*¹⁰⁸.

Como estos principios son razones para la acción, de ellos también se pueden hacer deducciones. En este marco, las implicaturas legales se afirman junto con razones de fondo que explican el contenido implicado (equilibrio reflexivo). Un determinado sistema normativo, que responda de forma consistente y coherente, con base en principios de fondo, cómo actuar en una determinada circunstancia, puede enfrentar problemas de coherencia en circunstancias mejor especificadas. Esto puede llevar a una revisión de la explicación, *i. e.* del principio de fondo o de la regla técnica que forma parte del sistema normativo (abordaremos con más detalle esta posibilidad *infra* en el apartado 13).

Así, podemos hablar no solo de *cierre deductivo* de un sistema normativo, como el propuesto en *Normative Systems*, sino también de *cierre abductivo* o *coherentista* de este, que englobará el principio o jerarquía de principios explicativos, derivados por abducción, además de sus implicaciones deductivas y las implicaciones de las reglas técnicas que integran el sistema.

En este sentido, los principios morales y de políticas públicas que justifican la creación de una norma, con un determinado contenido, en una determinada interpretación, son condiciones de inteligibilidad, no propiamente del contenido de la norma, sino de la *norma como contenido de un acto racional* y, por ende, de lo que se *quiso decir* con la norma (en dicha interpretación). Por fuerza de esta relación de implicación abductiva con la norma, *heredan su fuerza como razones, en la medida en que explican aquel contenido*. Si la fuente de esta interpretación son normas del ordenamiento jurídico cuya autoridad se reconoce, estas razones serán *razones jurídicas*.

11. INTEGRIDAD

La admisión de *implicaturas* como normas implícitas, dentro de la comprensión de la actividad de legislación como modelo comunicativo, lleva a aceptar, en algún grado, un modelo de coherencia. Ello porque, si las implica-

¹⁰⁸ En el mismo sentido, véase McCORMICK (2005: 193): «*Thus, the coherence of norms (considered as some kind of a set) is a matter of their "making sense" by being rationally related as a set, instrumentally or intrinsically, to the realization of some common value or values.*»

turas de GRICE o la interpretación pragmática en general se estructura mediante procesos de inferencias abductivas¹⁰⁹, la garantía epistémica de la inferencia abductiva de una norma implícita, a partir de un contenido explícito, la da su estructuración como inferencia a la mejor explicación posible (o explicación más coherente).

En este modelo, cada sistema normativo presentado por una determinada interpretación del ordenamiento permite inferir principios morales y de políticas públicas que nos llevan a comprender ese sistema normativo, con ese contenido, como resultado de legislación racional. Así, defendemos que tales principios, como normas implícitas, son razones jurídicas y, en este sentido, forman parte del derecho.

Aquí cabe una primera cuestión. ¿No sería justamente esta la teoría del propio DWORKIN? En efecto, tomar principios como razones jurídicas capaces de dar la mejor explicación posible de la historia de actos legislativos o decisiones judiciales de una comunidad parece justamente la concepción de derecho como integridad. Véanse los siguientes fragmentos en los que DWORKIN explica el significado del valor de *integridad* para una teoría del derecho:

Esta [integridad] insiste que el Derecho —los derechos y deberes que derivan de decisiones colectivas pasadas, razón por la que autorizan o exigen coerción— contiene no solo el contenido estricto o explícito de esas decisiones, sino también, de modo más comprensivo, el esquema de principios necesario para justificarlas¹¹⁰.

Los miembros de una sociedad de principios aceptan que sus derechos políticos y deberes no se agotan en las decisiones particulares que sus instituciones han estipulado, sino que dependen, de modo más general, del esquema de principios que estas decisiones presuponen o fundamentan¹¹¹.

En otras palabras, tanto con el inclusivismo lógico, como con el valor de integridad, se afirma que el contenido tomado como derecho debe consistir de su cierre coherentista. Además, MARMOR ya había señalado la semejanza entre la hipótesis de inclusivismo lógico y la teoría del derecho de DWORKIN, lo que plantea una segunda cuestión. ¿DWORKIN no podía simplemente aceptar que los principios son razones jurídicas vinculantes por derivarse a partir del contenido de las normas dotadas de fuentes, como propuse en la sección anterior?

Voy a empezar por la segunda cuestión. Si DWORKIN acepta que la validez jurídica de principios utilizados para justificar decisiones está vinculada al contenido de las normas derivadas de las fuentes, entonces el grado de discrepancia en la actividad de adjudicación sobre lo que es derecho no será tan profundo como pretende. Si la racionalidad en la justificación de las decisiones

¹⁰⁹ DASCAL, 1984: 655.

¹¹⁰ DWORKIN, 1986: 227.

¹¹¹ *Ibid.*: 211.

principiológicas es esa, entonces todos están de acuerdo con las fuentes sociales y que estas determinan, al menos en parte, lo que es derecho. Habría acuerdo respecto a la base y al método de interpretación, solo discrepancias en la aplicación de ese método para parte de los casos, lo que no sería sorprendente dada su subdeterminación.

Se puede argumentar que los jueces también recurren y pueden recurrir a otros principios que no sean derivados de las normas por abducción. Si bien para DWORKIN este no es un camino, pues ello significaría que los jueces, en sus decisiones, toman principios como razones extrajurídicas, lo que es una premisa exclusivista. DWORKIN también defiende la tesis de que se puede identificar una respuesta correcta para cada cuestión jurídica. Esta respuesta correcta es la válida y resulta del correcto equilibrio entre principios. Por lo tanto, se trata de una respuesta necesariamente fundamentada en razones *jurídicas* y no *extrajurídicas*, como los positivistas excluyentes caracterizan las decisiones basadas en principios. Por lo tanto, mostrar que los principios empleados en la actividad de adjudicación e interpretación, o al menos parte de ellos, son razones jurídicas que no dependen del mérito de su contenido es una objeción importante, que DWORKIN siempre intenta eludir.

Esto nos lleva a la respuesta a la primera cuestión. La forma como DWORKIN elude las limitaciones del cierre coherentista, en particular su subdeterminación, marca diferencias importantes de la teoría del derecho como integridad y el modelo positivista lógico-incluyente aquí defendido.

En principio, DWORKIN reconoce la existencia de un material preinterpretativo que consiste en el conjunto de las decisiones políticas previas. Este material debe recibir de la teoría del derecho y los tribunales la *mejor* explicación posible en términos de valores subyacentes. Hasta aquí, estamos dentro del modelo coherentista y alineados con el inclusivismo lógico. El problema está en lo que DWORKIN entiende por el adjetivo «mejor» con relación a la perspectiva que la teoría debe tener del derecho.

No hay dudas de que el adjetivo «mejor» indica alguna valoración del material. Incluso el simple cierre coherentista que ofrece la «mejor» explicación al contenido de las normas implica valoraciones y selecciones, tanto en los casos subdeterminados como en los determinados, como ya hemos visto. Pero es en este punto que DWORKIN cruza la línea divisoria entre análisis valorativo y justificación moral de la práctica. «Mejor», para el autor, no es solo la perspectiva con más posibilidades de dar coherencia o cohesión a los principios. DWORKIN defiende la integridad, o *coherencia de principios*, como valor o virtud. Aunque su valor es instrumental y está en la forma que corrige las limitaciones de los valores representados por la justicia sustantiva y del debido proceso en las instituciones (justicia procedimental)¹¹². Es un determinado ajuste

¹¹² *Ibid.*: 177 (trad. libre).

coherente de principios de moralidad política que sitúa el derecho en su mejor perspectiva y no cualquier ajuste coherente apto para explicar el material preinterpretativo. De esta forma, DWORKIN cambia la base de su modelo coherente o el *input* del modelo de las fuentes sociales (material preinterpretativo) por el conjunto de principios que representan los valores fundamentales de una práctica jurídica justa¹¹³. El propio DWORKIN dice sobre el derecho como integridad:

De acuerdo con el Derecho como integridad, las proposiciones de Derecho son verdaderas si figuran o se siguen de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionen la mejor construcción interpretativa de la práctica jurídica de la comunidad¹¹⁴.

Por lo tanto, no se trata solamente de identificar el derecho a partir de los principios que mejor expliquen el contenido del ordenamiento, sino a partir de los propios principios que, organizados de forma coherente, proporcionen la *mejor justificación moral* para dicho material¹¹⁵. La reconstrucción interpretativa, de esta forma, se vincula a la justificación moral, pues su objetivo es no solo reconstruir los ideales o propósitos prácticos presentes en las elecciones políticas previas, sino justificarlos por medio «de una historia que valga la pena contar», en la medida en que sea capaz de mostrar que «la práctica actual puede organizarse y justificarse por principios suficientemente atractivos para proporcionar un futuro digno»¹¹⁶.

Esta situación, que une la identificación del derecho con la mejor justificación moral de la práctica, permite a DWORKIN resolver el problema de subdeterminación, pues las soluciones para cada caso pasan a estar determinadas «desde arriba» por este ajuste coherente de principios morales y políticamente valiosos en la comunidad. De esta forma, la teoría del derecho como integridad asume una concepción del derecho como un conjunto coherente de pautas en el que no hay prioridad entre las razones que componen el derecho, tanto si derivan de la autoridad como de la moralidad. Aun considerando la exigencia de una dimensión de ajuste (*fit*) entre los principios de moralidad política y el material jurídico bruto, el punto crucial es que en la interpretación constructiva avanzada por la teoría del derecho como integridad, la moralidad puede ser suficiente para identificar una regla, *i. e.* consideraciones sobre lo «mejor» pueden determinar lo que es el derecho. Este aspecto es incompatible con el

¹¹³ RAZ, con base en esta característica del modelo de integridad cuestiona incluso el compromiso de DWORKIN con un modelo de coherencia en su teoría del derecho (RAZ, 2001: 319-325).

¹¹⁴ DWORKIN, 1986: 225 (trad. libre).

¹¹⁵ HART (1997: 269-272) destaca este punto como gancho para separar, por un lado, la identificación descriptiva del material preinterpretativo (*descriptive jurisprudence*) y, por otro, su justificación moral (*interpretive justificatory jurisprudence*). Con ello, argumenta la complementariedad y no oposición de las teorías. Como ya hemos visto, la crítica de DWORKIN, en el plano metodológico, está justamente en la imposibilidad de separar estos proyectos.

¹¹⁶ DWORKIN, 1986: 227-228.

reconocimiento de la autoridad de los actos de creación del derecho o, en un sentido bien expresado por Marmor, con el reconocimiento de que el sistema jurídico y las reglas son artefactos¹¹⁷, es decir son creados intencionalmente como tales y sus actos de creación no pueden perderse de vista en la identificación de cada regla perteneciente al sistema.

Para marcar esta diferencia podemos distinguir entre tipos de cierre coherente como modelos de identificación de lo que es derecho¹¹⁸. La distinción está en la base sobre la que debe aplicarse el cierre:

- 1) El derecho es el conjunto de normas que una comunidad tiene justificación para aplicar.
- 2) El derecho es el conjunto de normas que de hecho aplica la comunidad.
- 3) El derecho es el cierre más coherente de 1.
- 4) El derecho es el cierre más coherente de 2.

La teoría del derecho como integridad de DWORKIN sostiene la tesis 3, mientras que yo aquí defiendo la tesis 4. Los positivistas excluyentes aparentemente defienden la 2 y los incluyentes pretenden que la noción «de hecho» pueda englobar los principios morales que hacen que la aplicación de hecho esté moralmente justificada.

Por último, hay otra distinción importante que se refiere al carácter global de la explicación del material preinterpretativo con base en principios. DWORKIN propone que la coherencia de principios con base en la integridad sea capaz de explicar toda la historia jurídica de una comunidad, algo más amplio incluso que la noción de ordenamiento jurídico aquí propuesta. Es obvio que esta tarea sería sobrehumana y, por ello, DWORKIN recurre a la figura de Hércules para construir su modelo de interpretación. Aunque este ideal hercúleo no pueda alcanzarse, DWORKIN sugiere que los tribunales trabajan y deben trabajar bajo la misma «estructura oculta» (*hidden structure*)¹¹⁹. Esta metáfora acoge una división importante entre capacidades. Empíricamente los jueces no pueden acceder a la cantidad ideal de información fáctica o sobre el material jurídico disponible ni tampoco pueden procesarla. El material base que emplean los jueces es siempre *parcial*. No obstante, DWORKIN insiste que, conceptualmente, los jueces pueden analizar y justificar dicho material parcial a la luz de la *misma* moralidad política de Hércules, con la misma pretensión *global* sobre el ordenamiento:

¹¹⁷ MARMOR, 2005.

¹¹⁸ Giovanni SARTOR me sugirió la distinción sobre un texto resumido de la tesis que aquí se defiende.

¹¹⁹ DWORKIN (1986: 264-265): «*Real judges decide hard cases much more instinctively. They do not construct and test various rival interpretations against a complex matrix of intersecting political and moral principles. [...] No doubt real judges decide most cases in a much less methodical way. But Hercules shows us the hidden structure of their judgments and so lays these open to study and criticism.*».

Pero él [Hércules] no tiene una visión sobre misterios transcendentales que les sea opaco a ellos [jueces]. Sus juicios de ajuste y moralidad política se forman sobre el mismo material y tienen el mismo carácter que los de ellos. Él hace lo que ellos harían si tuvieran la posibilidad de dedicar toda su carrera a una única decisión. Ellos no necesitan una concepción de derecho distinta a la de él, sino habilidades propias del oficio y eficiencia que él nunca tuvo que cultivar¹²⁰.

