

# ANUARIO

## Nº39 · 2023

---

**Posiciones jurídicas,  
competencia e  
interpretación del  
derecho**

**Páginas 77-120**



## POSICIONES JURÍDICAS, COMPETENCIA E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO RESPUESTAS A OLAVE, CALZETTA Y CHAHUÁN

---

Pablo E. Navarro

Conicet, Argentina

### RESUMEN

---

En este trabajo se reconstruyen algunas de las principales ideas del libro *Sistemas normativos y lagunas del derecho* (Marcial Pons, 2022). En la sección 1, se subrayan las diferencias entre un modelo clásico y un modelo alternativo de comprender el derecho. Mientras que el primero pretende establecer las bases conceptuales para un conocimiento neutral del derecho, el segundo refina el instrumental conceptual necesario para comprender al derecho desde una perspectiva justificatoria. En este artículo se analizan diversos puntos de contactos y diferencias entre ambos modelos. En las restantes secciones se analizan las críticas a este libro señaladas por Alejandra Olave (Conicet, Argentina), Alejandro Calzetta (Universidad Alberto Hurtado, Chile) y Marcela Chahuán (Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, y Universidad de Chile).

### PALABRAS CLAVES

---

sistemas normativos,  
competencia, interpretación,  
lagunas en el derecho

## LEGAL POSITIONS, COMPETENCE, AND THE INTERPRETATION OF LAW IN ANSWER TO OLAVE, CALZETTA Y CHAHUÁN

---

### ABSTRACT

---

In this paper, some of the main ideas of the book *Sistemas normativos y lagunas del derecho* (Marcial Pons, 2022) are reconstructed. In section I, the differences between a classical model and an alternative model of understanding the law are highlighted. While the first model aims to establish the conceptual bases for a neutral knowledge of law, the second refines the conceptual tools necessary to understand law from a justificatory perspective. In this book, various points of contact and differences between both models are analyzed. The remaining sections analyze the criticisms of this book by Alejandra Olave (Conicet, Argentina), Alejandro Calzetta (Alberto Hurtado University, Chile) and Marcela Chahuán (Adolfo Ibáñez University, Chile, and Universidad de Chile).

### KEY WORDS

---

normative systems, competence,  
interpretation, legal gaps

## I. INTRODUCCIÓN

En *Sistemas normativos y lagunas del derecho* (en adelante *SNLD*) se incluyen ocho trabajos que habían aparecido de manera individual en diferentes revistas de filosofía jurídica (Navarro, 2022). La primera parte está formada por cuatro trabajos sobre los diferentes tipos de lagunas en el derecho, la función de las normas permisivas en la clausura de los sistemas normativos, la intensidad de los permisos y la inevitabilidad de la interpretación. Esta primera parte ofrece un desarrollo de las ideas principales de Alchourrón y Bulygin sobre normas y sistemas normativos, pero no me he limitado a una simple exposición de esta forma de explicar el derecho y su naturaleza sistemática, sino que, dentro del esquema conceptual propuesto, he subrayado algunas imprecisiones y problemas como, por ejemplo, la distinción entre lagunas de conocimiento y reconocimiento, la fuerza de los permisos, la jerarquía de las normas derivadas, etc.

La segunda parte incluye otros cuatro trabajos sobre la conexión entre casos difíciles, lagunas y discreción judicial; la relación entre permisiones y discrecionalidad; la distinción entre lagunas y casos irrelevantes y la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos. Aquí se introduce una mirada diferente del derecho y los temas centrales de discusión son la plausibilidad de la tesis de la asimetría, la redefinición de la noción de laguna normativa, el alcance de la discreción judicial, la posibilidad de distinguir de manera neutral entre casos jurídicamente irrelevantes y lagunas en el derecho y, finalmente, la relación entre exhaustividad y exclusividad del derecho.

Estos trabajos no fueron revisados sustancialmente para la publicación de *SNLD*, pero este libro es algo más que una recopilación de artículos. La idea que impulsó mis lecturas y escritos a lo largo de la última década y media era detectar los temas y problemas que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1971) hubieran enfrentado (o mejor, “deberían” haber analizado) en una hipotética segunda edición de su clásico *Normative Systems*. Esa idea es la que aflora en mis investigaciones sobre, por ejemplo, el antirrealismo en el análisis de las proposiciones normativas; la naturaleza epistémica o semántica de la vaguedad, la diferencia entre enunciados jurídicos y proposiciones normativas, etc. La exposición de estos problemas exigía analizar con cierto detalle la propuesta de Alchourrón y Bulygin, pero no

consideraba necesario o útil ofrecer una simple repetición de sus ideas principales. Más bien, mi interés era considerar una perspectiva crítica, pero interna, al enfoque de Alchourrón y Bulygin que, por razones de simplicidad, denominaré *modelo clásico*.

Creo que el proyecto de una crítica interna al modelo clásico es todavía una línea de trabajo valiosa, pero *SNLD* es sólo un paso pequeño en esa dirección. A medida que avanzaba en ese proyecto fui convenciéndome de que una de las discusiones más atractivas sobre *Normative Systems* se desarrollaba en el contexto hispanoamericano y se refería a problemas relativos a la discrecionalidad y a la justificación de las decisiones judiciales.<sup>1</sup> Esta polémica tiene una indudable relevancia por sus consecuencias para problemas tradicionales como la posibilidad de lagunas en el derecho o el alcance de la discrecionalidad judicial. Pero, lo más importante es que estas discusiones no son sólo críticas al modelo clásico, sino que ofrecen una importante alternativa teórica (que por razones de simplicidad denominaré *modelo alternativo*). Como espero haber mostrado en *SNLD*, la riqueza de esa polémica excede el debate sobre el enfoque de Alchourrón y Bulygin y se conecta con otros importantes problemas filosóficos y jurídicos como, por ejemplo, la plausibilidad del positivismo jurídico o la posibilidad de conocimiento neutral del derecho.

El fallecimiento de Alchourrón en 1996 nos privó de conocer el modo en que hubiera evolucionado su pensamiento, pero Eugenio Bulygin defendió apasionadamente, durante casi dos décadas, las ideas principales del libro de 1971 y muchos de los ensayos posteriormente recogidos en *Análisis lógico y derecho* (1991).<sup>2</sup> Esta defensa podría calificarse como “ortodoxa” ya que hay muy pocas concesiones a sus críticos, aunque, en mi opinión, a lo largo del debate, también Eugenio fue comprendiendo mejor el alcance y profundidad de las críticas.

El libro de Alchourrón y Bulygin tuvo una enorme repercusión internacional y, durante las primeras décadas posteriores a su publicación, las críticas

---

1 La expresión “contexto hispanoamericano” es más bien equívoca ya que autores como Guastini, Chiassoni, Ratti y un largo etc. han contribuido decisivamente al análisis crítico de diferentes aspectos de esta polémica, con trabajos escritos en castellano e italiano y publicados en revistas italianas e hispanoamericanas.

2 En 2021 se publicó una segunda edición, revisada y aumentada, en editorial Trotta.

se centraron en el modo en que ellos analizaron el problema de las lagunas en el derecho y la completitud de éste.<sup>3</sup> En el ámbito hispanoamericano, las críticas al modelo tradicional también fueron abriéndose paso constantemente, pero acompañadas de una inalterable convicción de la utilidad de sus herramientas conceptuales.<sup>4</sup> Tal vez no sea una exageración señalar al libro de Fernando Atria (2001), *On Law and Legal Reasoning*, como el factor decisivo en el inicio de la polémica contemporánea con Bulygin en el ámbito hispanoamericano. El libro de Fernando es una reelaboración de su tesis doctoral, sustentada en Edimburgo. En esos años de doctorando, Atria tuvo la oportunidad de advertir los movimientos conceptuales que MacCormick necesitaba realizar para compatibilizar una teoría del derecho de innegable raigambre positivista con una teoría del razonamiento jurídico abierta a la incorporación de elementos antipositivistas. El análisis de esta tensión está presente en toda esa brillante obra de Atria (2001, pp. 76-86), que no se limita a señalar las debilidades de una teoría particular, sino que las proyecta a todo el positivismo en general. En especial, los problemas del positivismo para analizar adecuadamente las relaciones entre casos irrelevantes, lagunas normativas y discrecionalidad judicial son ejemplificados mediante un cuidadoso análisis de los enfoques de Joseph Raz y de Alchourrón y Bulygin.

Eugenio Bulygin quedó impresionado por la riqueza argumental y la profundidad de las ideas de Fernando Atria, pero ello no significó que quedase convencido de sus críticas. Rápidamente compartió sus puntos de vista (y los de Fernando) entre los colegas de diversas latitudes y ello dio origen a un libro colectivo, denominado *Lagunas en el derecho* (2005), donde se encuentran críticas, respuestas, réplicas y dúplicas, que han convertido a este libro en un referente de la discusión contemporánea. En ese libro fue publicado un importante trabajo de Ruiz Manero que, podría decirse, contribuyó decisivamente a tramar el escenario de la polémica.<sup>5</sup>

---

3 Por ejemplo, Joseph Raz reconoce la importancia de la contribución de estos autores, pero enfatiza tres diferencias importantes: la posibilidad de que las proposiciones jurídicas carezcan de valor de verdad, la diferencia entre conflictos normativos e incoherencia en el sistema normativo y la conexión entre la tesis de las fuentes y la completitud del derecho. Véase Joseph Raz (1979, p. 54).

4 Véase, por ejemplo, el debate de Ruiz Manero y Bulygin acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento o el papel de los jueces frente a las lagunas normativas. Esta polémica se articuló con la crítica de Ruiz Manero en su libro *Jurisdicciones y normas* (1990) y las respuestas y dúplicas de Bulygin y Ruiz Manero en la sección "Notas" de *Doxa* 9 (1991).

5 Véase, Ruiz Manero (2005, pp. 103-126). Los nombres "modelo clásico" y "modelo alternativo" son una adaptación del modo en que los presenta Ruiz Manero en ese texto.

Finalmente, en 2009, Juan Carlos Bayón publicó un trabajo que redefinió el marco de este debate. A diferencia de otras discusiones internas al modelo clásico, que permitieron comprender mejor el alcance y la fuerza de sus argumentos sobre las lagunas normativas,<sup>6</sup> en este debate, el modelo clásico es desafiado de manera general, aunque el eje de las discusiones es la justificación de las decisiones judiciales y el papel de los jueces frente a lo que podrían denominarse “casos irrelevantes”, i.e., situaciones que el derecho no regula ni pretende regular.

Este contexto generado por la discusión con Atria, Ruiz Manero y Bayón es también el universo del discurso de *SNLD*. Sin embargo, encontrar la forma precisa de abordar esta oposición entre modelo clásico y alternativo exigió múltiples y drásticas decisiones. Por ejemplo, el análisis de autores y problemas relevantes se redujo sustancialmente respecto del plan original y, como resultado, sólo se abordan un puñado de ideas. Sin duda, este empobrecimiento del horizonte de la polémica es decepcionante, pero tengo la esperanza de que la discusión que se propone sea de utilidad para quienes pretenden continuar con (y contribuir a) este debate.

El impulso decisivo para organizar el material y preparar *SNLD* fue una estancia de investigación en Valdivia, en la Universidad Austral de Chile, en 2017. Allí tuve la fortuna de coincidir con un grupo humano excepcional y de alta preparación académica. También tuve la oportunidad de participar con Juan Ruiz Manero en una mesa redonda sobre discrecionalidad judicial y lagunas normativas. Luego de esa discusión, tuve la certeza de que era posible elaborar un libro que presentase ambos modelos y recuperase de manera articulada este importante debate de la cultura jurídica hispanoamericana. En 2018 y 2019 realicé una estancia de investigación en la cátedra de cultura jurídica y preparé el primer manuscrito de *SNLD*. La pandemia por COVID-19 demoró los plazos de publicación, pero el texto ya circulaba en diversos ámbitos académicos. Por esa razón, Sebastián Agüero propuso organizar, en 2021, un debate sobre el libro ya que su publicación era inminente. Para esa discusión, Sebastián escogió a tres colegas que

---

6 Por ejemplo, Caracciolo (1994, pp. 27-36). Su trabajo fue escrito a mediados de la década de los setenta, poco después de la publicación de la versión en castellano de *Normative Systems*. No conozco (o no recuerdo) la razón por la que permaneció inédito durante tanto tiempo, pero no me extrañaría que ésta fuera el exilio interno que sufrió Caracciolo como consecuencia de la represión practicada por el gobierno militar entre 1976 y 1983. Para una respuesta a este argumento de Caracciolo, véase Rodríguez (2002, pp. 82-87).

libremente exploraron los temas que, a sus ojos, ofrecían mayor interés. Así, Alejandra Olave reflexionó sobre casos irrelevantes y discrecionalidad judicial; Alejandro Calzetta, analizó la conexión entre permisos y normas de competencia, y Marcela Chahuán se dedicó a la inevitabilidad de la interpretación jurídica.

Ese debate se celebró de manera virtual, en el marco de confinamientos y limitaciones conocidas (y padecidas) por todos. Una vez que el libro fue publicado, adquirimos el compromiso de reproducir por escrito los rasgos centrales de esa discusión y, a continuación, analizaré sus críticas. Quisiera señalar, sin embargo, que lamento ser un escritor tan descuidado y el desorden con que, a menudo, expreso mis ideas. Si hubiera anticipado observaciones como las de Alejandra, Alejandro y Marcela seguramente habría presentado mis argumentos de manera diferente ya que tengo la impresión de que nuestras posiciones son mucho más cercanas que las que se dan a entender en este debate.

## II. CASOS IRRELEVANTES Y DISCRECIÓN JUDICIAL

La diferencia entre casos irrelevantes y lagunas normativas puede presentarse informalmente señalando que las lagunas son casos que el derecho no regula, pero pretende regular, mientras que los casos irrelevantes son situaciones que el derecho no regula ni pretende regular. La relevancia de esta distinción es, a menudo, analizada en términos de las consecuencias asociadas a cada uno de ellos: las lagunas están comúnmente relacionadas con la discrecionalidad judicial, pero en casos irrelevantes los jueces carecerían de discreción para decidir y, por el contrario, estarían obligados a descartar las demandas sobre ese tipo de situaciones. El ejemplo de caso irrelevante, ya convertido en un clásico en este debate (Atria, 2001, p. 78), es acerca de qué debe hacer un juez en caso de que una pareja discrepe sobre el lugar dónde pasar sus vacaciones. Supongamos que uno pretende obligar al otro cónyuge a seguir sus decisiones. Si esos casos irrelevantes fueran casos de lagunas normativas, entonces el juez tendría discrecionalidad para decidir. Pero, son una legión los teóricos que niegan



esa discrecionalidad y afirman que en esas circunstancias el juez carece de libertad para imponer a un individuo (e.g., el cónyuge demandado) una obligación que el derecho no le impone previamente.

Si se asume que existen diferencias significativas en las consecuencias que surgen de las lagunas normativas y de los casos irrelevantes, entonces es preciso suministrar un criterio para distinguir ambas situaciones. En general, mientras el modelo clásico suministra herramientas para identificar neutralmente las lagunas normativas, en el modelo alternativo se defiende un criterio valorativo ya que las lagunas no serían simples casos sin solución, sino más bien casos que el derecho *debe* regular. Este enfoque normativo de las lagunas abre un espacio para rechazar a los enfoques positivistas pues el conocimiento del derecho, de sus límites, no se agotaría en la identificación de hechos sociales, sino que comprendería también una valoración de esos fenómenos.

En el capítulo VII de *SNLD* he defendido que, en gran medida, esta discusión se produce por la imprecisión de la red conceptual manejada y por una insuficiente elaboración de los compromisos de reconstruir al derecho como un sistema de normas. Respecto de la imprecisión de la red conceptual basta mencionar dos cosas. Por una parte, las situaciones irrelevantes son algunas veces asociadas a *casos* y en otras ocasiones se identifican con *acciones*. Los casos irrelevantes son instancias de propiedad carentes de relevancia normativa en un determinado universo de propiedades, mientras que las acciones irrelevantes son aquellas que no son reguladas por ninguna norma del sistema. Sin dudas, la reconstrucción analítica más importante de la noción de relevancia normativa es la ofrecida en el modelo clásico.<sup>7</sup> En este modelo, mientras que la irrelevancia de los casos depende de la identificación de un universo de propiedades, la irrelevancia de las acciones depende de un cierto sistema normativo.

Si los sistemas jurídicos son reconstruidos como sistemas deductivos que contienen todas sus consecuencias lógicas (como señala el modelo clásico), entonces cualquier acción regulada con relación a una propiedad “p” determinará la irrelevancia de otras infinitas propiedades en universos

---

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin (1971, p. 102).

más finos respecto de esa acción, siempre que el sistema mantenga la coherencia en el universo más fino. Por ejemplo, supongamos que en el sistema “” existe una norma expresamente formulada ( $p \rightarrow OR$ ), entonces, de esa norma también pueden obtenerse otras como ( $p \& q \rightarrow OR$ ) y ( $p \& \sim q \rightarrow OR$ ). Estas consecuencias muestran que la presencia o ausencia de “q” es irrelevante para determinar diferencias en la consecuencia normativa en ese universo y en ese sistema S. Por otra parte, las acciones irrelevantes son aquellas que ninguna norma regula. Sin embargo, esa ausencia de regulación no impide adoptar una visión prescriptiva de la irrelevancia de las acciones, que se manifestaría en un juicio crítico acerca de la mala elección de las autoridades. En otras palabras: el derecho regularía acciones que no debería regular porque el crítico asume que ellas son (socialmente) irrelevantes y que, por tanto, el derecho no debe intervenir en esa esfera.

En gran medida, el debate acerca de la discrecionalidad judicial ha estado desconectado del análisis del modo en que el derecho le reconoce a los individuos un espacio de libertad. Las investigaciones acerca de este último tema se agrupan usualmente bajo el rótulo de “la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos”.<sup>8</sup> Esta apertura significa, entre otras cosas, que el derecho reconoce (protege, respalda) un ámbito de autonomía normativa para los individuos y que, en ese ámbito, ellos pueden ejercitar poderes normativos para modificar sus situaciones jurídicas. La consecuencia de este fenómeno es que las autoridades del sistema jurídico, y en especial los jueces, no son libres de apartarse de esa regulación específica que, sin formar parte del derecho, se convierte en jurídicamente vinculante, no sólo para las partes involucradas en la relación normativa, sino también para los jueces del sistema. Por ejemplo, supongamos que el sistema jurídico S no regula el precio que un vendedor de un automóvil puede pedir para celebrar un contrato de compraventa. En este sentido, para el derecho es irrelevante que el vendedor solicite, por ejemplo, 10 euros o 100.000 euros por el vehículo y, correlativamente, nadie tiene la obligación de comprar el vehículo por el precio fijado por el vendedor. Pero, una vez que se celebra un contrato de compraventa, los contratantes pueden acceder a los tribunales con el propósito de dar cumplimiento a las obligaciones

---

8 Véase, por ejemplo, Raz, Joseph, “The Institutional Nature of Law” en *The Authority of Law* (1979, p. 119).

contractuales previamente asumidas. Aunque ese contrato de compraventa no forma parte del sistema jurídico S, es vinculante para las partes y los jueces competentes de S.

Estas distinciones son importantes, pero son, con frecuencia, pasadas por alto por la insistencia en que el derecho siempre regula —positiva o negativamente, diría Kelsen— cualquier conducta. Si el derecho es un sistema completo, entonces carece de lagunas y, por tanto, no tiene mayor sentido preguntarse por el criterio para distinguir entre lagunas normativas y casos irrelevantes. En general, una manera de garantizar esa clausura del sistema normativo es mediante una regla permisiva que autorice expresamente todas las conductas que no han sido prohibidas. Pero, como han mostrado Alchourrón y Bulygin, esa norma permisiva, de naturaleza contingente, al igual que cualquier otra norma del derecho positivo, tiene importantes características (1971, pp. 134 y ss. ). Por ejemplo, esa regla es de naturaleza supletoria ya que su alcance está determinado por las acciones positivamente prohibidas. A su vez, la aplicación de esa regla de clausura no debe introducir incoherencias normativas. Por ello, si el sistema normativo es completo en el Universo de Casos Relevantes (UCR), necesariamente tendrá lagunas en universos menos finos dado que la aplicación de la regla de clausura en esos casos de universos menos finos garantiza la completitud, pero introduce incoherencias en el UCR.

El excelente trabajo de Alejandra Olave, “Los casos irrelevantes como problema externo al derecho” es un valioso complemento, antes que una crítica, a las ideas aquí presentadas esquemáticamente y desarrolladas con mayor detalle en el capítulo VII sobre lagunas en el derecho y casos irrelevantes Su artículo tiene dos partes claramente diferentes, aunque, sin duda alguna, internamente conectadas. En la primera parte, ella ofrece una cuidadosa reconstrucción de algunas de mis principales ideas y completa el esquema de análisis propuesto en *SNLD* mediante una reelaboración de las posiciones jurídicas conforme a las categorías hohfeldianas. En la segunda parte, aborda las relaciones entre microsistema (o, en general, el sistema de normas jurídicamente aplicables a un cierto problema) y el macrosistema (o, en general, el conjunto de normas válidas en un determinado momento).