No es fácil ver cómo se produciría esta coincidencia entre semidioses y mortales, aunque sea conceptualmente posible en sentido trivial. Si Hércules hace la construcción correcta, es posible que los jueces acierten, pero también es posible (e incluso más probable) que no acierten. Podemos interpretar entonces que la discrepancia entre «ellos» y «él» residiría ahí, en las equívocas percepciones de lo que sería el «esquema transcendental de principios». Por lo tanto, para DWORKIN, aunque los jueces tomen decisiones locales y manejen cuestiones que impliquen algunas normas o precedentes del ordenamiento, deben seguir una intuición de justificación de la práctica jurídica como un todo, pautada por el ajuste global y coherente de principios orientadores. Esta tesis merece un tratamiento propio, pues afecta a otras propuestas coherentistas para el derecho.

12. INFERENCIA LOCAL

RAZ hizo el esfuerzo de reunir las condiciones mínimas en las que la noción de coherencia merecería atención como parte de una teoría del derecho¹²¹. Se basa en tres puntos:

- i) *input externo*: la coherencia no puede ser el único criterio de identificación, por lo que debe haber una «base» independiente con la que se debe mantener la coherencia;
- ii) *objetividad*: la base no debe estar vinculada a creencias o valoraciones subjetivas sobre lo que es el derecho, de forma que se asegure el contacto con la «realidad objetiva» del derecho;
- iii) *transitoriedad moderada*: aunque la base sea un punto de partida para construir una comprensión coherente y pueda ser revisada, esta revisión debe ser modesta¹²².

Es obvio que la base que se propone como *input* externo para la comprensión coherente del derecho es la convención social sobre las fuentes. Incluso se

¹²⁰ *Ibid.*: 265.

¹²¹ RAZ, 2001: 286-290.

¹²² La aceptación de la tesis de *input* externo objetivo, con restricciones a su modificación, implica rechazar la asunción doxástica, *i. e.* la tesis de que no habría prioridades entre el conjunto de creencias sobre las normas pertenecientes al ordenamiento, de forma que todas las creencias dependerían en igual medida de las demás. RAZ (2001: 283) explica este rechazo (nota a pie de página 11).

puede cuestionar si este modelo sería en efecto coherentista, ya que, para RAZ, la base de normas, en apariencia, es un dato externo (de contacto con la realidad) que no exige justificación.

RAZ separa dos enfoques coherentistas posibles, uno orientado a la naturaleza del derecho en general, otro orientado a la naturaleza de la actividad de adjudicación. El primero identifica el derecho de una comunidad como el conjunto más coherente de principios capaz de explicar el material normativo (leyes y decisiones judiciales) de hecho promulgado como resultado de legislación racional¹²³. La versión adjudicataria reduce dicho compromiso (identificando el conjunto más coherente de principios explicativos del material normativo) a un esfuerzo para derivar la solución del caso concreto que se juzga¹²⁴. Es decir, la solución del caso particular se deriva de aquella ordenación coherente de principios reflejo de la teoría. En el caso de DWORKIN, como la identificación del derecho se reduce a la comprensión de la actividad de adjudicación, ambas tesis se colapsan.

Para RAZ, el defecto central del modelo de integridad está en la ruptura del requisito de *input externo*. Además, la teoría de DWORKIN da margen para interpretar que la base efectiva la dan valoraciones morales del observador (en esta línea, RAZ incluso cuestiona si esta teoría sería en efecto coherentista). Si bien, su crítica es generalizada para cualquier modelo de coherencia que pretenda tener poder explicativo global del orden con base en uno o algunos principios también coherentes entre sí. Para RAZ, esta ambición de globalidad, inevitablemente, mina las condiciones de adecuación de la teoría, pues somete la base, que debería ser independiente (externa), a los principios derivados de un análisis abstracto coherentista.

Una de las teorías objeto de esta crítica es la noción de coherencia en la argumentación jurídica de MACCORMICK, que circunscribe su modelo a la actividad de adjudicación y, en apariencia, corrobora las tres condiciones iniciales de RAZ. Aunque RAZ dirija su crítica a *Legal Reasoning and Legal Theory*¹²⁵, analizaré también el impacto que estas críticas tienen sobre la formulación más reciente en *Rethoric and the Rule of Law*¹²⁶, en la que MACCORMICK relativiza su concepción deductivista de la argumentación jurídica, ampliando el espacio para el tipo de argumentación e interpretación coherentista en la construcción de proposiciones sobre el derecho. Incluso con esta formulación, MACCORMICK deja claro que el punto de partida de la investigación es un determinado conjunto de leyes y precedentes judiciales relevantes para el caso en cuestión, así entendidos, aquellos que se refieren al mismo tema en el mismo campo del

¹²³ RAZ, 2001: 295.

¹²⁴ *Ibid.*: 302.

¹²⁵ MACCORMICK, 1994.

¹²⁶ MACCORMICK, 2005.

derecho¹²⁷. En la medida en que el derecho positivo define el papel del juez, su deber legal es decidir solamente de forma consistente con las normas. De esta forma, la coherencia, sobre las normas positivas, establece una importante constricción negativa a los jueces, aunque pueda no definir una respuesta correcta.

MACCORMICK justifica la coherencia como un valor en la actividad de adjudicación con base en dos factores centrales: i) la *universalidad* como exigencia de racionalidad (reglamentos específicos que no sean coherentes con principios más generales revelarían arbitrariedad, de forma que, cuanto más se basen en principios generales y coherentes, menos arbitrarias serán las decisiones); ii) la *inteligibilidad* en la perspectiva de los sujetos normativos (se presupone que el ordenamiento guía a los sujetos hacia un estado de cosas ideal y su organización en pocos y coherentes principios cumple mejor este efecto).

La universalidad que MACCORMICK alega remite a una escalada de principios. Los precedentes judiciales o las normas se ven como vehículos que satisfacen determinados principios y valores, presuponiéndose que es intención del legislador regular las cuestiones de forma coherente. Estos principios, a su vez, también instancian principios más generales de forma que se llegue a un conjunto coherente de principios de máximo nivel (*highest order principles*)¹²⁸.

Esta dimensión de la universalidad, en la adjudicación, puede convertirse en un riesgo de arbitrariedad o trivialidad. Incluso en el modelo puro de coherencia, una base muy amplia de normas que haya de explicarse puede exigir una generalidad demasiado grande para que el principio o enunciado de valor, como *ratio*, preserve su poder explicativo. Esta coherencia global puede verse en términos de relación explicativa entre principios, pero el vínculo de un principio global (máximo) directamente con la *ratio* de una norma particular puede significar arbitrariedades en la interpretación o identificación del derecho. SAVIGNY describió bien este problema, que consideraba el recurso a «motivos generales» y no específicos de una ley una forma indirecta de modificar su contenido y no propiamente de interpretación.

Por el contrario, el motivo general de una ley (como, por ejemplo, la *aequitas*, sobre la que se basa) no puede autorizar una interpretación, que, al admitir como inexacta la expresión de una ley, la corrija. En realidad, en este procedimiento ya no hay carácter de interpretación, sino otro muy distinto, de una modificación del derecho en sí; pues, al hacerlo de esta forma, no se investiga el contenido del pensamiento de la ley, sino lo que razonablemente debería contener, si el legislador hubiera tenido del él una idea clara¹²⁹.

¹²⁷ *Ibid.*: 199.

¹²⁸ *Ibid.*: 193.

¹²⁹ SAVIGNY, 1886: 245 (traducción propia).

SAVIGNY concebía esta relación entre norma y motivo como una «concatenación lógica». Si bien, la concatenación también podría establecerse entre motivos, de forma que habría una graduación de la relación entre motivo y norma, con motivos más o menos distantes. En ello reside la distinción entre «motivo específico» de la norma (*ratio legis*) y «motivo general» (*ratio iuris*). El motivo o los motivos generales implican concatenaciones de orden superior entre motivos. La coherencia entre estas razones da el carácter orgánico del ordenamiento y su unidad como expresión del «espíritu del pueblo». La preocupación de SAVIGNY estaba en el uso directo de un motivo resultante de una concatenación que fuera muy «distante», dado que diferentes motivos específicos o de concatenaciones inferiores, con orientaciones contrarias, pueden reunirse, en la distancia, bajo el mismo motivo superior¹³⁰. Así, con la aplicación directa, se puede distorsionar la orientación específica del «pensamiento» del legislador hacia la norma en cuestión.

El argumento de inteligibilidad vuelve a tocar la perspectiva de los participantes y se acerca a la tesis de la justificación moral. Si la actividad de adjudicación presupone y debe presuponer que el derecho se comprenda como una práctica moralmente justificada, entonces la actitud de adhesión de los sujetos de derecho con relación al ordenamiento incluye una apreciación de dicho contenido. Esta apreciación, según el argumento de MACCORMICK, dependería de que se comprenda el ordenamiento como un todo, lo que solo sería posible conocer reuniéndolo en un orden de principios. Así, los jueces verían el derecho como una concatenación coherente de principios generales, pues el reconocimiento de un orden como válido dependería de esa forma de inteligibilidad. Así, MACCORMICK refleja la «organicidad» del romanticismo alemán cuando destaca que «el todo del derecho contempla varias partes y, si no se comprenden las partes, el todo tiene poco sentido. Igualmente, sin embargo, no se puede dar sentido a una parte sin atender al lugar que ocupa con relación al todo»¹³¹. Además de comprender las normas como si las explicaran principios, se exige, conforme al argumento de «inteligibilidad», que los principios y valores sean coherentes entre sí, lo que, a su vez, requiere «que en su totalidad estos puedan concebirse como expresión de una forma satisfactoria de vida»¹³².

Al alinearse a la concepción de AARNIO del derecho como expresión de una «forma de vida», MACCORMICK acaba sometiendo el valor de coherencia a valores morales de la comunidad. Basta con ver que AARNIO busca una síntesis de la filosofía del derecho de BRUSIIN¹³³ con WITTGENSTEIN. Para BRUSIIN, cada norma no solo dependería de la comprensión del ordenamiento como un todo, sino que el derecho debería comprenderse dentro de un todo que representa

¹³⁰ *Ibid.*: 246-247.

¹³¹ MACCORMICK

¹³² *Ibid.*: 193.

¹³³ El propio AARNIO (1977: 122-127) presenta la teoría de BRUSIIN.

los valores sociales de una comunidad, tomados según su historicidad. Los propósitos explicativos de cada norma y, por ende, su sentido, dependerían de la experiencia y la percepción individual de cada juez o intérprete del referido orden de valores como miembro de la comunidad que la comparte y, al mismo tiempo, la construye¹³⁴. El derecho positivo sería una expresión refleja, pero también constitutiva de dicha cultura. AARNIO interpreta esta experiencia de valores en la comunidad como forma de organizar una «visión de mundo» que comparte reglas en un *juego de lenguaje*, en el sentido de la hermenéutica de WITTGENSTEIN¹³⁵.

En este marco, en el que MACCORMICK explícitamente se introduce, es difícil distinguir su teoría de la adjudicación de la ofrecida por la teoría del derecho como integridad¹³⁶. En ambas, esta actividad se fundamenta en una percepción de aquella «estructura oculta» de valores morales de la comunidad a la que se refería DWORKIN, rompiéndose el requisito de un *input externo* y objetivo. Más que condiciones mínimas de inteligibilidad del contenido del derecho, su reunión en un conjunto identificable y coherente de valores tiene que ver más con la afinidad del derecho en relación con las convicciones morales y políticas de una comunidad y, así, con la justificación moral del orden jurídico. Se puede apreciar la proximidad de la fórmula del derecho identificado con una «forma de vida» con la teoría del «derecho como integridad»:

De esta forma, la Integridad funde la vida moral con la vida política de los ciudadanos: exige al buen ciudadano, al decidir sobre cómo tratar a su semejante cuando sus intereses entren en conflicto, que interprete el esquema común de justicia con el que ambos están comprometidos, en virtud tan solo de la ciudadanía. [...] La obligación política es, entonces, no solo una cuestión de obediencia a decisiones políticas aisladas de la comunidad, una a una, como los filósofos políticos habitualmente la representan. Esta se convierte en una idea más protestante: fidelidad a un esquema de principios que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar para sí como el esquema de su comunidad¹³⁷.

¹³⁴ Aunque en otro contexto, se puede notar la gran proximidad con el culturalismo de Miguel REALE y la comprensión de la norma como síntesis de valores histórica y socialmente determinados en una determinada cultura. En particular, véase su concepción de *constelaciones de valores* y de *valores fundantes* que, ante el orden jurídico de cada comunidad, a pesar de que históricamente se hayan transformado, se condensan en un conjunto coherente de principios; véase REALE (2002: 253 ss.); véase también REALE (1963: 31 ss.).

¹³⁵ Tengo dudas sobre si esta aplicación de la noción de juego de lenguaje sería capaz de justificar una articulación coherente de principios. Como máximo, esta idea podría tener un papel negativo al excluir algunas atribuciones de valores claramente no compartidos, a los que la comunidad lingüística examinada no consigue dar sentido o concebir. Esto podría explicar, por ejemplo, por qué en una inferencia abductiva sobre las razones de una norma algunas razones se descartan de forma inmediata como absurdas, pero no tener un papel constructivo para identificar una composición general coherente de valores.

¹³⁶ La gran diferencia está en que MACCORMICK no llega a mezclar la inteligibilidad de este esquema de principios con la identificación de lo que es derecho, que lo atribuye a la actividad de adjudicación.

¹³⁷ DWORKIN, 1986: 189-190.

Además, estas propuestas, así como las expresiones que utilizan MACCORMICK, DWORKIN y AARNIO, como «forma de vida», «visión de mundo», «espíritu de una comunidad», «evolución orgánica», «historicidad de los valores» revelan claras aproximaciones a la escuela histórica alemana del siglo XIX, que identificaba el derecho privado por reconstrucción de la tradición jurídica romano-germánica, mediante un método hermenéutico que sería capaz de revelar el espíritu unívoco de la comunidad. Este «espíritu» encontraba unidad en valores liberales que predominaban en la época y que conciliaban bien con el derecho de una economía de intercambio ya muy desarrollada como a romana¹³⁸. Otra fuerza unificadora se encontraba en el cristianismo, que SAVIGNY señala como la base del *ethos* del «pueblo» y el principal factor de transformación del derecho romano histórico para el derecho romano-germánico del siglo XIX, por intervención del derecho científico (*Juristenrecht*)¹³⁹.