En líneas generales, creo que la reconstrucción de Olave es compatible con el enfoque propuesto en *SNLD*, aunque hay ciertos temas en los que no hay coincidencias. Por ejemplo, no creo que las normas secundarias sean una clase de normas constitutivas. Al respecto, Olave señala: “Las reglas secundarias, a diferencia de las primarias, no se corresponden con reglas regulativas sino con reglas constitutivas” (2023, p. 17). Por supuesto, esta distinción entre normas (reglas) primarias y secundarias es parte importante del debate contemporáneo sobre teoría de las normas y no es posible dar cuenta acabadamente de esta discusión aquí. No obstante, por mi parte diría que las normas secundarias son aquellas que regulan (obligan, prohíben o permiten) la creación, eliminación o aplicación de *otras* normas del sistema. Esta fue la idea central de Hart, aunque lamentablemente no ofrece una buena reconstrucción de esas reglas secundarias, confundiendo tipologías normativas y funciones sociales (Raz, 1979, p. 178). Por ejemplo, las reglas primarias son reconstruidas como normas que imponen deberes (obligaciones) y la regla de reconocimiento es caracterizada como una norma secundaria y ello fuerza a Hart a ubicarla ocasionalmente como una norma permisiva ya que, si ella fuera una norma de obligación, entonces sería indistinguible de una regla primaria. Para resolver esas deficiencias, la teoría del derecho contemporánea ha insistido en que no es suficiente reconocer normas permisivas junto a normas de obligación, sino que también es preciso analizar la función de otro tipo de norma que no regulan la conducta (e.g., normas constitutivas).<sup>9</sup> No tengo dudas acerca de la relevancia de este tipo de normas, pero no creo que sea afortunado reducir las normas secundarias a reglas conceptuales. Por supuesto, Olave prefiere otro criterio clasificatorio, pero tal vez hubiera sido útil una defensa explícita de su propuesta.

Tampoco estoy de acuerdo con Olave en que un contrato entre cónyuges, que estableciese que uno de ellos se compromete a viajar a un determinado sitio, sea nulo conforme a nuestros derechos positivos. Según Alejandra,

Un contrato entre cónyuges, que establezca el deber de uno de ellos de que el otro elija dónde pasarán las vacaciones, podría ser considerado como uno que establece una limitación tal al libre

---

9 Por ejemplo, Bulygin, E. “Sobre la regla de reconocimiento” en Alchourrón. y Bulygin (2021, pp. 409-416).

desplazamiento del cónyuge obligado que no cumpliría con el requisito de validez de poseer objeto lícito, pues contravendría el derecho público chileno (art. 1462 CC) y sería, por ello, nulo. ( 2023, pp. 20-21)

Creo que esta conclusión es una exageración y debería justificarse de manera más precisa. Ciertamente, del incumplimiento contractual no se seguiría un “remedio” jurídico que autorizase a utilizar la fuerza para dar cuenta de la obligación contractual, y trasladar compulsivamente al cónyuge renuente, pero no veo la razón por la que no se podría reclamar resarcimiento por el incumplimiento de una obligación libremente pactada. Si esa acción fuese posible de emprender, eso supondría la validez —y no la nulidad— del contrato. Pero cosas como estas son cuestiones de detalle que no afectan a las ideas centrales. Por ello, dejaré de lado esas polémicas menores y analizaré otras cosas que considero más sustantivas.

En la primera parte el trabajo, Olave propone un lenguaje más rico para mostrar la dinámica de las diversas posiciones jurídicas de los individuos y el modo en que ellas afectan las obligaciones de los jueces para justificar sus decisiones en derecho. Este vocabulario le permite subrayar que los derechos no siempre están correlacionados con deberes específicos de otros individuos y que, cuando señalamos que los jueces no pueden imponer una obligación que el derecho no impone al demandado, es necesario distinguir entre aquellas situaciones en que el juez carece de poder normativo y los casos en que está restringido su ejercicio. Por ello, encuentro especialmente interesante su tesis acerca de la necesidad de integrar en esta discusión un análisis más cuidadoso de las reglas constitutivas y del modo en que ellas configuran los ámbitos de competencia e incompetencia de los jueces. Ello le permite subrayar que la completitud del sistema de normas que regulan la conducta de los individuos de una cierta comunidad es independiente de la clausura del sistema secundario, que determinan aquello que los jueces pueden o no hacer para resolver sus controversias. En este sentido, Olave señala:

Así, no hay razones lógicas para negar que un sistema jurídico que a nivel de su subsistema de reglas regulativas no se encuentre clausurado, sí lo esté a nivel de su subsistema de reglas

constitutivas, estableciendo que los jueces son incompetentes para conocer de aquello respecto de lo que no se establece explícitamente su competencia (eliminando toda inmunidad débil e instaurando inmunidades fuertes respecto de todo aquello que no se encuentre regulado) [...]

Es igualmente posible que una regla de clausura establezca que los jueces son competentes para conocer de aquello respecto de lo que no se establece explícitamente su incompetencia (eliminando toda inmunidad débil e instaurando sujeciones respecto de todo aquello que no se encuentre regulado). Mientras el primer sistema cerrado de reglas secundarias parece ser aquel que se recoge en la intuición de que sistemas jurídicos liberales modernos dejan un espacio “libre de derecho” tanto en el sentido de la calificación deóntica de conductas como en el de inmunidad (fuerte) ante una posible modificación de esa calificación por parte de la autoridad judicial, el segundo, en cambio, admite dicho espacio al nivel del subsistema de reglas regulativas, mas –al contener un subsistema cerrado de reglas secundarias de competencia de la autoridad judicial– quienes detentan posiciones de privilegios negativos bilaterales detentarán igualmente la posición de sujeción a la competencia de la autoridad judicial, la que será competente para modificar esa posición de privilegio. (2023, pp. 23-24).

No hay en esta reconstrucción discrepancias importantes entre la propuesta de Olave y lo que he sostenido en *SNLD*. Sin embargo, creo que hubiera sido valioso que Olave continuase explorando las consecuencias de introducir una regla de clausura relativa a la competencia e incompetencia (i.e., un desarrollo de las analogías con las propiedades formales señaladas por Alchourrón y Bulygin para una regla permisiva de clausura).

La segunda parte del trabajo de Olave destaca correctamente que el problema de la identificación de los “casos irrelevantes” no se refiere a cuestiones internas a un microsistema de normas aplicables. La razón es que no hay, en principio, restricción alguna a los arreglos que los individuos pueden disponer para realizar sus planes de vida. De este modo, si dos vecinos deciden celebrar un contrato pactando cosas irrelevantes (e.g., saludarse cada vez que se encuentran en la escalera utilizando la expresión

“Que la fuerza te acompañe”), esa acción será exigible en los tribunales, más allá del problema de si esa acción puede ejemplificar una laguna o estar asociada a una respuesta discrecional de los jueces.

De este modo, Olave señala:

Lo anterior permite distinguir entre estos dos planos de discusión, planos que no han sido cabalmente distinguidos en el debate referido a las lagunas normativas. El primero está referido a la caracterización de ordenamientos jurídicos en tanto tarea de indagación político-institucional, que requerirá del estudio del diseño de uno o más ordenamientos que analice no solo su sistema de reglas regulativas sino además los distintos conjuntos de reglas constitutivas a partir de las cuales pueda determinarse cuáles son los límites (si los hay) del sistema, lo que a su vez permite definir aquel “espacio libre de derecho”. En esta medida difícilmente tendrá sentido intentar dar contenido a la clase nominal de casos irrelevantes por la vía de intentar identificar cada uno de sus componentes.

El segundo, por su parte, supone que ya se ha seleccionado un universo de discurso a partir del cual es posible conformar un microsistema de normas aplicables (ya sea que pertenezcan al sistema jurídico o que, en tanto sistema abierto, sean aplicables a pesar de no pertenecer a este, por existir reglas secundarias que las hagan aplicables) a la conducta en cuestión. En este punto, la posibilidad de lograr una selección de normas que conformen el microsistema aplicable *sin* la utilización de criterio evaluativo alguno es lo que distintivamente separa a Alchourrón y Bulygin de Atria y Ruiz Manero. (2023, pp. 28-29).

No tengo dudas de que es necesario distinguir cuidadosamente ambos planos y que ello permite identificar tanto las lagunas normativas como los casos irrelevantes de manera neutral. Tampoco he dudado de que la idea de un “espacio libre” de derecho posee más atractivo político que teórico. Ambas cuestiones están relacionadas al señalar que la discrecionalidad judicial

es una consecuencia de la tesis de las fuentes sociales. Pero, en general, parece más intuitivo correlacionar esa consecuencia con las lagunas que con esos otros casos que el derecho “no regula ni pretende regular”.

Creo que la reconstrucción de los casos irrelevantes de Alejandra está, en cierto modo, lastrada por una suerte de íntima convicción de que, al ser los casos irrelevantes una clase nominal, no es posible analizar nada más de provecho acerca del análisis de esa clase. Por mi parte, creo que hay dos temas que hubieran merecido una mayor atención. Por una parte, la idea recurrente de que hay una parcela de la vida social que no se puede identificar neutralmente, sino que son aquellas situaciones que no se deben regular porque existe un espacio libre, intangible, que el legislador no debe alterar. Mi respuesta sería negativa, pero nada hay en *SNLD* que pueda leerse como un argumento al respecto.

Por otra parte, la conexión entre irrelevancia y normas generales. En lo sucesivo sólo analizaré la conexión entre casos irrelevantes con relación a una cierta propiedad y las soluciones normativas, dejando de lado las acciones irrelevantes. Como recuerda Hart (1994, pp. 128-129), cuando el legislador osa formular una norma, la consecuencia es que identifica un conjunto de circunstancias necesarias para la aplicación de la norma. Pero ¿qué ocurre con aquellas otras circunstancias que la autoridad no ha considerado? Al respecto, Bulygin señala:

el legislador no tiene que prever todas las circunstancias posibles que pueden presentarse (cosa que sería ciertamente imposible, por lo menos para el legislador humano). Todo lo que tiene que hacer el legislador para que sus leyes sean completas es solucionar todos los casos que él mismo determina al elegir ciertas circunstancias relevantes y convertirlas en definitorias de los casos. *Las demás circunstancias serán simplemente irrelevantes* (las itálicas son mías) (2021, pp. 415-416).

Aquí es conveniente distinguir entre dos nociones de irrelevancia: prescriptiva y descriptiva (Rodríguez, 2002, pp. 77 y ss.; Navarro y Rodríguez, 2000, pp. 81-84). La irrelevancia prescriptiva es una norma que ordena que no debe considerarse relevante a ninguna propiedad que no haya sido seleccionada



expresamente por el legislador. A su vez, una propiedad es positivamente irrelevante cuando el legislador la ha considerado y ha decidido darle la misma consecuencia normativa a los casos en que ella está presente o ausente. Por el contrario, una propiedad es negativamente irrelevante cuando ella no ha sido tomada en cuenta (considerada) por la autoridad.