Aunque parezca difícil apostar por esta unidad de valores en las sociedades contemporáneas¹⁴⁰, DWORKIN insiste en la noción de integridad de principios como garantía de «imparcialidad» al justificarse la coerción colectiva. Esta justificación debería estar por encima de fuerzas políticas ocasionales que privilegien, en diferentes momentos, el interés de una u otra institución. El derecho, en la visión de los tribunales, la dogmática, la teoría del derecho y cualquier discurso comprometido con la justificación de la coacción por el Estado debe ver el derecho como algo que habla no por instituciones particulares, sino por la comunidad «con una sola voz»¹⁴¹.

Diametralmente en contra, RAZ ve esta garantía justamente en atención y fidelidad a tales incongruencias políticas y rechaza la idea de que esos valores estarían más asegurados cuanto mayor fuera el nivel global de coherencia del ordenamiento o cuanto mayor fuera el nivel de comprensión del ordenamiento como un todo coherente en la actividad de adjudicación. Para RAZ, la idea de unidad como requisito de inteligibilidad de los participantes y, por ende, de reconocimiento del orden, es accidental y empírica. Por ejemplo, puede observarse en sociedades cuyas instituciones políticas están unificadas en torno a una determinada religión. Si bien, los esfuerzos de unificación, en nombre de

¹³⁸ Véase LARENZ (1989: 56). LARENZ destaca que esta conjunción de valores puede sostener una teoría del derecho uniforme durante el siglo XIX, pero que, a finales del siglo y principios del siglo XX, fue desafiada al cuestionarse la verdadera «función social del derecho» dadas las presiones sociales y el surgimiento de nuevas teorías jurídicas como la responsabilidad del riesgo, abuso de derecho, limitaciones sociales de la propiedad. En este escenario, la teoría clásica sufrió las duras críticas del segundo JHERING que cuestiona la posibilidad de unicidad (LARENZ, 1989: 57 y ss.).

¹³⁹ Véase SAVIGNY (1886: 111) y sobre el ideal de unidad de la escuela histórica en torno al *ethos* cristiano, véase también BERKOWITZ (2005: cap. 6)

¹⁴⁰ No quiero entrar aquí en explicaciones sociológicas sobre las razones por las que una integración de las sociedades contemporáneas en torno a un conjunto armónico de principios éticos o políticos. Para una crítica sociológica en este sentido y exposición de las contradicciones y dificultades para que el derecho busque identificación, véase FARIA (2004).

¹⁴¹ DWORKIN, 1986: 206-208.

la coherencia, no pasan de intentos de idealizar toda la práctica jurídica, separándola de las imperfecciones y la actividad política concreta (pluralismo social)¹⁴².

Como la ordenación coherente y reducida de principios es incapaz de reflejar esta realidad en la adjudicación, se pierde la objetividad de la base, lo que significa la ruptura de la transitoriedad moderada. RAZ cree que, si se lleva el valor de la coherencia a la dimensión global, el resultado será una constricción de la actividad de legislación o de precedentes al conjunto de valores organizado de forma abstracta, y no lo contrario, *i. e.* el compromiso de esos valores con explicar el producto de dicha actividad. Además, estos esfuerzos reflejan que cree en la posibilidad de reducir la moral a un conjunto de pocos y coherentes principios, de la que se aleja en defensa de un pluralismo de valores irreductibles entre sí (pluralismo moral)¹⁴³. Así, para RAZ, la única forma de admitir el juicio de coherencia como forma de identificación de razones jurídicas válidas estaría en una coherencia local, a partir de cada elección de autoridades o instituciones concretas sobre temas que impliquen diferentes compromisos valorativos:

La consideración del pluralismo moral muestra, empero, que la coherencia local es, por causa del pluralismo moral, de gran importancia. La llamo coherencia local porque existen varias decisiones aisladas que resultan de elecciones libres entre diferentes compromisos políticos con valores en conflicto. No hay razón para reunir todos esos compromisos en una sola decisión que cubra todos los casos y sospecho que el propio intento de hacerlo sea incoherente. Las sociedades enfrentan diversos temas aislados de conflicto y deciden sobre soluciones para ellos en la medida en que surgen. Cada solución lleva consideraciones propias de

¹⁴² «*Different legal institutions at different times pursue different goals; the implications of their activities are as numerous, diverse, and lacking in coherence as their explicit directives. There is no spirit to the law, only different spirits to different laws or bodies of law. Working out the implications of the law on the assumption that all of it was promulgated in pursuit of one set of principles is to be false to the spirit of all the bodies which enjoy legal authority, and cannot be justified as an obligation of obedience to their authority*» (RAZ, 2001: 307).

¹⁴³ La noción de pluralismo obtuvo relevancia en el reciente debate sobre filosofía moral. Pluralismo moral significa que la moralidad implica una pluralidad de valores, que pueden entrar en conflicto entre sí y que pueden ser incomparables, de modo que conflictos son potencialmente insolubles. RAZ expresamente es partidario del pluralismo. MACCORMICK es un tanto ambiguo a este respecto y puede haber cambio en la evolución de su obra. Pese a que habla de coherencia de valores «de una forma satisfactoria de vida» en *Rethoric and the Rule of Law*, reconoce, en esta misma obra que, en la actividad de adjudicación, donde la coherencia es insuficiente para dar una respuesta unívoca, hay compromiso con argumentos consecuencialistas. Si bien, en *Legal Reasoning and Legal Theory*, MACCORMICK (1993 *apud* LUCY, 2002) reconocía la posibilidad de que los argumentos consecuencialistas llegaran a un callejón sin salida: «*At this point we reach the bedrock of value preferences which inform our reasoning but which are not demonstrable by it. At this level there can simply be irresolvable differences of opinion between people of good will and reason*». Para una lectura de MACCORMICK como pluralista, véase William LUCY (2002). DWORKIN no suscribe el pluralismo al defender la tesis de que todo caso permite identificar una respuesta cierta, a partir del equilibrio de principios, lo que significa rechazar la inconmensurabilidad (aunque acepte que hay varios principios y que estos pueden estar en conflicto). Para un examen crítico de la discusión sobre el pluralismo moral y la tesis de la inconmensurabilidad en el derecho, véase ZORRILLA (2007: cap. IV).

coherencia en su objeto, basada en la necesidad de asegurar coordinación sobre los valores del Estado de derecho¹⁴⁴.

La oposición de RAZ a teorías coherentistas globales y, en particular, a la teoría del «derecho como integridad» recuerda el ataque del segundo JHERING¹⁴⁵ a la jurisprudencia de los conceptos, calcada justamente en la crítica al presupuesto de unidad del derecho en torno a conceptos y valores fundamentales construidos por la ciencia. En contra, JHERING defendía la comprensión del derecho como instrumento para satisfacer los objetivos sociales y producto de la disputa entre fuerzas e intereses en oposición (*jurisprudencia de intereses*). De ello se sigue que cada proposición jurídica singular debería comprenderse en virtud de su fin determinado, beneficioso para la sociedad, que justifica su existencia. Al ser el derecho el producto de fuerzas sociales en constante interacción, no habría jerarquización objetiva entre fines o valores últimos. En la forma enunciada por HECK, el núcleo de la jurisprudencia de los intereses estaría en la comprensión de que las leyes son «las resultantes de los intereses de orden material, nacional, religioso, ético, que, en cada comunidad jurídica, se contraponen unos a los otros y luchan por su reconocimiento»¹⁴⁶.

No tengo intención de entrar en un debate sobre la corrección de las ideas de pluralismo moral o social. Esta discusión se dirige a justificar la interpretación coherentista en el derecho más que a describirlo. DWORKIN y RAZ parecen disputar las garantías de verdad o corrección de una comprensión del derecho como conjunto coherente de reglas y principios. Para DWORKIN, esta debería ser global. Para RAZ, local. No me preocupa justificar la coherencia como apta para proporcionar corrección, sino solamente describir el tipo de inferencia implicada en justificaciones a partir de normas, en la medida en que estas se consideran resultado de una acción racional.

El hecho es que la dogmática jurídica, por causa de la tradición arraigada al menos desde la escuela histórica, se pauta en reconstrucciones de las fuentes reconocidas mediante inferencias que identifican las normas, principios y conceptos que mejor se compatibilizan con esas fuentes. Para atribuir juridicidad a los principios en función de su relación específica con normas del ordenamiento, basta con identificar dicha relación como inferencia abductiva bien fundada. Si tales inferencias pueden alcanzar, en soluciones de conflictos actuales o hipotéticos, niveles superiores o «distantes» manteniendo la garantía de asertividad de su conclusión, es otro tema.

¹⁴⁴ RAZ, 2001: 318.

¹⁴⁵ En especial, en VON JHERING (1877).

¹⁴⁶ Philipp HECK (1932 *apud* LARENZ, 1989: 65). Si bien, véase que HECK en *Gesetzesauslegung* aún mantenía la metáfora de organicidad de la escuela histórica, al defender que la percepción de los intereses dependen de una correlación de la norma con todas las demás vigentes y en contacto con la vida práctica (HECK, 1932: 39 ss., *apud* BETTI, 2007: 205).

De todas formas, la versión local de RAZ está mucho más cerca de la descripción que aquí se delinea de cierre lógico de un sistema normativo. La especificación del sistema normativo es resultado de una determinada reconstrucción interpretativa de un ordenamiento jurídico dado, a partir de la pregunta sobre el estatus deóntico de una determinada acción en un tipo de conflicto. La respuesta o el conjunto de respuestas para diferentes casos posibles en el que puede realizarse la acción en cuestión está localizada. Es decir, no se trata de describir el ordenamiento o el sistema resultante del ordenamiento globalmente considerado, solo de responder a cuestiones locales como: «¿qué debo hacer para cumplir el ordenamiento en este caso?» o «¿qué dice el ordenamiento sobre esta acción en estas posibles circunstancias?».

De esta forma, aunque la reconstrucción interpretativa (y el sistema normativo resultante) no implique una adjudicación propiamente dicha, pues no especifica la solución para una acción particular de un individuo en un momento dado y en circunstancias determinadas, ella trata de la generalización de una posible adjudicación. La respuesta se da de forma universalizada, pero para una acción-tipo concreta, en condiciones hipotéticas también determinadas. Además del *problema*, la *construcción interpretativa* también es local, en el sentido de que basta un determinado subconjunto de normas o precedentes relevantes que se refieran a la acción, directa o indirectamente (la referencia indirecta puede darse por medio de definiciones que especifiquen o clasifiquen la acción o la circunstancia en cuestión en acciones-tipo más genéricas de otra norma, e. g. la acción de alquilar un inmueble con reglas relativas a la acción general de contratar).

La razón para ello, desde una perspectiva descriptiva y no justificadora de la inferencia coherentista, es muy simple y no depende de ningún debate sobre la probabilidad de *corrección* de la construcción interpretativa global frente a la local: los actores del derecho, teóricos o prácticos, son limitados y no tienen capacidad cognitiva para procesar todo el conjunto de normas presentes en el ordenamiento bruto de sociedades mínimamente complejas para buscar explicaciones coherentes con base en pocos principios globales. Como HARMAN sugiere, una epistemología sensata mezcla aspectos descriptivos y normativos, introduciendo una cierta idealización, pero de algo cercano a lo que los agentes reales, con sus recursos limitados, efectivamente desarrollan en sus prácticas cognitivas¹⁴⁷.

En realidad, como ya anticipó SAVIGNY, hay una cierta vaguedad en el concepto de «razón específica de una norma», que se refiere al número admisible de concatenaciones entre motivos usados como explicación del «pensamiento del legislador», lo que provocará dificultades prácticas para diferenciar la ver-

¹⁴⁷ HARMAN, 1986.

dadera interpretación de la efectiva modificación del derecho¹⁴⁸. Esta vaguedad invita a adoptar posiciones más flexibles, como la de AMAYA, proponiendo que el carácter global o local de una teoría jurídica basada en la coherencia deba depender del contexto en el que se propone la interpretación¹⁴⁹.

De esta forma, toda esta discusión teórica sobre la validez o no de los principios, o validez solo de los principios locales y no globales, va a desembocar en los llamados «casos difíciles». La cuestión práctica, que acaba pausando las posiciones, es la siguiente: en caso de conflicto entre el principio moral o político que justifica la norma y el contenido de la propia norma, ¿cuál prevalece?

En este punto, esta cuestión es aún más grave y asume una dimensión conceptual, pues defendemos que los principios morales o políticos reciben juridicidad en la extensión de su capacidad de afirmarse como la mejor explicación para el contenido presente en la regla. Es decir, al inferirse por abducción del contenido de las propias reglas. Pero, ¿cómo puedo entender la juridicidad de principios como derivada de las reglas si aquellos pueden prevalecer sobre estas? ¿Esto no supondría un menoscabo de la transitoriedad moderada?

13. ¿LOS PRINCIPIOS PUEDEN SER INGRATOS?

La cuestión que se plantea al final de la sección anterior toca en un tema difícil, que consiste en la comprensión y la caracterización de la *derrotabilidad* en el derecho, tema que no puedo desarrollar de forma satisfactoria dentro de los límites de este trabajo. Solo quiero destacar, aquí, que la posibilidad de conflicto entre la razón para la acción indicada por un principio derivado de una regla y la razón para la acción indicada por dicha regla no afecta la juridicidad de los principios.

La posición sobre qué razón (de la regla o del principio) formaría parte del derecho en caso de conflicto es un punto de inflexión entre distintas teorías, a partir del cual se puede hacer una taxonomía. Primero, se puede separar entre teorías *coherentistas* y *fundacionalistas*. Las teorías *fundacionalistas* consideran que la prevalencia de un principio justificador de la regla sobre la regla supone una modificación del derecho. Las *coherentistas* consideran que la razón derivada del principio puede ser parte del derecho, sin que ello implique su modificación.

¹⁴⁸ SAVIGNY (1886: 247): «Si, por tanto, en la rectificación de la expresión se debe tener en cuenta el motivo específico de la ley y no aquel general, hay que tener siempre presente que entre estas especies de motivo no hay un límite claramente definido. De las variadas y múltiples graduaciones intermedias que pueda haber surge la posibilidad de duda sobre la verdadera interpretación y la dificultad de distinguir esta de aquella que constituiría una modificación del derecho».

¹⁴⁹ AMAYA, 2006.

Las teorías coherentistas, a su vez, pueden dividirse en *globales* y *locales*. Las teorías *globales* consideran el derecho el cierre más coherente del conjunto total de razones jurídicas disponibles. Las teorías *locales* consideran solo una parte de ellas que sea relevante para el tema jurídico objeto de debate¹⁵⁰. Por otro lado, pueden dividirse en *determinadas* y *subdeterminadas*. Las *subdeterminadas* consideran la coherencia entre normas y principios como una condición necesaria para la identificación o justificación del derecho, pero no suficiente para su determinación. Las *determinadas* consideran que la coherencia entre normas y principios es capaz de determinar el conjunto de razones vinculantes que integran el derecho.

Así, en un extremo están las «teorías coherentistas globales determinadas». Su máxima afirmación está en la teoría de la integridad, en la que las razones de autoridad no tienen prioridad con relación a las razones morales. Para ella, aun cuando prevalezca la razón expresamente indicada por la regla, fue el principio de legalidad o el valor de «expectativas protegidas» el que determinó, en última instancia, la razón para actuar. Toda identificación particular del derecho está determinada y resultaría de un equilibrio de razones dado por principios morales y de políticas públicas que justifican globalmente el material normativo disponible, aunque tampoco tengan prioridad como razones jurídicas.

Una versión más blanda defiende que es la razón que indica el principio la que pertenece al derecho, siempre que la razón indicada por la regla sea efectivamente incompatible con cualquier alternativa plausible de explicación. La coherencia global de razones para todo el ordenamiento sería capaz de determinar el resultado. Se puede colocar en esta versión mitigada la teoría coherentista que defiende PECZENIK¹⁵¹, aunque solo se defienda el carácter global para la dogmática jurídica, mientras la actividad de adjudicación se admite como local (en realidad, PECZENIK introduce variaciones en el carácter de la coherencia que dependen del contexto en el que la cuestión jurídica se introduce).

Una clase inmediatamente posterior podrían darla las «teorías coherentistas globales subdeterminadas», que discrepan de las anteriores solo respecto a la posibilidad de identificar, para cada acción en cada circunstancia, una solución *única* globalmente coherente. Aquí se hallaría la propuesta de MACCORMICK, si esta se entendiera como una teoría constitutiva del derecho. No obstante, MACCORMICK está en una situación paralela a este grupo, pues circunscribe la derrotabilidad de normas por principios a la actividad de adjudicación. El universo de las normas generales como un «hecho institucional» está separado

¹⁵⁰ Mantendremos esta diferenciación, conceptualmente posible, entre teorías holísticas y globales, a pesar de la crítica de RAZ, que, básicamente argumenta que, en la práctica, las teorías coherentistas globales son incapaces de mantener el modelo híbrido, pues son idealizaciones incompatibles con las razones efectivas de autoridad.

¹⁵¹ PECZENIK, 1989: cap. 4; 1999.

de ella. La idea de MACCORMICK, presente en los casos que él analiza, parece ser que las soluciones para estas cuestiones parten de una apreciación correcta (más coherente) de los principios subyacentes al orden como un todo, lo que nos lleva a creer que los principios son razones jurídicas. Solo que razones no universalizables como parte del derecho o del conjunto de «hechos institucionales»¹⁵². Por lo tanto, los principios no son propiamente razones que forman parte del derecho, aunque parezca que MACCORMICK les presupone cierta estabilidad, al menos de aquellos que llama *higher-order principles*. Por otro lado, para MACCORMICK, las razones de coherencia son elementos necesarios de justificación, pero no suficientes. Se puede llegar a un punto muerto entre reconstrucciones interpretativas igualmente coherentes, solucionadas por una argumentación consecuencialista, que tiene una nota de subjetividad¹⁵³.

Más abajo estaría la clase de «teorías coherentistas locales determinadas», que consideran como derecho la *ratio* de las normas o grupos delimitados de normas, por tanto, el cierre coherentista de estas, aunque limitado a la dimensión local (sin presuponer coherencia o jerarquización última de principios). Podríamos considerar aquí a SAVIGNY, si hacemos una lectura particular y parcial de sus tesis sobre la interpretación de leyes singulares¹⁵⁴. A pesar de que SAVIGNY señala, como parte del derecho resultante del «espíritu del pueblo», la *ratio legis* y la *ratio iuris* reconstruidas por la ciencia jurídica, en caso de conflicto entre el pensamiento manifestado en la ley y su *ratio*, prevalece solo la *ratio* específica de la norma en cuestión, que pasa a rectificarse por la interpretación (lo que, para la escuela histórica es lo mismo que identificar el derecho). La rectificación con base en la *ratio* genérica ya sería modificación de lo que es derecho.

La posición que RAZ defiende en *The Relevance of Coherence*¹⁵⁵ parece acercarse a lo que serían las «teorías coherentistas locales subdeterminadas», en la medida en que RAZ acepta la coherencia local, pero no abandona la discrecionalidad de la autoridad para realizar elecciones entre alternativas de organización coherente del material normativo. No obstante, en otros artículos más representativos de su teoría positivista exclusivista, RAZ señala claramente como «modificación del ordenamiento» la preferencia por razones de fondo

¹⁵² MACCORMICK, 2005: 243.

¹⁵³ Esto está muy claro en el prólogo de la reedición de MACCORMICK (1994) en el que explicita la reformulación de su pensamiento: «As I indicated at the beginning of this foreword I am convinced by Robert Alexy (and derivatively by Jürgen Habermas) that an account of practical discourse can be constructed that derives a justification for legal institutions and legal reasoning from the exigencies of general practical reason, and subjects of legal reasoning through and through to the general principles of practical rationality. This neither means nor entails that law always is or always could be perfectly determinate, or that practical reason can supply determinate answers whenever the law fails to determinate an answer» (p. xvi).

¹⁵⁴ Como hemos visto un poco antes, la escuela histórica asumía aún la existencia de nexos orgánicos entre instituciones y conceptos jurídicos que permitían hablar de unidad de la fuente en el «espíritu del pueblo».

¹⁵⁵ RAZ, 2001.

sobre el contenido de las directivas (por ello lo incluyo entre los fundacionalistas moderados).

Después vendría la clase de *teorías fundacionalistas* que consideran el contenido de las reglas y no su *ratio* parte del derecho, de modo que la aplicación de las razones que justifican la regla en vez de la regla misma, en caso de conflicto, significa modificación del ordenamiento. Se trata de la posición en general de los positivistas excluyentes.

En una esfera más blanda estarían las «teorías fundacionalistas moderadas» que consideran la aplicación de la razón ofrecida por el principio subyacente como modificación de la razón perteneciente al derecho, aunque conceden que condiciones más específicas de aplicación no previstas explícitamente en la regla sean «situaciones no reguladas». Esto hace que la *ratio*, en estos casos, sea una especie de colmatación de laguna, por ende, *modificación* del ordenamiento, pero no *revisión* de una solución ya presente. Aquí está RAZ, que ve la construcción de excepciones implícitas al contenido de las normas jurídicas como modificaciones del ordenamiento original, aunque las considere no reguladas y su solución como resultante de la *ratio decidendi* en el análisis de los precedentes¹⁵⁶. Aunque, en estos casos, explique la adjudicación como ejercicio de discrecionalidad, concede que el poder de los jueces tiene sus circunscripciones y está delimitado por el propio diseño de los tribunales como institución, que no permite una «reforma total» similar al poder legislativo, y también por normas que limitan su actividad de creación, de forma que los tribunales oscilan entre «conservadurismo y reformas parciales»¹⁵⁷. Si bien, es verdad que RAZ, en otras ocasiones parece más radical, cuando considera que la autoridad de la regla y el deber de seguirlas prevalecen aún cuando sean defectuosas y contrarias a las razones mismas de fondo.

A continuación, están aquellas «teorías fundacionalistas absolutas» que consideran condiciones más específicas y no previstas de forma explícita en la regla como ya solucionadas implícitamente por la regla (circunstancias específicas no mencionadas son irrelevantes e incapaces de modificar la solución normativa señalada por la regla). Por tanto, las razones de fondo dadas por los principios justificadores no solo están fuera, sino que cualquier aplicación de estos implica un intento de *revisión* del derecho (y no solo integración de lagunas). En esta clase se encuentran ALCHOURRÓN y BULYGIN¹⁵⁸, que denominan

¹⁵⁶ RAZ, 2002: cap. III, epígrafe 10, en particular, el fragmento de las páginas 183 a la 189, donde analiza la *distinguishing doctrine* y el poder de los tribunales para introducir distinciones, que modifiquen la regla de precedentes.

¹⁵⁷ *Ibid.*: 201. RAZ hace aquí una referencia particular a la organización conservadora de los tribunales en Inglaterra, como una comunidad cerrada y centralizada: «It [el poder judicial inglés] is recruited exclusively from the Bar (itself small), comes from a more or less homogeneous social background, and is unified by strong professional and social ties into a relatively cohesive social group where personal authority carries more weight than any formal rules of precedent» (RAZ, 2002: 181).

¹⁵⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993.

dichas situaciones de conflicto entre razones de fondo y contenido de las reglas como «lagunas axiológicas» (quien afirma este tipo de laguna propone que haya algún factor no considerado como relevante por el legislador en la condición de aplicación de la norma, pero que *debería haber sido* considerado). La laguna axiológica es una forma espuria de laguna por la que se pretende modificar el sistema normativo original en un sistema con «casos más finos», en los que las condiciones de aplicación de la regla se especifican mejor. No se hace ninguna concesión sobre la posibilidad de que esta excepción se siga de una cognición del ordenamiento o de las propias normas analizadas.

Más tarde, empero, ambos autores, de modo independiente¹⁵⁹, aliviaron su fundacionalismo absoluto. Los diferentes sistemas normativos en juego frente a una «laguna axiológica» (el original y aquel con casos más finos) pasaron a verse como «diferentes niveles de análisis» de un mismo sistema normativo. Admiten que una investigación de las «razones objetivas subyacentes»¹⁶⁰ a la regla o de la «disposición subjetiva de la autoridad»¹⁶¹ puede derrotar la solución normativa ofrecida por la regla.

BULYGIN, en realidad, suscribe el modelo de RODRÍGUEZ¹⁶², en el que las lagunas axiológicas son, en vez de prescripciones subjetivas, descripciones de un segundo sistema normativo reconstruido por la interpretación jurídica en torno a la voluntad del «legislador racional». A su vez, ALCHOURRÓN identifica tres disposiciones posibles del legislador con relación al contenido de la regla y una condición de aplicación no considerada explícitamente: la condición es una excepción implícita (el legislador habría rechazado la solución prevista frente a esta condición); la condición es una no excepción implícita (el legislador habría aceptado la misma solución frente a la condición); o la condición es indeterminada (el legislador no se posicionaría sobre la condición). Como señalaron MORESO y RODRÍGUEZ¹⁶³, para evitar una indeterminación inherente al sistema normativo con las condiciones indeterminadas (esta fue la crítica de CARACCILO¹⁶⁴ a la teoría disposicional de ALCHOURRÓN), la condición implícita solamente puede ser relevante para el sistema normativo en caso de excepción implícita. El conjunto de consecuencias del sistema normativo permanece inalterado en caso de indeterminación y no excepción implícita. Por su parte, en caso de excepción implícita, la solución normativa presente en la regla cede lugar a la solución opuesta dada por la disposición racional de la autoridad (cuya identificación ALCHOURRÓN reconoce que está asociada a la actividad de reconstrucción interpretativa de los juristas).

¹⁵⁹ ALCHOURRÓN, 1996, y BULYGIN, 2005.

¹⁶⁰ BULYGIN, 2005.

¹⁶¹ ALCHOURRÓN, 1996.

¹⁶² RODRÍGUEZ, 2000.

¹⁶³ MORESO y RODRÍGUEZ, 2010: 27-29.

¹⁶⁴ CARACCILO, 2006.

Este posicionamiento posterior de ALCHOURRÓN y BULYGIN, en el que se favorecían las razones de la regla sobre su contenido, tiene unos tintes lógico-incluyentes, que los desplaza a la clase de los coherentistas, en particular, de los *coherentistas locales determinados*. No obstante, ambos parecen admitir esta prevalencia de las razones solo en casos excepcionales en los que es absolutamente claro el error de la regla a la luz de su propósito objetivamente identificado.

En el extremo de las *teorías fundacionalistas absolutas* podría situarse a KELSEN de la *Teoría pura del derecho*, para quien, cualquier tipo de laguna sería espuria, y su afirmación un intento de revisar la solución ya prevista por el ordenamiento, derivado del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Los principios justificadores no desempeñarían ningún papel como razones jurídicas y su aplicación sería ejercicio de discrecionalidad con base en factores extralegales.

Además, la orientación general que adoptan los positivistas excluyentes coincide con las teorías fundacionalistas absolutas, es decir, el tratamiento de la «excepción implícita» (a la regla por la aplicación del principio subyacente) como producto del ejercicio de la discrecionalidad. Esta solución es coherente con la tesis de que existe un *input* externo a la cognición de las normas válidas (fuentes) con definición clara del estatus deóntico de una serie de acciones en determinadas circunstancias. Cualquier intervención que defina (en caso de laguna) o revise este estatus deóntico de una acción es discrecional, *i. e.* basada en razones extralegales (vinculantes para el juez, pero que no forman parte del ordenamiento).