La existencia de una norma de irrelevancia es, al igual que cualquier otra norma positiva, una cuestión contingente. A su vez, la expresión: “todas las propiedades que no han sido consideradas relevantes son irrelevantes” es analíticamente verdadera para el caso de la irrelevancia negativa, pero contingente para el caso de la irrelevancia positiva. Todas estas distinciones tienen una considerable importancia para problemas como la derrotabilidad de las normas, las excepciones implícitas y los límites del derecho. En este sentido, creo que el trabajo de Olave, al subrayar que los casos irrelevantes son una clase nominal, corre el peligro de ocultar estas consecuencias importantes de las nociones de relevancia e irrelevancia.

Finalmente, en opinión de Olave,

posturas tales como la defendida por Alchourrón y Bulygin o la defendida por Navarro se encontrarán con las dificultades propias de intentar defender que es posible determinar qué conductas se encuentran reguladas por un ordenamiento jurídico en un determinado momento simplemente observando cuáles son *mencionadas* por ese ordenamiento (Atria *et al.*, 2005, p.183) o que es posible determinar cuáles son los poderes de los órganos aplicadores de derecho a través de la observación no-valorativa de las reglas secundarias de adjudicación, sin que influya cuál se considera que es la mejor caracterización del rol del órgano aplicador en un determinado ordenamiento jurídico. (2023, p. 30)

Por supuesto, no es posible dar una respuesta aquí a este desafío, que no es ni más ni menos que el desafío al positivismo. Éste es precisamente uno de los temas recurrentes en *SNLD*. Más bien, sólo subrayaré que la búsqueda de los elementos necesarios para elaborar una genuina ciencia del derecho (es decir: una explicación racional y neutralmente valorativa de

un cierto fenómeno social) es diferente a un análisis del derecho como un instrumento de justificación del uso de la coacción en una cierta comunidad. El desarrollo de esta concepción justificatoria, que es la línea que se desprende del modelo alternativo, puede ser ciertamente una aspiración noble, en la medida en que esa justificación pudiese descansar en valores morales indisputables, accesibles al conocimiento racional e indisponibles para el legislador. Pero, el positivismo como enfoque es algo completamente diferente en sus métodos y propósitos y poco ganaríamos en un debate racional si confundiéramos conocimiento y justificación.

### III. LA INTENSIDAD DE LOS PERMISOS

Un importante avance en nuestra comprensión del derecho se produjo cuando se advirtió claramente que, aun cuando el derecho regulase imperativamente la conducta, de ello no se sigue que todas las normas jurídicas impongan obligaciones. Aunque Hart señala en una frase memorable que el rasgo más prominente del derecho en cualquier tiempo y lugar es que ciertas conductas dejan de ser optativas y se transforman, en algún sentido, en obligatorias (p. 6), también muestra que la explicación de la naturaleza sistemática del derecho exige admitir un conjunto de reglas (i.e., reglas secundarias) que no pueden reducirse a normas de obligación y que también hay que tener en cuenta el modo en que el derecho autoriza determinadas conductas (1994, pp. 91 y ss.). Sin embargo, a pesar de la expansión de la clase de normas, importantes para comprender la naturaleza y la función del derecho, los permisos y las normas permisivas han sido objeto de persistentes controversias en la teoría jurídica.<sup>10</sup> En general, las controversias han girado en torno a la autonomía y la relevancia de las normas permisivas, es decir, acerca de si ellas pueden ser o no reducidas a otras normas y de su aptitud para guiar conductas. Este debate está especialmente conectado con la clausura de los sistemas normativos en general y, en particular, con el alcance y función de dos importantes principios: (i) el principio de permisión (i.e., toda acción está permitida o está permitida su omisión) y (ii) el principio de prohibición (i.e., “todo lo que no está prohibido está permitido”). Mientras

---

<sup>10</sup> Entre muchos otros, véase los trabajos reproducidos —y la bibliografía allí mencionada— en Bulygin (2019).

que el primero niega la posibilidad de la prohibición de “P” y la prohibición de “~p,” el segundo establece la permisión de todas aquellas conductas que no han sido prohibidas.

Un gran mérito de Alchourrón y Bulygin ha sido la sofisticada reconstrucción de las reglas de clausura y su argumento para descartar que el principio de prohibición pueda ser invocado como razón concluyente a favor de la completitud de los sistemas jurídicos (1971, pp. 194 y ss.). Un paso crucial en la reconstrucción de Alchourrón y Bulygin es la distinción entre normas y proposiciones normativas y ello abre espacio para distinguir entre tres diferentes usos de la expresión “permitido”. En primer lugar, puede ocurrir que una cierta autoridad exprese una cierta autorización mediante una norma permisiva. En segundo lugar, es posible que un teórico señale que una acción está permitida cuando ella no ha sido prohibida en el sistema normativo y, en este caso, el teórico señala que cierta acción está débilmente permitida (permisión débil). En tercer lugar, el teórico podría señalar que una acción está permitida cuando ha sido expresa o implícitamente autorizada por una norma del sistema. En este caso, se señala que la acción está fuertemente permitida (permisión fuerte).

A diferencia de las autoridades normativas que, diciendo ciertas cosas, cambian el estatus normativo de la conducta, aquello que dicen los teóricos del derecho será verdadero o falso, pero sus declaraciones no provocan cambios normativos. En otras palabras: las autoridades prescriben y los teóricos describen. Ahora bien, ¿es verdad que todo aquello que no ha sido prohibido está permitido y, en todo caso, qué relevancia tiene para el problema de la completitud y clausura del derecho? Si un teórico respondiese afirmativamente, entonces su expresión podría ser interpretada de dos maneras diferentes conforme a los distintos significados de “permitido”. En caso de que “permitido” fuese interpretado débilmente, la afirmación “todo lo que no se ha prohibido está permitido” es una verdad conceptual ya que “permitido” —en el sentido débil— únicamente significa que la autoridad no lo ha prohibido. Pero, de allí no se sigue que no existan lagunas en el derecho ya que ellas se producen precisamente cuando una conducta no está regulada (prohibida, obligada o permitida). En caso de que fuese interpretado en sentido fuerte, habría que conceder que, si esa afirmación fuese verdadera, entonces no habría lagunas. Pero, primero habría que

mostrar que el sistema es completo para que, conforme a ese dato, se pueda asegurar que aquello que no se ha prohibido está permitido (en sentido fuerte).

Este conocido análisis desplegado en el modelo clásico ha sido objeto de importantes objeciones. Una de ellas fue desarrollada por Arend Soeteman y, de manera simplificada, su objetivo es cuestionar una de las premisas básicas del trabajo de Alchourrón y Bulygin: la reducción de los enunciados normativos a proposiciones normativas y su impacto en el análisis de las lagunas en el derecho (1997, pp. 326-327). En su opinión, conocer qué se debe hacer o qué se puede hacer (y sus grados de intensidad) no es equivalente a identificar las normas que forman parte de un sistema normativo. Al contrario, para Alchourrón y Bulygin, cuando los enunciados normativos se utilizan descriptivamente, ellos son sólo maneras indirectas de formular proposiciones acerca de las normas que pertenecen a un cierto sistema normativo (i.e., proposiciones normativas). Ello permite, en el modelo clásico, analizar las consecuencias de la distinción entre permisos fuertes y débiles. Para Soeteman, aunque fuese importante distinguir entre conductas que están débilmente permitidas y aquellas fuertemente permitidas, todavía sería necesario reconocer que no todas esas conductas están permitidas con la misma intensidad. Por una parte, si una cierta autoridad delibera acerca de prohibir una determinada acción que hasta el momento no ha sido regulada y se niega a adoptar una prohibición al respecto, entonces la acción está débilmente permitida, pero está permitida con una intensidad mayor a aquellas que la autoridad no ha advertido o imaginado que podrían regularse. Por otra parte, aunque las acciones que están permitidas, en virtud de la adopción de una regla de clausura, estén fuertemente permitidas, ellas no están permitidas con la misma intensidad que aquellas que las autoridades determinan expresamente. La relevancia de este desafío de Soeteman es su conexión con otras ideas importantes para la dinámica jurídica: los actos normativos y el alcance de la competencia normativa.

En el capítulo III de *SNLD* intenté mostrar que en el modelo clásico hay diversos recursos para dar cuenta de los problemas que señala Soeteman. Por ejemplo, he subrayado que la relevancia de las permisiones y las normas permisivas sólo pueden advertirse en contextos de autoridades normativas jerárquicamente estratificadas, cuyas acciones normativas

pueden servir tanto para introducir como para eliminar y rechazar contenidos normativos. Por razones de simplicidad, he asumido en ese capítulo —y en otros posteriores— que las normas de competencia son un tipo de normas permisivas y que la solución de los conflictos normativos de distinto nivel (o los conflictos de actitudes normativas, i.e., ambivalencia) dependen del alcance del principio *lex superior*.

Este es el contexto en el que se inserta el amable comentario de Alejandro Calzetta al capítulo de *SNLD* sobre la intensidad de los permisos. En líneas generales, Alejandro no ofrece una crítica a las tesis comentadas, sino que pretende mostrar ciertas consecuencias para las nociones y normas de competencia. Su trabajo es breve y su tesis central es que una adecuada comprensión de las permisiones y de las diferencias entre soluciones maximales y parciales son importantes para dar cuenta de la intensidad con la que una autoridad superior limita la competencia de una autoridad inferior. La presentación de Alejandro de estos problemas es simple y desprovista de los detalles técnicos que caracterizan al instrumental conceptual elaborado por Alchourrón y Bulygin. Sin duda, esa presentación simplificada tiene la virtud de mostrar los problemas y las soluciones de manera sencilla y accesible, pero creo que conlleva el peligro de ocultar los recursos conceptuales del modelo clásico.

A continuación, me propongo realizar dos cosas (i) señalar algunas diferencias con la reconstrucción de Alejandro y (ii) comentar algunas de sus ideas, que me parecen atractivas (normas permisivas minimales y maximales como bloqueos totales o parciales de competencias), aunque, en mi opinión, es necesario mucha más elaboración para que puedan insertarse apropiadamente en una teoría adecuada de las normas de competencia y la jerarquía normativa.