La distinción entre los positivistas se da en términos de grado de reconocimiento de que la excepción implícita podría ser señalada por el conocimiento del contenido del propio *input* externo (fuente). Esta oscilación provoca una enorme dificultad e inseguridad, cuyo resultado son conclusiones oraculares que rozan la inconsistencia. Por ejemplo, sobre la identificación de excepciones a la regla en virtud de los principios que les son subyacentes, MACCORMICK afirma que «en un sentido, se está produciendo nuevo Derecho, pero se está produciendo con base en el propio cuerpo del derecho, porque es totalmente coherente con él y, por ende, ya está presente en su marco de referencia original»¹⁶⁵. Lo mismo ocurre con RAZ cuando afirma que «disputas no reguladas están, como veremos, parcialmente reguladas, de modo que el tribunal tiene que aplicar el derecho existente así como crear nuevo derecho»¹⁶⁶. En el fondo, estos fragmentos reflejan la «eterna» discusión entre juristas sobre la diferenciación entre analogía, interpretación extensiva y restrictiva, como factores que modifican el derecho o meramente lo revelan con base en su *ratio*¹⁶⁷.

¹⁶⁵ MACCORMICK, 2005: 204 (trad. libre).

¹⁶⁶ RAZ, 2002: 182.

¹⁶⁷ BOBBIO, 1938.

En esta encrucijada entre principio y regla se puede entrever todo el dilema que impregna este trabajo: o las razones indicadas por principios son extrajurídicas, siendo una quimera su tratamiento doctrinal y jurisprudencial como *ratio iuris* o *ratio legis*; o las reglas jurídicas no tienen efectivamente autoridad, poniéndose en riesgo la independencia entre derecho y moral. Si la regla jurídica y el principio jurídico pueden caer, o esta o aquel tiene autoridad: *tertium non datur*.

La solución que propongo al dilema es rechazar la asunción, implícita en su base, de que regla y principio sean estándares de conducta independientes (una derivada de la fuente, otro derivado de valoraciones morales). En realidad, uno puede inferirse a partir del otro, supuesto que quiebra la base del dilema. Mi problema pasa a ser explicar cómo elementos conexos pueden ser incompatibles, *i. e.* cómo pueden ofrecer razones opuestas a una misma acción en una circunstancia determinada. Recurrir a un caso práctico puede ayudar a solucionar el rompecabezas.

Me sirvo del mismo ejemplo sobre las condiciones legales para permitir el aborto, ahora con el supuesto del feto anencefálico. El caso es interesante, pues el debate entablado en el STF no trató *sobre habeas corpus* (en el que cabría la diferenciación de MACCORMICK entre la *concreción* y la *identificación de la norma válida* como hecho institucional), sino sobre la constitucionalidad misma de las reglas del Código Penal brasileño (Recurso por incumplimiento de precepto fundamental 54-8/DF). Lo curioso es que el problema de la constitucionalidad no estaba en las reglas del CP (arts. 124 y 128), sino en las reglas *para aquel supuesto de anencefalia*.

Retomemos el ejemplo y la tabla del apartado 9 *supra* sobre el aborto. La solución del sistema $K^* = \{124^*, 128\}$, considerado *claro*, incluyéndose ahora el factor de anencefalia del feto (*f*), sería:

	<i>M</i>	<i>e</i>	<i>r</i>	<i>f</i>	128	124*
1	+	+	+	+	<i>Pa</i>	
2	+	+	-	+	<i>Pa</i>	
3	+	-	+	+	<i>Pa</i>	
4	+	-	-	+		O~a
5	+	+	+	-		O~a
6	+	+	-	-		O~a
7	+	-	+	-		O~a
8	+	-	-	-		O~a

* Me centro tan solo en los casos de aborto practicado por médico (pues si no se da ese factor, el aborto está siempre prohibido).

El caso clave es el 4, en el que la norma 124* es una razón para no practicar el aborto. La presencia o ausencia de la propiedad f , además, es irrelevante para cualquiera de las soluciones dadas por las normas 124* y 128. No obstante, en su voto, el ponente alegó la inconstitucionalidad, no de la norma 124 o 124*, sino de la solución de la norma 124* en el caso 4. La inconstitucionalidad estaría en la contradicción con el art. 1, III, de la Constitución Federal que sitúa la dignidad de la persona como fundamento de la República, además de la premisa de que soportar un embarazo con la certeza de que se va a producir la muerte del *nasciturus* sería indigno para la mujer.

	<i>M</i>	<i>E</i>	<i>R</i>	<i>F</i>	128	124*	Dign
4.	+	-	-	+		<i>O-a</i>	<i>Pa</i>

Pese a que algunos de sus colegas le acusaron de que esta tesis de inconstitucionalidad contrariaría «la lógica del sistema jurídico» o haría al STF arrogar el papel legislativo, el hecho es que el voto prevaleció (al menos en lo que se refiere a la cuestión preliminar planteada, pues el proceso principal aún está a la espera de sentencia).

Una lectura incluyente vería aquí típicamente un principio o, en la versión de WALUCHOW¹⁶⁸, un derecho fundamental a la dignidad incorporado en la regla de reconocimiento del sistema. La razón decisiva para el caso estaría en el principio de dignidad, con autoridad anterior e independiente de la norma 124*. Tres problemas aparecen en esta interpretación: i) la noción de dignidad humana como elemento de la regla de reconocimiento, por ser concepto moral fino (es el contenido mismo del imperativo categórico kantiano), prácticamente irrumpiría el universo de razones jurídicas en el universo de razones morales; ii) la consideración de la razón dada por *Dign* como jurídica anula la razón ofrecida por 124* para el caso 4; iii) el principio de dignidad aparece, en la constitución, de forma independiente de las normas 124 y 128, de forma que otros principios también podrían haber aparecido para cambiar soluciones normativas.

Sería extraño en un caso como este, que trata sobre una excepción implícita, decir que el art. 124* no constituye razón jurídica para la acción, incluso porque sigue siendo razón jurídica relevante dentro del sistema normativo resultante de $K_{Dign} = \{124^*, 128, Dign\}$. Además, si la previsión constitucional es la responsable de situar el principio como contenido de la regla de reconocimiento, entonces esto no excluye otros valores también reconocidos en ese plano constitucional general. Por ejemplo, podría argumentar que la búsqueda del pleno empleo es un valor constitucionalmente protegido (art. 170, inc. VIII) y,

¹⁶⁸ WALUCHOW, 2003 (cap. 5).

al ser su relevancia sobre el tema «aborto» algo independiente de las normas penales válidas que se aplican a la acción de abortar, podría cuestionar la prohibición del aborto como forma de evitar el desempleo. O, incluso, construir un argumento de invalidez de la prohibición del aborto en nombre de la libertad de la mujer. Si bien, estos argumentos con base en el pleno empleo y la libertad absoluta de la mujer serían claramente inaceptables como razones jurídicas en el derecho brasileño, dado el contenido de las normas del Código Penal.

Esto no significa que no haya criterio para separar lo que es de lo que no es jurídicamente admisible dentro de un debate principiológico, ni que, para evitar que de razones jurídicas caigan en razones morales (la propuesta interpretativista o antipositivista), la única salida sea sustraer justificaciones basadas en principios del universo de razones jurídicas (tesis de la discrecionalidad). El lenguaje corriente entre juristas al respecto de argumentos o interpretaciones jurídicamente inaceptables ya indica la existencia de un filtro sobre potenciales explicaciones y sus correspondientes atribuciones de sentido a las normas.

Los argumentos que se fundan en la libertad de la mujer y en la búsqueda del pleno empleo son jurídicamente inaceptables justamente porque esos valores constitucionales no pueden explicar de forma coherente las elecciones reflejadas en el contenido de las normas jurídicas válidas para el aborto (arts. 124 y 128). Esto no quiere decir que sean, en sí mismos, absurdos o inmorales. Para que se puedan considerar aceptables en una decisión jurídica sobre el aborto, el contenido del art. 124 debería modificarse, pues refleja una clara preferencia por el derecho a la vida del feto, sin concesiones a políticas públicas sobre el empleo. Podrían reconsiderarse argumentos con base en el pleno empleo o en la capacidad económica de la madre si se incluyeran en los artículos del Código Penal excepciones referentes al número de hijos o la renta de la familia.

Esto muestra que la «existencia» de los principios en el orden jurídico, como razones para la acción, tiene que ver menos con su enunciado en texto normativo de cualquier jerarquía (positivación) y más con su efectiva rúbrica por parte del legislador como relevante en la regulación de un tipo de acción en determinadas condiciones hipotéticas. Y esta rúbrica es dada o puede inferirse a partir del contenido de las normas jurídica que se aplican a aquel tipo de caso. Así, los principios no valen en general en el orden, valen a partir de un problema jurídico y una regulación concreta para dicho problema.

En el embate argumentativo en el caso del aborto de feto con anencefalia, el principio de dignidad se tomó como relevante a partir del reconocimiento de que el propio legislador, al permitir el aborto en caso de agresión sexual, dio primacía a la dignidad de la madre respecto a la vida del feto. Así, la preferencia apareció aquí como *ratio* capaz de explicar los arts. 124* y 128, que se generalizó para una condición de indignidad equiparable a la agresión sexual. En esta interpretación, el principio de dignidad o la relación de preferencia no

aparece como norma independiente, junto a la norma proveniente de la fuente, sino derivado y conjugado con ella. Pero si esto es verdad, entonces, no puede haber conflicto entre la norma y su razón de fondo. A continuación, trataré este problema:

Primero, lo que está en juego no es solo el principio de dignidad, sino la relación de preferencia:

Dign>Vfeto: «la dignidad de la madre sumada a su libertad prevalece sobre la vida del feto».

Esta última cláusula generaliza la condición de embarazo resultante de agresión sexual, de forma que puede instanciar tanto la situación de agresión sexual como la situación de feto anencefálico (en ambos casos, dado el sufrimiento moral, obligar a la mujer a continuar con el embarazo significaría tomarla como medio y no como fin).

Segundo, derivamos de forma deductiva del art. 124* dos proposiciones:

124**: «se prohíbe el aborto si [...] se diagnostica anencefalia al feto».

124***: «se prohíbe el aborto si [...] no se diagnostica anencefalia al feto».

Ambas reglas están implícitas en el contenido de 124*. Sin embargo, aunque *Dign>Vfeto* explique 124* y 124***, no explica 124**, si aceptamos la premisa de que el embarazo de feto anencefálico significa grave sufrimiento moral (indigno para el ser humano).

Vamos a descartar la discusión semántica sobre si el embarazo en esta circunstancia tendría o no esa gravedad moral, pues, en esos términos, ya implicaría aceptar *Dign>Vfeto* como razón jurídica.

El punto es que, cuando la cuestión se centra en la anencefalia, *Dign>Vfeto* pierde poder explicativo para una posible especificación de sentido para el art. 124 del CP brasileño, a saber, 124**. Aparecen así dos interpretaciones para los arts. 124 y 128 del CP:

K_{α} : su contenido se fija como 124***, junto a 128* («se permite el aborto en los supuestos de peligro para la vida, agresión sexual y feto anencefálico»), que se explica por *Dign>Vfeto*.

K_{β} : su contenido se fija como 124** y 128, que puede explicarse por otro principio, o inversión de la relación (*Vfeto>Dign*) para este supuesto, o incluso una calificación de la relación de preferencia *Dign>Vfeto* (e. g. la relación prevalece solamente cuando el sufrimiento moral no dependa de enfermedad del feto).

Esto significa que no hay propiamente un conflicto entre norma y principio, sino un conflicto entre las interpretaciones de los arts. 124 y 128 como resulta-

do de acto de legislación racional. El presupuesto es que el contenido de cada una de las interpretaciones se fija en armonía y se explica por razones de fondo en forma de valores o principios. Dentro del debate jurídico, tanto el contenido de las normas como el de los principios aparecen como razones relevantes.

Por lo tanto, la cuestión se resume a la posibilidad de identificar cuál de los sistemas normativos en conjunto con los principios de fondo sería la interpretación más coherente del ordenamiento jurídico (de las normas en juego) como resultado de un acto racional del legislador. A favor de K_{α} está el hecho de que el principio subyacente lo explica de forma simple y directa y, al mismo tiempo, explica 124* y 128, que integran la base «indiscutible» del ordenamiento. En contra, el hecho de que la descripción de la norma se hace más compleja y cualificada, mientras que K_{β} tiene un contenido más simple y cercano a 124* y 128. En la definición de cuál sería la mejor expresión de la voluntad racional del legislador, obviamente la interpretación K_{β} que no conlleva cualificaciones implícitas tiene una razón fuerte en el sentido de que un legislador suficientemente preciso, habría especificado la excepción si esa hubiera sido su voluntad. Hay una presunción de que la condición expresa sería suficiente. Por otro lado, K_{β} tiene que superar la aparente incoherencia (impropia para el presupuesto de racionalidad) de que la dignidad prevalecería en el caso de agresión sexual, pero no en el caso de sufrimiento moral por la muerte segura del *nasciturus*.

Sea cual sea el desenlace de estas dos interpretaciones jurídicamente defendibles, el principio de dignidad de la mujer es una razón jurídica relevante para la acción de abortar según el ordenamiento jurídico brasileño, no por su moralidad, sino por haber sido claramente fundamentado en las disposiciones legales.

En otra ocasión llamé «refinamiento» a esta operación por la que el sistema normativo original se especifica mejor a partir de nuevas condiciones de aplicación, generando un sistema en el que al menos una de las soluciones es incompatible con el original en algún caso, y busqué describirla, desde el punto de vista lógico, con lo que llamé «operadores de refinamiento». Aunque esta no haya sido la tónica cuando desarrollé los sistemas lógicos de refinamiento, estos están vinculados a inferencias abductivas y razonamiento con base en la coherencia del sistema normativo¹⁶⁹.

Tomemos el ejemplo de una cafetería que prohíbe la entrada de personas con perros. Es razonable suponer que el principio o razón de fondo sea evitar que se moleste a los demás clientes. Este principio explica la prohibición de entrada de una serie de perros o animales de compañía. Aunque se indique un perro entrenado, este no tiene fuerza para aceptar una excepción. La situación cambia en el supuesto de que se trate de un ciego con su perro guía, cuando la cafetería cuente con normas que den prioridad a personas con alguna deficien-

¹⁶⁹ MARANHÃO, 2004; 2007; 2009c; 2012.

cia. Aquí surge un conflicto entre dos interpretaciones posibles en las que el principio subyacente, además de no explicar una de las consecuencias lógicas de la norma, esto es, «prohibida la entrada, si se es ciego, con el perro guía», se opone a otro principio que justifica prioridad a los ciegos en las filas. Esto no significa, a ejemplo de FULLER, que para los propósitos de la ley, el sentido de «perro» no incluye el perro guía. Regla y propósito siguen estando conceptualmente separados. Aquí solo se dice que, en este marco normativo, es difícil defender jurídicamente la interpretación que deriva en el sistema normativo que contiene la prohibición de entrada del ciego con su perro guía, pues es incoherente con los principios fundamentados por estas reglas. También en este caso, los principios son razones jurídicas relevantes, pero no significan un posicionamiento moral sobre el supuesto o la calidad ética de las reglas implicadas.

En estos casos, en los que el tribunal establece distinción o especificación de conformidad con la *ratio* de la norma original, el propio RAZ se ve tentado de seguir la explicación de que la justificación es jurídica y no extrajurídica. Considera esta especificación «una forma muy restringida de crear derecho» y admite que es «tentador decir que la regla modificada era en verdad la regla original que la corte tenía en mente pero que falló a la hora de articularla con claridad»¹⁷⁰.

Entonces, la solución del rompecabezas definido en esta sección está en comprender que un principio puede explicar una regla, pero no explicar una particular consecuencia lógica de esa regla (la regla en una particular condición). En este caso, aparecen dos especificaciones posibles de contenido para la regla, explicadas por principios distintos, concurrentes, o por una especificación, *i. e.* introducción de una cláusula en el propio principio (hay un equilibrio reflexivo entre el contenido de la regla y del principio). Puede ocurrir que una de las especificaciones sea claramente más coherente con el orden o que ambas sean igualmente defendibles.

La reformulación y especificación de la explicación sobre lo que hay que hacer para cumplir el ordenamiento es natural cuando se busca una presentación coherente de las normas como actos racionales. Las inferencias a la mejor explicación posible tienen la propiedad que LIPTON denomina «*contrastividad*»¹⁷¹, *i. e.* las explicaciones son contrastivas y siempre oponen dos posibilidades. La pregunta que requiere una explicación tiene la forma de «¿por qué esto en vez de aquello?» o «¿por qué A, pero no B?». Preguntas aparentemente unívocas, o de la forma «¿por qué A?» no piden sólo una razón coherente para A, sino también que sean distintivas y excluyen la posibilidad de $\sim A$, pudiendo reducirse a la cuestión contrastiva «¿por qué A, pero no $\sim A$ ». Así, una pregun-

¹⁷⁰ RAZ, 2002: 187-188.

¹⁷¹ LIPTON, 2004: cap. 5 (1.ª ed., 1991).

ta «¿por qué Juan fue a la playa?» en un determinado contexto comunicativo puede tener una explicación satisfactoria con la respuesta «Porque está de vacaciones y necesita descansar del estrés de la ciudad», si el contraste, en el contexto, es entre viajar y no viajar. Pero si el contraste es más específico «¿por qué viajar a la playa y no al campo?», entonces la explicación deja de ser satisfactoria, al exigir razones específicas como «porque su casa de campo está en obras».

Lo mismo sucede en términos de razones de fondo para las normas jurídicas. Un principio puede explicar una regla en un determinado grado de especificación y no en otro, lo que puede generar la reformulación de la explicación o la mejor especificación de la regla. La cuestión contrastiva cambia cuando preguntamos si es correcto abortar y si es correcto abortar en caso de anencefalia o, en el nivel de justificación de la regla, cuando contrastamos por qué se permite y no se prohíbe abortar en caso de sufrimiento o, incluso, por qué se permitiría el aborto en caso de agresión sexual y no de anencefalia. El problema de la identificación del contraste también estaba presente en la oposición entre los índices de corrección del ahorro. Aunque haya ocurrido una derogación de la propia corrección, la pregunta que se pone sobre la mesa como relevante no fue si debe haber o no corrección, sino por qué debe ser la corrección en función del BTN y no del IPC, lo que dejó la cuestión anterior y más general en un segundo plano, como obviamente ya se ha respondido.

Normalmente, hay una presunción de que la especificación modificadora de la solución dada por la norma general sería incoherente con las elecciones efectivas del legislador, pero esta no es absoluta. Podría resurgir, con base en esa presunción, la tesis de que se habría producido una revisión de la norma «clara» presente en el ordenamiento, mediante discrecionalidad.

Mi primera respuesta es que, si se produce modificación, esta estaba pautada en una razón jurídica, no extrajurídica, que prevaleció sobre el contenido de aquella razón presente en el contenido de la regla con esa interpretación. Esto no es muy diferente de cualquier decisión entre razones jurídicas dadas por normas en conflicto, ya que el conflicto es siempre entre una atribución de sentido determinada a las normas. Aquí, solo destaco que esta atribución de sentido es independiente, pero está vinculada a la atribución de un valor (propósito), ya que se presupone racionalidad a la actividad de legislación.

La segunda respuesta señala la diferencia entre ser la regla clara y ser el caso determinado o fácil, la cual ya se ha tratado *supra* en el epígrafe 5. Recuerdo que, así como el paso de $K^* = \{124^*, 128\}$ a $K_\alpha = \{124^{***}, 128^*\}$ implica una operación de refinamiento, K^* , considerado el contenido «claro» («*settled law*») del Código Penal, no es más que el refinamiento de $K = \{124, 128\}$.

La razón de mi diferencia con los positivistas excluyentes se halla aquí. Ellos consideran como ordenamiento la base objetiva del derecho (*settled law*).

Si bien, como se ha visto, esta ya puede ser el resultado de procesos de revisión del material preinterpretativo. La creencia en la «modificación del ordenamiento original» está presente en la identificación de la base objetiva como normas que dispensan interpretación. En el momento en el que la abandonamos, la posibilidad de confrontación entre el contenido de *settled law* y principios justificadores simplemente desaparece. En los casos de confrontación de difícil resolución entre razones de fondo y razón de la regla simplemente no hay *settled law*.

Incluso fuera del marco de caso fácil como «caso cuya regla es clara», esto es, aunque se considere el ordenamiento como el conjunto de las instancias acordadas, la idea de «modificación del contenido original» se pierde cuando tomamos la perspectiva del caso o la cuestión específica puesta al ordenamiento. Las situaciones de excepciones implícitas pueden aparecer cuando, en las condiciones explicitadas por la regla, hay convergencia entre las razones de los principios justificadores y la razón de la regla, aunque en condiciones más cualificadas, hay divergencia entre las razones. Esto puede crear la impresión de que el derecho ya estaba determinado y fue modificado. Pero lo que ocurre aquí es simplemente que se formularon distintas preguntas que, por tanto, reciben respuestas distintas. El caso cuya descripción de las condiciones coincide con las previstas explícitamente en la norma y en que esta se armoniza con el principio es un caso fácil. El caso con condiciones más finas que las previstas en la norma puede ya no serlo. Y puede ocurrir también que el caso más fino reciba la instanciación de la razón ofrecida por el principio como la instanciación indiscutible. Tómese el conocido ejemplo de la prohibición de derramamiento de sangre, en las calles, como consecuencia de duelos. En estos casos, es evidente que la *ratio* no significa una prohibición de que un médico atienda una urgencia en la calle. Este caso está «claramente» fuera del ámbito de aplicación de la prohibición, aunque haya derramamiento de sangre.

Así, los conflictos *principio-regla* son, en realidad, conflictos entre sistemas normativos resultantes de interpretaciones jurídicamente plausibles de normas del ordenamiento (material preinterpretativo) relativos a cuestiones sobre el *estatus* deóntico de una acción en un caso concreto. En los casos fáciles, una determinada interpretación (atribución de sentido a la norma, justificada por un principio) no encuentra oponente jurídicamente aceptable. En los casos subdeterminados esto no sucede. Así, desaparece el dilema de la elección entre principio o regla como la razón en «última instancia» que pertenece al derecho. Ambas son razones jurídicas que, en casos subdeterminados, en particular los difíciles, pasan a ser razones concurrentes vinculadas a interpretaciones convergentes. La subdeterminación es consecuencia natural de la subdeterminación característica de la inferencia y la explicación coherentista.

El grado de garantía de asertibilidad de estos principios jurídicos depende de la extensión en la que la hipótesis vencedora subyuga a las demás. En el

punto máximo, están aquellas hipótesis cuya negación minaría nuestra capacidad de dar sentido al acto de habla. En este sentido hay un acercamiento a la idea de necesidad dentro del juego de lenguaje de la interpretación jurídica. Si es la única razón plausible, negarla es como dejar de dar sentido al acto como dotado de racionalidad, lo que, dentro de la comunidad jurídica es lo mismo que dejar de interpretar. En casos subdeterminados, la prueba se da con al menos más de una hipótesis concurrente que, si es defendible, también es una razón jurídica derivada del ordenamiento. El universo de hipótesis es, empero, limitado, sea por el propio método controlado de inferencia sea por la convergencia de entendimientos por la comunidad jurídica (doctrina y jurisprudencia) que restringen posibles atribuciones de sentido o de propósito para un conjunto de reglas.

De cualquier forma, no es el grado de garantía epistémica de aquel principio como conclusión de una inferencia abductiva que lo hace jurídico, sino simplemente el hecho de que, dentro de una interpretación defendible del ordenamiento jurídico, sigue un proceso controlado y racional que identifica una relación entre su contenido y el contenido de reglas válidas de dicho ordenamiento. De esta forma, su carácter jurídico no deriva de su mérito moral, sino de la relación específica que guarda con normas derivadas de la fuente social.

Esta respuesta sitúa el inclusivismo lógico aquí propuesto en la clase de las «teorías coherentistas locales subdeterminadas», que es la clase de teorías coherentistas más modesta, dentro de la escala antes propuesta. El cierre coherentista del ordenamiento, además de local, es subdeterminado. Esto significa que el material preinterpretativo, el ordenamiento, puede generar paquetes locales de soluciones coherentes y divergentes entre sí. Sea cual sea el sistema normativo generado, siempre debe ser compatible con la solución dada por los casos fáciles. La incapacidad para explicar los casos fáciles muestra la incoherencia y, por ende, el fracaso de la interpretación o, lo que es lo mismo, el fallo al identificar correctamente el derecho.

CONCLUSIÓN

¿Las normas derivadas de normas válidas son válidas?

Sí, las razones derivadas de normas pertenecientes al ordenamiento son razones jurídicas.

Estas derivaciones pueden ser deductivas, lo que permite construir el universo de razones jurídicas válidas como el cierre deductivo de razones jurídicas de determinada base de normas, pero también pueden ser abductivas, mediante la identificación de las razones de fondo que justifican la creación de una norma (o conjunto de normas) con un determinado contenido. Como estas razones también son razones para la acción, a partir de las que podemos hacer deducciones, se puede construir el universo de razones como el cierre deductivo del conjunto de razones que mejor explica la base de razones jurídicas ya condensadas, que llamamos cierre coherentista.

La respuesta entonces se utilizó para explicar el derecho y, en particular, el hecho de que los tribunales apelen a decisiones con base en principios morales y de políticas públicas considerados vinculantes, sin recurrir a una justificación moral del contenido de esos parámetros normativos. Se trata de considerar solo que su fuerza vinculante resulta del hecho de derivar de razones dadas por normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

Para ello, debería haber alguna base objetiva de normas a la que esos principios ofrezcan la mejor explicación posible. Se partió de la tesis positivista de que los tribunales, y la comunidad jurídica en general, comparten una práctica de identificación objetiva de las fuentes dotadas de autoridad. Esta versión débil de la tesis de objetividad se consideró insuficiente para formar la base de inferencias. Así, se asumió que la comunidad jurídica comparte además de las convenciones sobre el significado de los términos del lenguaje, un método de interpretación de dichas fuentes, cuyo postulado central es la asunción *contra-*

fáctica de que los actos creadores de regla son racionales (las normas son medios para lograr objetivos o concretar valores).

Este método compartido puede determinar la solución de cuestiones jurídicas en una serie de casos, lo que permite identificar de forma objetiva un determinado mínimo de contenido consensuado o una base proveniente de fuentes sociales. No se señalaron criterios epistémicos para obtener esa determinación. Esta se admitió como resultado conceptual de una práctica mínimamente convergente en seguir reglas jurídicas.

Los límites a la interpretación (identificación del derecho) los da dicha base: los límites del lenguaje ordinario presente en las normas del ordenamiento (material preinterpretativo) y el contenido de interpretaciones indiscutibles en casos fáciles. Cualquier debate jurídico sobre cualquier otra cuestión queda limitado por estos dos factores, además de los postulados de racionalidad en la actividad de interpretación.