### **3.1 Detalles de reconstrucción**

3.1.1. Alejandro, en cierta medida, lamenta la falta de precisión acerca de la noción de norma permisiva. El inconveniente de este descuido es, entre otras cosas, que dificulta la identificación de esas normas, cuya forma lógica quedaría oculta bajo accidentes del lenguaje. Esta ha sido, por ejemplo, la razón por la que Joseph Raz (1999, pp. 85 y ss.) ve de poca utilidad la

distinción entre permiso fuerte y débil. Tal vez para evitar ese contratiempo, Calzetta estipula un sentido de “norma permisiva” en los siguientes términos: “Norma permisiva es toda prescripción’, ya sea hipotética o categórica en el sentido de von Wright, que tenga un contenido deónticamente caracterizado por los operadores ‘P’ o ‘F’ o las negaciones de estos (‘¬P’ o ‘¬F’)” (2023, p. 40).

Esta caracterización me parece más bien sorprendente ya que la negación del operador “P” es usualmente explicado como una prohibición. De este modo, “no permitido fumar” se identifica con la prohibición de fumar y no me resulta fácil comprender el modo en que este tipo de normas pueden otorgar competencias.

3.1.2. Como base de su argumento sobre la intensidad de la competencia Alejandro utiliza a la distinción entre soluciones minimales y maximales. Así, señala las diferencias entre el permiso simple (P) y el permiso bilateral (F) de la siguiente manera:

El primero de estos operadores (P) es un operador minimal y el segundo (F) es un operador maximal y cada solución que emplee al primero de estos operadores es una solución minimal (Px) y cada solución que emplee al segundo de estos operadores es una solución maximal (Fx). (2023, p. 44).

Aunque Calzetta señala, en una nota a pie de página, a que prefiere evitar los tecnicismos propios de este tema, me parece conveniente recordar que el universo de soluciones depende del universo de acciones. El modo en que las soluciones califican a cada uno de los elementos de acciones permite distinguir entre soluciones parciales y maximales. En casos de un universo que sólo contiene una única acción “R”, las soluciones maximales son tres: obligatorio (OR); prohibido (PhR) y facultativo (FR). A su vez, la clase de soluciones parciales coincide con las soluciones minimales (pero ello no ocurre así cuando el universo de acciones tiene más de una única acción). Para ese universo de acciones de una única acción “R”, las soluciones parciales (y minimales) son: permitido (PR); permitida la omisión (P~R) y no facultativo (~FR).

La división entre solución parcial y solución maximal es exhaustiva y excluyente. Las soluciones minimales son una subclase de las soluciones parciales. De este modo, las categorías “maximal” y “minimal” no son conjuntamente exhaustivas, ya que en un universo de acciones con más de una acción habrá soluciones que no sean ni minimales ni maximales. Por ejemplo, si cambiamos el universo de acciones R por un universo de acciones R y Q, la solución OR ya no es maximal porque que no da información acerca de la calificación de Q. En este sentido, el cambio del universo de acciones es un cambio de problema normativo y una respuesta maximal en un universo de acciones R deja de ser una respuesta completa en un universo R y Q.

Un análisis completo de la intensidad de la competencia seguramente sacaría provecho de esas distinciones, aunque no es algo que pueda intentar ofrecer en este trabajo.

3.1.3. Al referirse a la diferencia entre permitir y facultar la acción de votar (i.e., Pv y Fv), Alejandro señala que Pv:

nos dice que está permitida la comisión de la acción “votar” y nada más. No nos dice nada acerca de la permisión de la omisión de la acción “votar”. Tampoco nos permite inferir nada al respecto. La norma solo dice Pv y solo Pv. Sobre lo demás no se pronuncia. Esto es porque Pv es una solución minimal, y las soluciones minimales solo regulan comisiones u omisiones de acciones separadamente, no conjuntamente como la solución maximal Fv que regula ambas facetas de la acción en conjunción. (2023, p. 45)

Aunque no tengo nada en contra de la intuición que quiere capturar Alejandro, me parece importante subrayar que las soluciones parciales y maximales son interdefinibles y que una solución maximal puede verse como una conjunción de soluciones parciales al igual que una disyunción de soluciones maximales es una solución parcial. Por ello, la norma Pv también dice que la conducta es obligatoria o facultativa, excluyendo de ese modo que ella sea prohibida (al menos por esa única norma).

### 3.2 Normas permisivas minimales y maximales

La diferencia entre soluciones minimales y maximales permite a Calzetto reconstruir dos nociones de permisiones: minimales y maximales respectivamente. La utilidad de esta distinción deriva del modo en que ellas bloquean la competencia de las autoridades inferiores. Mientras que una norma permisiva minimal supondría un bloqueo parcial, las normas permisivas maximales impondrían un bloqueo total de las autoridades inferiores para disponer sobre la calificación normativa de la acción permitida por la autoridad superior. Aunque volveré sobre ello más adelante, ahora sólo quisiera mencionar que Alejandro se muestra más bien escéptico acerca de las normas permisivas minimales ya que, en su opinión, ellas producen dos problemas diferentes. Por una parte, una norma permisiva minimal podría generar lagunas parciales y, por otra parte, el lenguaje ordinario de los permisos normalmente se asocia con aquello que se puede hacer y no se puede hacer conjuntamente.

Respecto de la relación entre permisiones minimales y lagunas parciales, la intuición —correcta— de Alejandro es que, si se regula parcialmente la conducta “R”, esa acción “R” queda sin una guía normativa completa. En ese sentido, una regulación parcial es la otra cara de la ausencia de regulación o lagunas parciales. Pero, es conveniente señalar que esas lagunas dependen de diversas circunstancias (e.g., el nivel del universo de casos analizado o de otras normas del sistema) y no únicamente de la presencia o ausencia de las permisiones minimales. Por ejemplo, supongamos que la autoridad superior permite R (PR) y la autoridad inferior impone la prohibición de  $\sim R$  (i.e.,  $\sim P\sim R$ ). Ambas normas son compatibles y no existe laguna parcial a pesar de que la autoridad superior ha formulado una norma permisiva minimal. Por supuesto, podría señalarse que si la autoridad ha, simplemente, permitido una conducta es porque no pretendía imponer la obligación de realizarla. Pero ¿qué puede justificar esta conclusión general ya que, en este punto, la lógica es insuficiente para fundamentar esa idea? Esto nos lleva al segundo argumento de Alejandro.<sup>11</sup>

---

11 Para una línea similar de argumentación, véase Ratti (2018, pp. 86-93).



En su segundo argumento, basado en el atractivo de los usos lingüísticos ordinarios, Alejandro señala que permitir es, en general, equivalente a facultar. Pero este argumento, al menos en la forma presentada, es mucho más débil de lo que parece ya que no hay demasiadas razones para presuponer la consistencia y la relevancia de esas prácticas contingentes. Por ejemplo, no creo que Calzetto (o cualquier otra persona familiarizada con esta discusión) tenga problemas en admitir que obligatorio implica a permitido. Pero, aquí “permitido” no puede significar “facultativo” ya que ello llevaría a la conclusión que de la obligación de realizar una cierta acción (e.g. votar) se sigue que ella es facultativa (es decir, que es indiferente votar o no votar). En mi opinión, el lenguaje ordinario sirve de guía en el análisis cuando podemos mostrar que hay una intuición relevante que es subrayada en las diferentes maneras de expresarnos como, por ejemplo, cuando decimos que no es lo mismo “verse obligado” a “tener una obligación”.

### *3.3 El bloqueo de la competencia*

Más allá del modo en que se han formulado los argumentos a favor de la distinción entre permisiones minimales y maximales, uno de los principales objetivos de Alejandro es mostrar que esa distinción sirve para analizar la intensidad del bloqueo de la competencia de las autoridades inferiores. Aunque esta intuición es valiosa, creo que es importante compararla con las ideas de Soeteman. Supongamos que, en el estrato jerárquicamente superior de las normas de un sistema, se encuentra una norma de clausura (e.g., “todo lo que no se ha prohibido está permitido”). En la medida en que la acción “P” y su omisión “~P” no han sido reguladas, la norma de clausura permite inferir un permiso maximal ya que al no estar reguladas se sigue que están permitidas P y ~P (es decir,  $F_p$ ). Ahora bien, a pesar de que una norma lógicamente derivada sigue la jerarquía de la norma que la implica (y por ello los permisos derivados, en nuestro ejemplo, tendrían también jerarquía constitucional), esa permisión maximal no bloquea la competencia de las autoridades inferiores en el sentido de que lo hacen otras permisiones expresamente formuladas en la Constitución (e.g., la facultad de contraer matrimonio). El legislador infraconstitucional puede reemplazar los permisos derivados maximales mediante la formulación de otras normas incompatibles con ellos, pero, sin embargo, no puede reemplazar lisa y llanamente la

norma de clausura (e.g., no puede ser derogada sin imponer una reforma constitucional). De igual modo, no puede simplemente reemplazar la facultad constitucionalmente reconocida de contraer matrimonio.

Estas distinciones muestran que la intensidad de los permisos son diferentes y que, al menos en este caso, ello no depende de la naturaleza maximal o minimal de los permisos.

#### IV. LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación es uno de los temas tradicionales de la teoría general del derecho. En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin distinguen entre dos sentidos de “interpretación”: por una parte, la atribución de significado a una determinada formulación normativa y, por otra parte, la derivación de consecuencias lógicas de los significados (normativos) (1971, pp. 67-68). Mientras que la primera operación es de naturaleza empírico-semántica y se dirige a identificar la base de un sistema normativo, la segunda actividad es de naturaleza conceptual y se dirige a mostrar, mediante la sistematización del conjunto de referencias, el contenido del sistema normativo. Sin embargo, en general, en la teoría y filosofía del derecho se denomina “interpretación” únicamente a la primera tarea y ello produce una cierta distorsión acerca de los problemas a discutir y de los recursos del modelo clásico para dar cuenta de la interpretación del derecho. Por ejemplo, es usual admitir que los enunciados interpretativos son enunciados metalingüísticos en los que se correlaciona la mención de un texto “T” (formulación normativa) con un significado “S”. También es frecuente añadir que esa correlación expresa una estipulación que carece de valor de verdad. Estas dos ideas conducen naturalmente a negar que ciertos enunciados, que con frecuencia son afirmados por los juristas, cuenten como interpretación del derecho. Por ejemplo, si un jurista argentino afirma que todos los compradores deben pagar el precio de la cosa determinada en un contrato de compraventa, sería sorprendente negar que el mismo tenga valores de verdad. Por supuesto, en el caso del jurista argentino, su enunciado es analíticamente verdadero porque *usa* una definición de compraventa establecida por el legislador argentino. Al respecto, Alchourrón y Bulygin analizan el conocido ejemplo

de Dworkin acerca de si un contrato celebrado en domingo es inválido por ser un contrato sacrílego y señalan que, frente a la indeterminación de las reglas semánticas en una cierta comunidad, un juez puede estipular “los contratos celebrados el domingo son sacrílegos”. Y luego añaden:

Se trata de una definición estipulativa que como tal no es verdadera ni falsa. Más aun, esa definición no pertenece al lenguaje sino al metalenguaje: se refiere al significado de ciertas expresiones del lenguaje. Pero dada esta estipulación el enunciado del lenguaje ‘los contratos celebrados en domingo son sacrílegos’ expresa una proposición analítica: es verdadera solo en virtud del significado de los términos relevantes. Se trata de un típico *enunciado interpretativo* y cabe subrayar que no es fáctico, sino analítico (1991, p. 339.)

A su vez, el juez puede utilizar una definición vigente en la comunidad y, en ese caso, su declaración de que los contratos celebrados el domingo son sacrílegos es verdadero (o falso) en virtud del hecho de que la comunidad usa las palabras con un determinado significado, pero el enunciado que aplica esa definición lexicográfica sigue siendo un enunciado analíticamente verdadero. Por supuesto, esto no impide que llamemos enunciados interpretativos *también* a las definiciones estipulativas (aunque, en sentido estricto, las estipulaciones no enuncian nada, sino que definen el sentido de un término o expresión), pero limitar la clase de enunciados interpretativos sólo a estos enunciados metalingüísticos es un empobrecimiento injustificado del campo semántico del discurso jurídico y nos impide una mejor comprensión del papel de la verdad en la interpretación del derecho.

Adicionalmente, es conveniente subrayar dos cosas. Por una parte, la tarea interpretativa, como análisis de una conexión entre textos y significados, para Alchourrón y Bulygin, no es diferente a cualquier otra operación interpretativa de los lenguajes naturales en ámbitos diferentes del derecho.<sup>12</sup> Por otra parte, la determinación de esa conexión es una tarea cuidadosamente dejada de lado por Alchourrón y Bulygin ya que ello permite elaborar un modelo de ciencia jurídica que es neutral respecto a las

---

12 Al respecto, véase, Bulygin (1994, pp. 11-22). También Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 459-483).

fuentes del derecho y al paso que conduce —como diría Guastini— desde “las fuentes a las normas”. Por supuesto, ello no significa que no existan conexiones importantes entre ambas tareas. Por ejemplo, en la sección dedicada a los cambios de interpretación se advierte las relaciones entre cambios de reglas de inferencia y cambios en la atribución de significados,<sup>13</sup> y en trabajos sobre dinámica jurídica es usual mostrar las conexiones entre sistematización y la identificación de una cierta base normativa.<sup>14</sup>

Sin embargo, no es una exageración señalar que el tratamiento de los problemas interpretativos en el modelo clásico, o al menos en los trabajos de Alchourrón y Bulygin,<sup>15</sup> es más bien fragmentario y que es necesario un enfoque más amplio, capaz de mostrar el modo en que los recursos conceptuales del modelo pueden ser útiles para dar cuenta de esos problemas. Esa fue una de las principales motivaciones en el capítulo IV de *SNLD*, dedicado a la inevitabilidad de la interpretación. En esas páginas intenté señalar el modo en que ciertas distinciones básicas del modelo clásico pueden arrojar luz sobre la(s) tesis que señala(n) que la interpretación es inevitable en el derecho.

En mi opinión, no es posible comprender el modo en que el derecho cumple sus funciones normativas y sociales sin admitir dos presupuestos básicos. Por una parte, el derecho es una técnica de control social basada principalmente en normas generales formuladas en un lenguaje compartido entre autoridades y destinatarios y, por otra parte, esas normas generales formuladas pueden ser aplicadas por los mismos individuos sin intermediación de decisiones ajenas a esa relación comunicativa (i.e., jueces, interpretes, etc.). Por esa razón, la insistencia en la necesidad de interpretar el derecho, como manera de superar el inevitable abismo entre textos y significado, es, por decir lo menos, una exageración. Pero, como ocurre con muchas cuestiones filosóficas, antes de discutir sobre su verdad o falsedad, es necesario aislar su principal *significado* y, en este

---

13 Ello permite adelantar una idea, retomada muchos años después por Alchourrón en su análisis de la derrotabilidad de las normas jurídicas: el cambio de la noción de consecuencia lógica es equivalente a la revisión de la base normativa. Al respecto, véanse los trabajos de Alchourrón publicados en Alchourrón (2010).

14 Por ejemplo, Alchourrón (1982, pp. 51-63).

15 La importancia de este matiz radica en que hay buenos trabajos sobre interpretación construidos sobre la base analítica de Alchourrón y Bulygin. Por ejemplo, los trabajos de José Juan Moreso, Juan Pablo Alonso, Cristina Redondo, Jorge L. Rodríguez, etc.

sentido, no siempre es fácil comprender qué quiere decirse con la idea de inevitabilidad de la interpretación ya que esa tesis (en adelante, TI) admite diferentes versiones.

En general, TI señala que siempre es necesaria una decisión interpretativa para identificar o aplicar una norma general. La interpretación sería, entonces, un intermediario imprescindible al momento de establecer la conexión entre formulaciones normativas, normas y casos. Pero, como he intentado mostrar en ese capítulo, es fácil exagerar el alcance de la tesis de la inevitabilidad, asumiendo una suerte de posición a “todo o nada” en un marco en que es especialmente relevante distinguir los elementos que conforman diversos problemas. Así, he intentado mostrar la necesidad de distinguir claramente entre tres variantes de la tesis de la inevitabilidad:

a) *La identificación de las normas.* La interpretación es inevitable para identificar las normas que expresan los textos que ha promulgado la autoridad normativa.

b) *El alcance de las normas.* La interpretación es inevitable para determinar el alcance de una norma general, i.e. los casos que la norma regula.

c) *La aplicación de las normas.* La interpretación es inevitable para aplicar normas generales a casos individuales.

La conclusión es que para analizar adecuadamente estas tesis es necesario distinguir claramente entre:

- normas y formulaciones normativas,
- normas formuladas y normas derivadas,
- casos genéricos y casos individuales,
- casos elementales y casos complejos,
- casos individuales y casos judiciales, y
- alcance y fuerza de las normas

Sólo una vez que se introducen esas distinciones es posible comprender que la respuesta afirmativa o negativa a alguna de las tesis de la inevitabilidad no se compromete necesariamente con la aceptación o el rechazo de las otras variantes de esa tesis.

En su rico comentario a este capítulo, Marcela Chahuán adopta una posición crítica de mi enfoque y desgrana una serie de objeciones útiles para continuar con el debate.

No puedo hacer justicia aquí a todas sus observaciones y muchas cosas importantes tendrán que ser analizadas en discusiones posteriores. En general, Marcela niega que las distinciones introducidas en *SNLD* puedan cumplir la función crítica asignada ya que, en gran medida, ellas son compartidas por los partidarios de la tesis de la inevitabilidad, pero sirven como fundamento para obtener conclusiones distintas e incompatibles con las que defiendo. En los siguientes puntos trataré de clarificar mi enfoque y ofrecer una respuesta a las observaciones de Chahuán, pero como una cuestión previa, es preciso matizar dos ideas a las que Marcela se refiere a lo largo de su trabajo: la identificación y modificación de significado y la normatividad de la interpretación.

*(a) Identificación y modificación del significado*

Según Marcela:

quienes sostienen teorías escépticas de la interpretación jurídica afirman que para extraer las normas de los textos normativos los intérpretes judiciales atribuyen, es decir, deciden los significados. En cambio, según sostiene Navarro, los órganos aplicadores conocen (diría más bien *deben* conocer) los significados atribuidos por el legislador. (2023, p. 55)

Esta caracterización es, por decirlo de algún modo, un tanto inexacta. Mi propósito ha sido cuestionar que todos los enunciados interpretativos sean una estipulación, pero nunca he negado que los jueces (o algún otro intérprete), en numerosas ocasiones, no se limitan a identificar y usar las normas (significados) promulgadas por la autoridad, sino que estipulan nuevos significados a los términos empleados por el legislador. Eso ocurre tanto cuando el significado está indeterminado como en aquellos casos en

que la solución establecida les parece equivocada (insensible, etc.). En este último caso, ellos *modifican* el contenido del derecho. Por supuesto, esta es una actividad diferente a la de identificar el sentido de un texto y, aunque también podemos llamarla “interpretación”, nada ganamos aplicando este término a la tarea de determinar el modo en que la autoridad ha utilizado ciertas palabras ni al cambio de ese significado.

#### b) *La normatividad de la interpretación*

Marcela señala: “según sostiene Navarro, los órganos aplicadores conocen (diría más bien *deben* conocer) los significados atribuidos por el legislador” (2023, p. 55). Ahora bien, ¿en qué sentido *deben* los jueces conocer los significados atribuidos por el legislador? En *SNLD* sólo he insistido en una regla *técnica*: si los jueces pretenden justificar sus decisiones en las normas (como algo diferente a los textos o formulaciones normativas) promulgadas por el legislador, entonces *deben* utilizar las palabras en el mismo sentido en que las ha utilizado la autoridad normativa. La proposición anankástica subyacente es que, para justificar una decisión en las *normas formuladas por la autoridad*, es necesario utilizar las *normas* (como algo diferente a los textos) suministradas por el legislador. La razón es obvia: si utilizan las palabras en sentido diferente, entonces no utilizarán las normas de la autoridad en sus justificaciones sino *otras* normas, tal vez más justas o razonables, pero diferentes a las del legislador. Por supuesto, alguien también podría defender una visión más comprometida de ese deber de los jueces, sosteniendo que hay un deber de fidelidad al legislador, un compromiso con el ideal de Estado de derecho y la separación de poderes, una suerte de obligación moral de seguir lo que ha decidido el legislador, etc., pero esas tesis fuertes son ajenas a *SNLD*.

#### 4.1. *Sobre la identificación de las normas*

Al discutir sobre las doctrinas escépticas acerca de la identificación del derecho mi propósito era analizar si la interpretación es inevitable para conocer qué normas expresan los textos promulgados por la autoridad normativa. He distinguido dos versiones asociadas a dos posiciones escépticas diferentes y que pueden ser presentadas de manera muy esquemática en el siguiente modo: una es una tesis radical, según la cual, por razones conceptuales,

no hay significados que sirvan para guiar la aplicación de las palabras que sean previos a la decisión interpretativa. Esta dimensión de TI cuestiona la siguiente idea: los significados dependen de reglas y prácticas sociales. Básicamente, esas prácticas se muestran en acuerdos clasificatorios de manera tal que sabemos lo que significa una cierta expresión porque estamos de acuerdo en cómo clasificar objetos mediante la aplicación de una determinada palabra. En ese sentido, el significado guía la clasificación y suministra un criterio de corrección de nuestras decisiones clasificatorias. Así, si le pido a una persona de mi comunidad lingüística (castellano) que me traiga una manzana y me alcanza un bolígrafo, responderé señalando que ha cometido un error y podría conjeturar que ese individuo no conoce el significado de la expresión en cuestión, o que, por alguna razón, ha cambiado su significado.