Principios morales y de políticas públicas pasan a ser razones jurídicas como resultado del cierre coherentista de esta base. Sin embargo, no se trata de introducir esta operación sobre toda la base, sino en paquetes orientados a cuestiones jurídicas específicas (inferencias locales). La base genera tantos sistemas normativos como cuestiones haya. Esto significa que los principios son razones jurídicamente vinculantes, no con relación al ordenamiento, sino con relación a un sistema normativo generado por una reconstrucción interpretativa de determinada parte del ordenamiento que sea relevante para responder a la cuestión planteada. Esta reconstrucción interpretativa puede ser unívoca para la cuestión (casos determinados) o puede converger con otras, lo que supone la posibilidad de principios divergentes sobre una misma cuestión, pero pertenecientes a sistemas normativos distintos, igualmente aceptables como interpretaciones del ordenamiento jurídico. La subdeterminación deriva de la subdeterminación de los mecanismos de inferencia utilizados, pero no descalifica el principio que informa una determinada reconstrucción como perteneciente a la reconstrucción del ordenamiento jurídico.

La concepción del derecho que aquí se defiende como el conjunto de los cierres coherentistas locales (sistemas normativos) del ordenamiento jurídico se ha denominado «inclusivismo lógico». Esta satisface las condiciones mínimas de una teoría positivista del derecho, en la medida en que limita el universo de razones morales posiblemente aplicables a la solución de cuestiones jurídicas (la restricción la da el método de inferencia y, en particular, su aplicación local, que limita el conjunto de las mejores razones normativas capaces de explicar el material de base) y no asume ninguna predeterminación de contenidos, pues la base sobre la que se aplica el cierre coherentista resulta de un hecho social contingente (cualquier contenido puede ser contenido de regla jurídica y, por ende, cualquier razón moral puede ser razón jurídica, en la medida que sea la mejor explicación posible para algún recorte de esa base de normas).

La ventaja del inclusivismo lógico es que permite explicar de forma razonable la adjudicación de base principiología y las controversias presentes en ella (en los casos subdeterminados que incluyen los *hard cases*) sin necesidad de que se asuma un vínculo entre la fuerza vinculante de los principios y el mérito moral de su contenido. Con ello, puede acomodarse la primera versión de la crítica de DWORKIN sobre la incapacidad del positivismo para tratar con principios y la inadecuación de la tesis de discrecionalidad. La segunda versión de la crítica de DWORKIN, con foco en las discrepancias entre los tribunales, también puede ser absorbida. En primer lugar, porque los llamados «casos difíciles», que, para DWORKIN, minarían la base objetiva sobre la que se construye el positivismo, no se refieren a lo que integra la base del cierre de coherencia. En segundo lugar, porque para los casos subdeterminados puede haber controversias profundas, con la oposición de tesis interpretativas, sin que con ello sea necesario recurrir a la tesis de discrecionalidad, es decir, a la afirmación de que las soluciones, en esos casos, estarían pautadas en fundamentos extrajurídicos. Las soluciones en esos casos son siempre jurídicas, aunque pueda haber elecciones entre interpretaciones, cuando éstas también sean defendibles.

Sin embargo, no se excluye la posibilidad de decisiones con base en razones extrajurídicas, así entendidas aquellas basadas en parámetros normativos que estén fuera del universo de explicaciones posibles para el conjunto de normas aplicable a la acción en cuestión en las circunstancias especificadas, *i. e.* fuera de los sistemas normativos cerrados por coherencia aptos para interpretar las reglas del ordenamiento de base. Estos casos pueden equipararse a incumplimientos de normas legales, *i. e.* acciones guiadas por motivos extrajurídicos, incompatibles con las razones ofrecidas por el derecho.

Así, la versión de inclusivismo lógico aquí sugerida no busca apoyarse en la tesis de discrecionalidad, que acababa dejando toda la actividad de interpretación fuera de la teoría del derecho. En cambio, se afirma explícitamente $E=I$.

El positivismo incluyente, en cierta forma, también afirma esta identidad, al incorporar los principios observados en la práctica interpretativa de los tribunales como criterios de la regla de reconocimiento. Su gran problema, como hemos visto, fue sostener $E \neq D$.

La primera dificultad se refería al contenido de deber de la regla de reconocimiento. La segunda, a la irrupción de las razones jurídicas en las razones morales, dado el carácter controvertido de los principios. La tercera, a la capacidad de preservar las nociones de *autoridad* y de *diferencia práctica* de las reglas.

La propuesta de inclusivismo lógico ambiciona eludir las.

En cuanto a la primera dificultad, basta señalar que no hay ninguna modificación en la regla de reconocimiento o en la tesis de las fuentes que incluso

pueda tomarse en su versión débil (de la tesis de las fuentes y no de la tesis de objetividad de las fuentes). Así, a partir de los actos creadores de normas reconocidos por la regla como jurídicos se identifican los principios compatibles con las normas relevantes para una determinada cuestión jurídica, por medio de inferencias abductivas.

Se puede proponer que la regla ha sido modificada para incorporar, si no los principios propiamente, al menos los métodos de inferencia deductivos y abductivos. No me parece adecuada esta incorporación. La interpretación no forma parte de la regla de reconocimiento, pero genera razones por el hecho de que la deducción y la inferencia abductiva son, respectivamente, condiciones de inteligibilidad del sentido y de comprensión de las normas dotadas de fuente como resultantes de elecciones racionales. Aun así, se podría partir de una concepción de inferencia como reparto de reglas o *consensos de acción*, en el sentido de WITTGENSTEIN. Según esta concepción, todo debate sobre la necesidad de las inferencias lógicas está siempre unido a una convención de la comunidad lingüística y no a una revelación de propiedades necesarias del discurso o del mundo. Estas convenciones se establecerían mediante prácticas ya arraigadas dentro de una determinada comunidad lingüística, razón por la que estarían impresas en sus juegos de lenguaje.

Si se parte de esta concepción de inferencia, se puede pensar que dichas reglas de derivación estarían presentes en la regla de reconocimiento, por ser prácticas convergentes, así como la convergencia en la identificación de las fuentes. Incluso así, este reparto sería constitutivo de ese contenido y no existe la necesidad de suponer ningún contenido de deber, en el sentido de una obligación de respetar aquellos mecanismos de inferencia. De forma distinta a la incorporación de principios que realizan los positivistas incluyentes, la incorporación de mecanismos deductivos y abductivos de inferencia es necesaria y no contingente. Además, dichos mecanismos no serían muy distintos, en su naturaleza, del criterio de identificación de normas por *pedigree*.

Se salva la segunda dificultad, pues los principios no se incorporan como criterios de validez y, en la concepción coherentista *local*, se preserva una transitoriedad moderada de la base (en particular el consenso sobre los casos fáciles). Los principios no determinan lo que forma parte del derecho, sino que son determinados mediante aquello que se considera parte del derecho.

La tercera dificultad la constituyen dos objeciones: pérdida de autoridad de las normas jurídicas y su incapacidad de hacer diferencia práctica. La segunda de ellas se supera con facilidad, en la medida en que la motivación para la acción o decisión, en última instancia, la da la regla jurídica y no el principio. Este último deriva y pertenece al derecho en la medida en que explica la regla. La regla dejaría de hacer diferencia práctica si, incluso en su ausencia, ya hubiera una motivación suficiente jurídicamente válida. Esto solo ocurriría en el

caso de la incorporación de principios en la regla de reconocimiento o cualquier otra concepción que considere la razón dada por el principio como jurídicamente válida *con independencia* de la regla jurídica. Este no es el caso aquí.

Sobre el argumento de autoridad, no hay conflicto en cuanto al aspecto de la independencia de las razones de fondo (de justificación de la regla) con relación a las razones o contenido de la propia regla, lo que, además, se asumió de forma explícita. En cuanto al carácter «de exclusión» de la regla con relación a las razones de fondo como condición de su autoridad, puede parecer que hay una incompatibilidad. Si bien, esta solo está presente si consideramos los principios como razones independientes, que deben excluirse, para que la sustitución por la razón de la regla (*service conception*) tenga éxito. Cuando pensamos en los principios sin estatus independiente de la regla (en realidad derivados de la regla), esta división desaparece y, por ello, como vimos en la sección anterior, no cabe la «esterilidad» de los principios. Cumple recordar que, para RAZ, el centro de la tesis de las fuentes está en la capacidad de seleccionar las razones morales refrendadas por las autoridades. Lo relevante para la autoridad de las normas jurídicas es la capacidad de delimitar esas razones y no permitir que las razones mismas que justificaron la creación de la regla sean objeto de deliberación para su identificación. Las normas lógicamente derivadas de normas válidas satisfacen esa condición de identificación, una vez que no hay propiamente *deliberación moral* sobre las razones de fondo en el proceso de inferencia, sino solo la verificación de una determinada relación entre la estructura de sus contenidos.

La capacidad para superar las principales objeciones que el positivismo excluyente dirige al incluyente y la limitación del papel de la tesis de discrecionalidad hacen del inclusivismo lógico una solución atractiva para el positivismo, que le permite lidiar con principios como razones *jurídicas* vinculantes. Por otro lado, las inferencias implicadas en el cierre coherentista del sistema normativo parten solo del presupuesto de que las reglas se crean con base en *razones* (no necesariamente en buenas razones) y su procedimiento, a pesar de implicar valoraciones, no significa que deba haber un compromiso con una argumentación sobre su valor moral. La argumentación en cuestión tiene que ver con la coherencia de esas razones y, en particular, su poder explicativo con relación a la base seleccionada de reglas y al caso en cuestión. En estos límites, una epistemología jurídica puede concebirse como valorativa, pero moralmente neutra.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., 1977: *On Legal Reasoning*. Turku: Turun Yliopisto.
- ALCHOURRÓN, Carlos, 1969: «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions». *Logique et Analyse*, 12 (47). [S.I.: s.n.].
- 1996: «On Law and Logic», *Ratio Juris*, 9: 331-348.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, 1991: «La concepción expresiva de las normas». ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1993: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Título original: *Normative Systems*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- (coords.), 1997: *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos, GÄRDENFORS, Peter y MAKINSON, David, 1985: «On the logic of theory change». *Journal of Symbolic Logic*, 50 (2).
- ALCHOURRÓN, Carlos; MAKINSON, David, 1981: «Hierarchies of regulation and their logic». HILPINEN, Risto (ed.). *New Studies in deontic logic*. Dordrecht: D. Reidel.
- ALEXY, Robert, 2005: *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Traducción: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisión: Claudia Toledo. São Paulo: Landy.
- 2008: *Teoria dos direitos fundamentais*. Traducción de la 5.ª ed. alemana: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.
- 2010a: *The Argument from Injustice: a reply to legal positivism*. Traducción: Boniie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- 2010b: «Between Positivism and non-positivism? A third reply to Eugenio Bulygin». *1ª Conference on philosophy and law neutrality and theory of law*. Girona. May, 2010.
- ALEXY, R., BULYGIN, E., 2005: *La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción: Paula Gaido. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 18.
- ANTIENZA, M. y MANERO, J. R., 2006: «Dejemos atrás el Positivismo Jurídico». RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLES, M. A. (eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Universidad de Salamanca-Caja Duero.

- AQVIST, Lennart, 1987: *Introduction to deontic logic and the theory of normative systems*. Napoli: Bibliopolis.
- ATRIA, Fernando, 1999: Del Derecho y el Razonamiento Jurídico, en *Doxa*.
- AUSTIN, J. L., 1976: *How to do things with words*. 2.^a ed. Oxford: J. O. URMSON y M. SBISA (eds.).
- BETTI, E., 2007: *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes.
- BOBBIO, Norberto, 1938: *L'Analogia nella Logica del Diritto*. Torino: Presso L'Istituto Giuridico della R. Università.
- 1967: «Sein' and "Sollen" in Legal Science». *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie – ARSP*, n. 6.
- 1970: «Sull principio di legittimità». *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino.
- BONGIOVANI et alii, 2009: «The structure of social practices and the connection between Law and Morality». *Ratio Juris*, 22 (1), marzo 2009.
- BRANDON, Robert B., 1998: *Making it explicit – reasoning, representing & discursive commitment*. Cambridge e London: Harvard University Press.
- BRATMAN, Michael E., 1999: *Intention, Plans and Practical Reason*. California: Center for the Study of Language and Information – CSLI Publications.
- BRÍGIDO, Rodrigo Sanchez, 2010: «Groups, rules and legal practice». *Springer, Law & Philosophy Library* 89, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2010.
- BULYGIN, Eugenio, 1986: «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law». *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press.
- 1991: «Sobre la regla de reconocimiento». ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis logico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1995: «Cognition and interpretation of Law». PAULSON, Stanley L. y GIANFORMAGGIO, Letizia (eds.). *Cognition and interpretation of Law*. Truin: G. Giappichelli.
- 2005: «En Defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria», in ATRIA et alii. *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- 2010: «Alexy between positivism and non-positivism». *1st Conference on philosophy and law neutrality and theory of law*. Girona. May, 2010.
- CARACCILO, R., 2006: «Normas Derrotables: la concepción de Carlos Alchourrón». *Análisis Filosófico*, 26 (1): 156-177.
- CARMO, José y JONES, Andrew, 2002: «Deontic Logic and Contrary-to-duties». *Handbook of philosophical logic*, v. 8. Dordrecht-Boston-Londres: Kluwer Academic Publishers.
- CARNIELLI, Walter Alexandre y MARCOS, J., 2007: «Logics of Formal Inconsistency». GABBAY, D. y GUENTHNER, F. (eds.). *Handbook of philosophical logic*. Dordrecht-Boston-Londres: Kluwer Academic Publishers, 2007.
- CHATEAUBRIAND, Oswaldo, 2001: *Logical Forms – Part I – Truth and Description*, v. 34. Campinas: Unicamp, Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência.
- CHELLAS, Brian F., 1980: *Modal logic an introduction*. Cambridge University Press.
- CHISHOLM, R. M., 1963: «Contrary to Duty Imperatives and Deontic logic». *Analysis* 24.
- COHEN, Marshall (ed.), 1984: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (Philosophy and Society)*. Rowman & Littlefield.
- COLEMAN, Jules, 1998: «Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis». *Legal Theory*, 4/4.
- 2003: *The Practice of Principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory*. reimpr. Oxford: Oxford University Press.
- CONIGLIO, Marcelo E., 2009: «Logics of deontic inconsistency». *Revista Brasileira de Filosofia*, 233, año 58, jul.-dez. 2009. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- DA COSTA, Newton C. A., 1980: «Ensaio sobre os fundamentos da lógica». 2.^a ed. São Paulo: Hucitec.