La variante conceptual de TI niega que el significado pueda cumplir ese papel. No hay razón —señala— para creer que los acuerdos lingüísticos se preserven automáticamente o mecánicamente y, por ello, no es el significado lo que controla nuestra clasificación, sino que son esas decisiones lo que genera su significado. Por ello, toda decisión interpretativa es un salto que añade libremente un eslabón al proceso comunicativo y el criterio de corrección de nuestras clasificaciones no es el significado de una expresión sino la reacción de la comunidad.

La variante de TI es una versión moderada según la cual hay siempre una pluralidad de significados. Ellos son el resultado de nuestras prácticas clasificatorias, pero ellas son tan versátiles que, prácticamente, cualquier palabra de clase de un lenguaje natural tendrá más de un significado en una cierta comunidad. Por ello, el intérprete, como el consumidor en un supermercado con abundancia de productos, decide cuál es el relevante en un cierto proceso comunicativo. En este caso, el énfasis no recae en la ausencia de criterios previos de ajuste clasificatorio sino en la multiplicidad de pautas de corrección.



Marcela señala que autores como Kelsen o Guastini no defienden la versión conceptual de TI,<sup>16</sup> que sería una manera de suscribir un escepticismo radical. Dado que este no es un tema especialmente controvertido, sólo recordaré que, en la teoría del derecho, asumir esta versión de la indeterminación semántica parece una empresa que se refuta a sí misma ya que el postulado básico es que la formulación de normas generales hace posible que los individuos se apliquen las normas a sus propias circunstancias sin otra intermediación. El escepticismo radical que emerge de la variante conceptual de TI es una doctrina que se desprende de la discusión filosófica sobre seguimiento de reglas y la famosa (aunque cuestionable) interpretación de Wittgenstein ofrecida por Kripke (1982).<sup>17</sup> El argumento kripkeano sobre el seguimiento de reglas ha sido sobre todo celebrado por *Critical Legal Studies*, como una prueba irrefutable de la imposibilidad de guiar la conducta mediante reglas y, de esa manera, denunciar el disfraz ideológico subyacente a la noción de Estado de derecho como el “gobierno de las reglas” y no de los hombres. No es posible analizar aquí este problema, pero si los escépticos pretenden fundamentar su convicción en la inevitabilidad de la interpretación en ese argumento kripkeano, deberían sacar conclusiones generales acerca de la práctica misma del lenguaje. Tal vez por ello, según Marcela, autores como Guastini o Kelsen se apartan de esa versión radical y, en cambio, sostienen una versión moderada. Ese enfoque señala

... que existen múltiples significados posibles de los textos normativos como resultados de la utilización de diversos métodos interpretativos y las diferentes ideologías o asunciones dogmáticas. El intérprete judicial decide entre uno de estos.

Desde esta perspectiva, no veo por qué asumir la TI supone negar que existan significados previos y/o usos mayoritarios, compartidos o comunes del lenguaje. Constatar que hay diversos significados posibles de un texto no supone negar que pueda existir una amplia coincidencia acerca del significado que se atribuye

---

16 Es difícil atribuir a Guastini una única posición acerca de la interpretación. Por ejemplo, en Caracciolo, ‘¿Existe la constitución?’ se le atribuye a Guastini la visión radical según la cual antes de la interpretación no hay ningún significado definido de los textos (2018, pp. 61-83). Los trabajos que Caracciolo comenta son Guastini (2005, pp. 139-144) y Guastini (2015, pp. 45-54).

17 En el mismo año de esa publicación, Caracciolo presentó un argumento similar, pero más compacto, sobre la aplicación de las ideas de Wittgenstein para el conocimiento del derecho. Véase, Caracciolo (2009, pp. 136-143). Ricardo, “Conocimiento de normas”, presentado al Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, Argentina, octubre de 1982. Se encuentra reproducido en Caracciolo, Ricardo, “Conocimiento de normas” en *El derecho desde la filosofía* (2009, pp. 136-143).

a los textos en una determinada cultura (lo cual puede variar). Así, puede reconocerse que hay significados compartidos, pero lo que el escepticismo rechaza es que haya un solo significado y que existan parámetros objetivos de corrección debido a ese significado. (2023, p. 57)

Al respecto es conveniente destacar que no se trata de que existan muchos o pocos significados, sino de si hay *algún* significado —de entre varios posibles— que ha guiado al legislador en la elección de sus palabras. Por ejemplo, el diccionario de la Real Academia Española enumera actualmente siete significados asociados a la palabra “destino”, pero ello no implica que un individuo utilice simultáneamente todos ellos en un proceso comunicativo o que siempre sea imposible conocer en qué sentido —de esos siete posibles— ha sido utilizada la palabra.

Por ello, en la medida en que las variantes moderadas del escepticismo aceptan, al igual que los partidarios del modelo clásico, la existencia de significados como un fenómeno previo a las decisiones estipulativas, la plausibilidad de su tesis central depende de otra tesis diferente, a saber: la multiplicidad persistente de significados hace inevitable la decisión (estipulación) para identificar una norma. Esto es una manera de afirmar de que como todas las palabras de clase de un lenguaje natural tienen más de un sentido, el intérprete siempre tiene que decidir (y no simplemente reconocer) en cuál de ellos ha sido utilizado un cierto término. Este argumento ha sido criticado por Eugenio Bulygin como una forma de la falacia de la generalización ilegítima. Esa falacia consiste en inferir, del hecho de que en algunos casos una formulación normativa expresa una pluralidad de normas, la conclusión de que en todos los casos una formulación normativa expresa una pluralidad de normas. O, también, que del hecho de que en algunos casos los diferentes métodos interpretativos conducen a más de una norma, se concluye que siempre la pluralidad de métodos interpretativos conduce a más de una norma. Dado que la conclusión no se sigue de las premisas, el argumento necesita fundarse en proposiciones que no han sido articuladas por los escépticos.

Esta ausencia de fundamentos no es casual sino más bien es el resultado de que el lenguaje no funciona del modo en que los escépticos pretenden. Por esa razón, Bulygin<sup>18</sup> añade:

[...] la afirmación de que todas las formulaciones normativas son ambiguas es insostenible, porque si fuera cierto no podríamos tener ninguna norma. Esto puede ser fácilmente mostrado. Supongamos entonces que todas las formulaciones normativas son siempre ambiguas. Supongamos que nos enfrentamos a una formulación de norma P1. Según nuestra hipótesis, P1 es ambigua, i. es decir, tiene varios significados y por lo tanto expresa varias posibles normas. Después de una cuidadosa inspección y después de evaluar las diferentes alternativas, decidimos escoger una de ellas para atribuirle a nuestra formulación normativa. Pero, como no hay acceso a los significados más que a través del lenguaje, debemos producir una nueva formulación normativa que debería representar el significado (o la norma) que elegimos. Llamémoslo P2. De acuerdo con nuestra hipótesis, sin embargo, P2 también es ambigua y, por lo tanto, tiene varios significados. Entonces, nuevamente, debemos elegir uno de ellos, y esto solo lo podemos hacer produciendo una tercera formulación normativa, que también será ambigua, y así sucesivamente, *ad infinitum*. Así, si no hay formulaciones normativas unívocas, todo lo que tendremos es pluralidades de normas posibles, pero nunca nos enfrentaremos a una norma definida.

Este es un caso particular de un problema más general: es una característica esencial del lenguaje que al menos algunas de sus expresiones deben ser unívocas. Un lenguaje que no cumpla con esta condición es inútil como herramienta de comunicación. (1999, p. 187)

Como he señalado, en esta versión de TI, los escépticos conceden la existencia de significados previos a la relación comunicativa que emprende

---

18 En este trabajo, Bulygin critica específicamente a Tecla Mazzaresse. La respuesta de Tecla puede verse en : Mazzaresse, 1999, pp. 192-204.

el legislador, pero subrayan que no es posible conocer qué significado, de los muchos posibles que podría tener un término de clase, impide identificar la norma formulada por la autoridad. Al respecto, Marcela señala:

Navarro defiende la idea de que las intérpretes deben buscar el significado atribuido por el legislador, y cree que dicha búsqueda es una cuestión empírica. Sin embargo, si se atiende a lo que observa Guastini, la directiva interpretativa de atribuir el significado de un texto acorde a la intención del legislador no es el único criterio que se ha propuesto. En la práctica jurídica se utilizan diversos criterios para interpretar los textos normativos. Así, por ejemplo, el criterio sistemático, el de la intención del legislador que formuló el texto, el de la intención del legislador actual, el de los fines que persigue una institución, el del uso común de las palabras, entre otros. La utilización de estos criterios puede arrojar distintos significados no necesariamente coincidentes entre sí. (2023, p. 60)

Aquí la crítica no recoge aquello que el escéptico necesita defender. La búsqueda del significado atribuido por el legislador a un cierto texto es una cuestión empírica en la medida en que los significados dependen de usos y prácticas sociales. Por supuesto que los juristas utilizan diversos métodos interpretativos para determinar lo que puede haber señalado el legislador. Ahora bien: o el resultado de la aplicación de estos métodos coincide con el significado utilizado por el legislador o se aparta de ese significado. En el caso de que no hubiera coincidencia, el intérprete modifica la norma formulada por la autoridad y si hubiera coincidencia, esta identidad está determinada por el hecho de que conocemos previamente los términos de la relación y, por consiguiente, podemos corroborar su identidad. El escéptico todavía podría argumentar que no es posible conocer antes de la interpretación el significado de las palabras usadas por el legislador, pero esto no es un argumento a favor de TI, sino que es, lisa y llanamente, la repetición de TI.

Finalmente, Chahuán señala:

¿quién define qué es aquello que quiso decir el legislador?  
¿es esto evidente? También este asunto puede ser problemático. Navarro cree que es una cuestión empírica.

A mí me parece que no es necesariamente así. Pueden existir posturas distintas acerca de cuál es el significado de una formulación normativa utilizando solamente el criterio del significado atribuido por el legislador.