- DA COSTA, Newton y CARNIELLI, Walter Alexandre, 1986: «Paraconsistent deontic logic». *Philosophia*, 16 (3/4).
- DASCAL, Marcelo, 1984: *Interpretação e compreensão*. Traducción: Márcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio, 1979: «Los principios generales del derecho». Traducción: Juan Ossorio Morales. 3.ª ed. Barcelona: Bosh.
- DICKSON, Julie, 2001: *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- DUBISLAV, W., 1937: «Zür Unbegründbarkeit der Forderungssätze». *Theoria* 3: 330-342.
- DUMMET, Michael, 1977. *Elements of Intuitionism*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald M., 1967: «The Model of Rules». *The University of Chicago Law Review*, 35 (1) [S.I.: s.n].
- 1984: *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. London: Duckworth.
- 1986: *Law's Empire*, Harvard University Press.
- 1996: *Taking Rights Seriously*. reimpr. London: Duckworth, 1996. Las referencias son al Cap. 2 que es una republicación del artículo original «The Model of Rules». *The University of Chicago Law Review*, 35 (1) [S.I.: s.n], 1967.
- 1997: *Law's Empire*. reimpr. Cambridge: Harvard University Press.
- 2001: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- 2006: *Justice in Robes*. Cambridge y London: Harvard University Press.
- ENDICOTT, Timothy A. O., 2005: «Herbert Hart and the Semantic Sting». COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. reimpr. Oxford: Oxford University Press.
- ENRIQUES, Frederico, 1919: «Il procedimento di riduzione all'assurdo». *Bollettino della mathe-sis*. [S.I.: s.n.].
- 1929: *The Historic Development of Logic: the principles and structure of science in the conception of mathematical*. New York: Henry Holt and Company.
- FARIA, José Eduardo, 2004: *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, 2003: *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ª ed., rev. y ampl. São Paulo: Atlas.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio y MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, 2007: «O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias». *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, 17, año 5, Belo Horizonte: Fórum.
- FINE, Kit, 1994: «Essence and Modality». *Philosophical Perspectives*, n. 8.
- FINNIS, John, 1980: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, Carendon Law Series.
- 1983: *Fundamentals of Ethics*. Washington-DC: Georgetown University Press.
- FREGE, G., 1962: *Grundgesetze der Arithmetik*, Hildesheim: Georg Olms.
- FULLER, Lon L., 1958: «Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart». *Harvard Law Review*, 71 (4), The Harvard Law Review Association.
- 1969: *The morality of law*. New Haven: Yale University Press.
- GAMUT, L. T. F., 1991: *Logic, language and meaning*, v. 1. Chicago: The University of Chicago Press.
- GARCÍA-CARPINTERO, Manuel, 1996: *Las palabras, las ideas y las cosas: una presentación de la filosofía del lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GARDNER, J., 2001: «Legal Positivism: 5 1/2 Myths». *The American Journal of Jurisprudence*, 46.
- GRICE, Paul, 1991: *Logic and Conversation. Studies in the way of words*. Cambridge: Harvard University Press.

- GUASTINI, Riccardo, 1996: «I principi nel diritto positivo». *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.
- 2005: «Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento». COMANDUCCI, P. y GASTINI, R. (eds.). *Analisi e diritto*. Disponible en <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi2006/16guastinibobbio.pdf>. Consultado el 23.01.2012.
- HAACK, Susan, 1974: *Deviant Logic*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HACKER, P. M. S., 1975: *Insight and Illusion: Wittgenstein on Philosophy and the Metaphysics of Experience*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- 1988: «Hart's Philosophy of Law». HACKER, P. M. S. y RAZ, J. (ed.). *Law, morality, and society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. reimpr. Oxford: Clarendon Press.
- 1996: *Wittgenstein's place in twentieth-century analytic philosophy*, Blackwell.
- HANSEN, Jorg, 1999: «Are there Paradoxes of Commitment in Professor von Wright's Logic of Norms?», MEGGLE, G. (ed.). *Action, Norms, Values: discussions with Georg Henrik von Wright*. Walter de Gruyter, 1999.
- 2001: Some logics about Imperatives. *Fundamenta Informaticae*, 46, IOS Press.
- HANSSON, Sven Ove, 1988a: «Deontic Logic Without Misleading Analogies» – Part I. *Logique et Analyse*, 31: 337-353.
- 1988b: «Deontic Logic Without Misleading Analogies» – Part II. *Logique et Analyse*, 31: 355-370.
- HARMAN, Gilbert, 1965: «The inference to the best explanation». *Philosophical Review*, 74. [S.I.: s.n.], 1965.
- 1986: *Change in View*. Cambridge: MIT Press.
- HART, Herbert L. A., 1983: «Problems of the Philosophy of Law». *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- 1997: *The Concept of Law*. 2.^a ed. Clarendon Law Series. Oxford: Clarendon Press.
- HILPINEN, Risto, 1981: «On Normative Change». MORSCHER y STRANZINGER (eds.). *Ethics: Foundations, Problems and Applications* (Proceedings of the 5th international Wittgenstein Symposium), Wien.
- 2000: «Aristotelian Syllogistic as a Foundation of Peirce's Theory of Reasoning». SFENDONI-MENTZOU, D. (ed.). *Aristotle and Contemporary Science*, v. 1. New York: Peter Lang.
- 2004: «Peirce's Logic». GABBAY, DOV M. y WOODS, JOHN (eds.). *Handbook of the History of Logic*, v. 3: *The Rise of Modern Logic: From Leibniz to Frege*. Amsterdam: Elsevier BV.
- HIMMA, Kenneth Einar, 2002: «Inclusive legal positivism». *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- 2005: «Law's Claim of legitimate authority». COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. reimpr. Oxford: Oxford University Press.
- HINTIKKA, Jaakko, 1999: «What is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology». *Inquiry as Inquiry: A Logic of Scientific Discovery. Selected Papers*, v. 5. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
- JOSEPHSON, John R. y JOSEPHSON, Susan G. (eds.), 1994: *Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- KAPITAN, Tomis, 1997: «Peirce and the Structure of Abductive Inference». HOUSER, N.; ROBERTS, D. D. y VAN EVRA, J. *Studies in the Logic of Charles Peirce*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.
- KELSEN, Hans, 1984: *Teoria pura do direito*. 6.^a ed. Traducción: João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado.

- 1941: *La teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. Traducción: Jorge G. TEJERINA. Buenos Aires: Losada.
- KUTZ, C., 2000: *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge University Press.
- LAKOFF, George, 1990: *Women, Fire, and Dangerous Things – What Categories Reveal about the mind*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press.
- LARENZ, Karl, 1989: *Metodologia da Ciência do Direito*. 2.^a ed. Traducción: José LAMEGO. Revisión: Ana DE FREITAS. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LEIBNIZ, G. W., 2008: «Interpretation and Argumentation in Law», *The Art of Controversies*, textos reunidos, traducidos y anotados por DASCAL, M. Springer.
- LEWIS, D., 2002: *Convention: a Philosophical Study*. Blackwell.
- LIPTON, P., 2004: *Inference to the Best explanation*. 2.^a ed. London-New York: Routledge.
- LOSANO, Mario G., 1985: «La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo». KELSEN, Hans. *Teoria Generale delle norme*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- LOPARIC, Andrea; DA COSTA, Newton da Costa, 1984: «Paraconsistency, paracompleteness and Valuations». *Logique & Analyse*, 106. [S.I.: s.n].
- LUCY, William, 2002: «Adjudication». *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LYCAN, William G., 1988: *Judgement and Justification*. New York: Cambridge University Press.
- MACCORMICK, Neil, 1994: *Legal Reasoning and Legal Theory*. reimpr. de 1994 con nuevo prólogo. Oxford: Clarendon Press.
- 2005: «Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning». Oxford: Oxford University Press.
- MARGOLIS, Eric y LAURENCE, Stephen (eds.), 1999: *Concepts – Core readings*. Cambridge-London: The MIT Press.
- MARMOR, Andrei, 2005: *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2007: «Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica». *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, 17, año 5. Belo Horizonte: Fórum.
- MAKINSON, David, 1999: «On a fundamental problem of deontic logic». McNAMARA, P. y PRAKKEN (eds.). *Norms, Logics and Information Systems*. Amsterdam: IOS.
- 2005: *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic*. Texts in Computing. London: King's College, 2005.
- MAKINSON, David y VAN DER TORRE, L., 2001: «Constraints for input/output logics», *J. Philosophical Logic*, 30 (2). [S.I.: s.n].
- 2003: «What is Input/Output Logic?» *Foundations of the Formal Sciences II: Applications of Mathematical Logic in Philosophy and Linguistics*, v. 17 of Trends in Logic. [S.I.], Kluwer.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, 2001: «Some operators for refinement of normative systems». *Proceedings of the JURIX 2001: The Fourteenth Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems*. Amsterdam-Berlin-Oxford-Tokyo-Washington-DC: IOS Press.
- 2004: *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*. (Tesis de doctorado en Derecho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- 2006a: «A Herança de Wittgenstein na Filosofia da Ação de von Wright». *Cognitio: Revista de Filosofia*, 7 (1). São Paulo: Educ.
- 2006b. «Von Wright e o silogismo prático como método de compreensão da ação». *Cognitio: Revista de Filosofia*, 7 (2). São Paulo: Educ.

- SOUSA, Felipe Oliveira, 2012: «Razão prática, justificação da autoridade e o dever instrumental de obedecer», próxima publicación en *Revista Brasileira de Filosofia*.
- VAN DER TORRE, Leon, 1997: *Reasoning about obligations – Defeasibility in preference-based deontic logic*. Amsterdam: Thesis Publishers.
- VERNENGO, Roberto J., 1960: «La función sistemática de la norma fundamental». *Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires*. [S.I.: s.n].
- 1986: «Kelsen's rechtssätze as detached statements». *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press.
- VON JHERING, Rudolf, 1877: *Der Zweck im Recht*. Erster Band. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action: a logical enquiry*. London: Routledge & Keagan Paul.
- 1972: *The varieties of goodness*. New York: The Humanities Press.
- 1983: «Norms, Truth and Logic». *Practical Reason – Philosophical Papers*, v. 1. Oxford: Basil Blackwell.
- WAISMANN, F., 1945: «Verifiability». *Proceedings of the Aristotelean Society*, v. 19. [S.I.: s.n].
- WALUCHOW, W. J., 2003: *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- WILSON, Alida, 1986: «Is Kelsen really a Kantian?» *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, 1964: *Philosophical Investigations*, ed. G.E.M. Anscombe and R. Rhees, trans. by G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell.
- 1964a: *Remarks on the Foundations of Mathematics*, ed. G. H. von Wright, R. Rhees and G.E.M. Anscombe, trans. by G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell.
- 1976: *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics*. C. DIAMOND (org.). Cambridge: University of Chicago Press, 1939.
- ZAGORIN, Perez, 2009: *Hobbes and the Law of Nature*. Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- ZORRILLA, David Martínez, 2007: *Conflictos constitucionales ponderación e indeterminación normativa*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

D

Positivismo jurídico lógico-incluyente

¿Las normas lógicamente derivadas de normas válidas son válidas? A partir de esta cuestión, en el centro de la tensión entre cognición y volición como fundamento de validez del derecho, el autor busca habilitar una alternativa al positivismo jurídico ignorada por el debate contemporáneo en la teoría analítica del derecho: el positivismo jurídico lógico-incluyente, según el cual las razones jurídicas vinculantes son aquellas derivadas lógicamente del contenido de actos de voluntad dotados de autoridad. La obra mantiene un debate sobre lo que serían las tesis mínimas de una teoría positivista, que lleva al autor a defender la indisociabilidad entre una teoría de la interpretación y una teoría de la validez de las normas jurídicas. Con ello, las derivaciones lógicas si no producen normas válidas pertenecientes al ordenamiento con el mismo *estatus ontológico* que las normas explícitas, al menos constituyen razones jurídicas vinculantes, en la medida en que, en la actividad interpretativa, la producción de normas jurídicas se concibe como actividad racional.

De este modo, la interpretación se entiende como una actividad de explicación del contenido de las normas, a partir de las inferencias comunes a la comunidad jurídica, bajo el presupuesto de una legislación racional. Esto hace que no solo las deducciones del contenido de las reglas sean razones vinculantes sino también las inducciones y las abducciones (inferencia a la mejor explicación posible), que pueden llevar a principios o valores como parte de las razones jurídicas derivadas de las fuentes dotadas de autoridad. Pero se invierte el orden de justificación: no son los principios o valores los que otorgan fuerza vinculante a las reglas, son las reglas, dotadas de fuente, que confieren fuerza a los principios o valores como razones vinculantes dentro de una determinada teoría interpretativa, solo y en la medida en que puedan servir de explicación plausible de su contenido.

Al trazar distinciones con relación a teorías divergentes como el iusnaturalismo, el derecho como integridad, el positivismo excluyente y el positivismo incluyente, el autor sitúa el positivismo lógico-incluyente como alternativa a una metodología jurídica valorativa, pero moralmente neutra.

Juliano Maranhão

Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (Brasil) y, en la actualidad, profesor visitante en la Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania), en calidad de investigador adscrito a la Fundación Humboldt. Su investigación se centra en Lógica Deontica e Inteligencia Artificial y Derecho, en particular en el razonamiento derrotable y la revisión de sistemas normativos, así como en problemas lógicos relacionados con la teoría del derecho y la interpretación y la argumentación jurídica.