En síntesis, lo que plantea Navarro, y que presenta como una cuestión empírica y evidente, en realidad es una propuesta normativa acerca de cómo las juezas deben interpretar. Ahora bien, el criterio defendido por Navarro no es el único que se ha presentado. Existen diversos criterios doctrinales y, también, legales para interpretar textos normativos. A su vez, cabe considerar que pueden existir dificultades al momento de averiguar lo que quiso decir el autor del texto (considerando, además, que el legislador es un órgano colectivo). No creo que esto sea, habitualmente, una cuestión meramente empírica que se decida con independencia de las ideologías y asunciones dogmáticas de las intérpretes. (2023, p. 61)

No comprendo por qué razón el significado escogido por el legislador tiene que ser “evidente” y tampoco por qué Marcela me atribuye esa tesis. Con frecuencia, determinar si ha ocurrido un cierto hecho (i.e., que el legislador ha usado el lenguaje de una cierta manera) es una tarea laboriosa y esa tarea empírica no se realiza sin un considerable esfuerzo. En otras ocasiones, puede ser obvio, en el sentido etimológico más estricto, el modo en que el legislador usa un cierto término, pero ello es irrelevante para las ideas que he articulado y defendido en ese capítulo. Nada de lo que he sostenido depende de esa tesis sobre la evidencia del significado. Por el contrario, lo que sí he afirmado es que, en general: (i) los jueces pueden conocer y, de hecho, conocen el modo en que el legislador ha utilizado las palabras que ha empleado en sus formulaciones normativas y (ii) que ese conocimiento es empírico. Después de todo, el lenguaje utilizado es un lenguaje *compartido* en una cierta comunidad y, por esa razón, no hace falta un enorme adiestramiento como jurista para conocer el significado de las palabras usadas por la autoridad. Más aún, es usual que el legislador, cuando decide apartarse de esos usos compartidos, introduzca una definición

estipulativa.<sup>19</sup> La razón para introducir esa estipulación es que el legislador asume que, en caso de no establecer expresamente esa modificación del significado, sus palabras serán comprendidas en el modo en que usualmente las entienden en esa comunidad. En pocas palabras, la práctica del lenguaje ordinario es el sustrato (materia prima, podría decirse) en que se plasma la relación comunicativa que permite comprender al derecho como técnica de control social.

Este conocimiento empírico acerca de los usos del lenguaje es el que nos permite explicar la homogeneidad de nuestras clasificaciones. Así, supongamos una formulación normativa que dijese que los órganos colegiados del Estado deberán componerse de manera paritaria, asegurando que el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres. Sería sorprendente, por decir lo menos, señalar que esta norma se aplica al directorio colegiado de una empresa privada, e.g., el directorio de Coca Cola. La razón no es de naturaleza *metafísica*, sino empírica, y eso quiere decir, por una parte, que la expresión “órgano colegiado del Estado” no tiene una conexión esencial con ningún objeto del mundo físico, o del *Topos Uranos*, sino que ella se refiere a ciertas cosas en virtud de una cierta práctica. Por otra parte, esa práctica nos permite *excluir* un sinnúmero de cosas del mundo y separarlas de aquellos objetos comprendidos por el significado de la expresión en cuestión. Con frecuencia no conocemos bien a qué se refiere una cierta expresión, pero cuando la misma tiene significado, sabemos, al menos, a qué es lo que ella *no* se refiere y este conocimiento se debe a una práctica de clasificación homogénea que permite excluir del ámbito de referencia a todos aquellos objetos que no cuentan, en nuestra comunidad lingüística, como órgano colegiado del Estado.

#### 4.2. Sobre la aplicabilidad de las normas

Uno de los desafíos importantes para una teoría de la interpretación es distinguir claramente entre la identificación y la modificación del significado de las formulaciones normativas. Esta distinción es imprescindible para comprender la diferencia entre crear y aplicar normas o entre decidir de

---

19 Por ejemplo, restringiendo o ampliando el significado ordinario de ciertos términos, como ocurre en el código penal argentino al definir “violencia”, incluyendo en su referencia al uso de medios hipnóticos y narcóticos.

manera discrecional y justificar una decisión en una norma preexistente. A su vez, en la teoría jurídica tradicional se atribuye a las normas jurídicas una “fuerza institucional” concluyente, es decir, una suerte de respuesta decisiva a la pregunta práctica acerca de lo que se debe hacer. Si un individuo pregunta si puede aparcar su automóvil en cierta calle, una buena respuesta podría ser: “No, hay una norma que prohíbe aparcar en esta calle”. De este modo, *porque* hay una norma que regula esa situación decimos que se deben ejecutar ciertas acciones. La otra cara de la moneda, en la teoría jurídica, es señalar que, si la norma no se aplica a una determinada situación, entonces ella no contribuye en nada a la solución de un determinado caso.

No pretendo señalar que estas ideas estén equivocadas, sino más bien refinar nuestra percepción de los fenómenos involucrados en estas situaciones. En particular, creo que es importante distinguir entre dos preguntas diferentes: (i) ¿la norma N regula el caso c? y (ii) ¿debe la norma N ser aplicada al caso c? La primera es una pregunta acerca del *alcance* de la norma y la segunda es una pregunta acerca de su *fuerza* institucional. Esta distinción, con frecuencia, queda oculta por la ambigüedad de la expresión “aplicabilidad de las normas”. Por tanto, si la interpretación se dirige a determinar si una norma es aplicable a un caso c, esta tarea puede dirigirse tanto a la cuestión de si el caso c está regulado por cierta norma N y también a la cuestión de si se debe aplicar N para resolver c.

Creo que esta distinción —que denominamos con Moreso “aplicabilidad interna y aplicabilidad externa de las normas”— (Navarro y Moreso, 1997, pp. 201-219) es valiosa ya que, con frecuencia, para evitar los compromisos prácticos que surgen de atribuir a una norma una fuerza concluyente, nuestros esfuerzos se dirigen a modificar su alcance. En este sentido, usualmente, cuando no estamos dispuestos a utilizar una cierta norma N para resolver un cierto caso c, decimos que si interpretamos correctamente el derecho veríamos que, en verdad, N no regula a c. En otras palabras, si no se distingue claramente entre las propiedades del alcance y fuerza de las normas es tentador pensar que las dificultades interpretativas acerca de una de ellas (e.g., la fuerza) se proyecta automáticamente sobre los problemas relativos a la otra propiedad (e.g., el alcance).

En la sección III de su trabajo, Marcela se despreocupa de los problemas de la fuerza institucional y se concentra sólo en los problemas relativos al alcance. Por esta razón, a continuación, me centraré en sus comentarios acerca del alcance de las normas generales y en las conexiones de este tema con el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. En el caso del alcance de las normas generales, la pregunta central es qué conecta a las normas con los casos genéricos que ella regula. En el modelo tradicional, la respuesta depende de dos cosas: por una parte, de las correlaciones que expresamente determina una autoridad entre ciertas propiedades y soluciones normativas y, por otra parte, de las consecuencias lógicas de una cierta norma.

Las normas generales correlacionan la presencia o ausencia de ciertas propiedades (casos) con una determinada solución normativa. La combinación de todas las propiedades tenidas en cuenta por el legislador forma el universo de propiedades de un cierto problema normativo. Así, recordando el clásico ejemplo de Alchourrón y Bulygin, supongamos que las normas relevantes para determinar la calificación de una acción R fuesen:

N1: OR/  $\sim$ BFE; N2: OR/  $\sim$ BFA; N3: OR/  $\sim$ TO; N4: FR/ BFE & BFA & TO

El universo de propiedades en este ejemplo está formado por tres propiedades lógicamente independientes (BFE; BFA; y TO) y la combinación de la presencia o ausencia de cada una de ellas determina ocho casos posibles (Universo de Casos Elementales, UCE). Ahora bien, mientras la norma 4 soluciona expresamente sólo un único caso de ese UCE (i.e., el caso en que las tres propiedades están presentes), las otras tres normas solucionan cuatro situaciones o casos elementales.

Esa diferencia es la que se refleja en la distinción propuesta por Alchourrón y Bulygin entre normas generales simples y complejas. Según estos autores, las normas generales simples, en el sentido que aquí nos interesa, establecen una solución normativa para un caso genérico que es definido por una combinación de todas las propiedades que el legislador ha considerado relevantes para la solución de un problema normativo. Por el contrario, las normas complejas son las que resuelven un caso complejo, i.e., solucianan



todos los casos elementales incluidos en ese caso complejo. De allí se sigue que las normas complejas sólo mencionan expresamente a *alguna* de esas propiedades que definen el universo de propiedades.

En el caso de una norma simple, su alcance abarca a todos los casos elementales expresamente mencionados por el legislador. Pero ¿qué ocurre en el caso de las normas complejas?, ¿cuál es el alcance de una norma que sólo menciona algunas de las propiedades relevantes? Estas son las preguntas que he introducido y analizado en ese capítulo. Como he señalado anteriormente, para Alchourrón y Bulygin, uno de los sentidos importantes de “interpretación” es la operación de extraer las consecuencias lógicas de una cierta base normativa. Dado que la solución de los casos complejos depende de las consecuencias que se siguen de las normas expresamente formuladas, el contenido conceptual de un sistema normativo (la regulación de los casos de un cierto universo de casos) sólo pueden ser conocidos *después* de la intervención interpretativa, entendida esa expresión como el resultado de desplegar las consecuencias lógicas. Pero, en este sentido de “interpretación” no hay decisión interpretativa creadora ya que una vez que se ha determinado la base normativa, esas consecuencias dependen únicamente de las reglas de inferencia adoptadas. Pese a ello, hay otra manera de argumentar acerca de la inevitabilidad de la interpretación, que subraya que la conexión entre normas generales y casos complejos es decidida por el intérprete. En esta dimensión del problema, el desafío interpretativo se presenta en dos variantes diferentes que, por razones de simplicidad, denominaré “dogmática” y “lógica”. La variante dogmática es la que señala que corresponde a la dogmática jurídica el papel de intermediario necesario entre lo que dice expresamente el legislador y los casos que las normas regulan para evitar el formalismo que supondría asumir que todas las infinitas propiedades que no ha considerado la autoridad son irrelevantes para la justificación jurídica. Por otra parte, la variante lógica impugna el uso de las reglas lógicas usuales como manera de evitar la aplicación de reglas clásicas (e.g., las que validan el refuerzo del antecedente) cuyo resultado permite descartar la relevancia de propiedades que no se han considerado expresamente (siempre que el sistema mantenga la coherencia en universos más finos). En ambos casos, en mi opinión, nos enfrentamos al mismo problema: el intérprete no está de acuerdo con la solución que se desprende de la base normativa y, dado que se asume que la fuerza de una

norma es concluyente, no encuentra mejor salida al problema que asumir una brecha interpretativa entre lo que la autoridad considera expresamente y sus consecuencias (variante dogmática), o bien modificar las reglas de inferencia para bloquear las consecuencias indeseables (variante lógica). La respuesta en el modelo clásico es que ambos procedimientos —revisión interpretativa y lógicas derrotables— producen consecuencias equivalentes y que una clara separación entre aquello que se sigue de lo que dice la autoridad y nuestra valoración (positiva o negativa) de esas consecuencias es un requisito indispensable para modificar racionalmente el derecho.

Finalmente, quisiera cerrar este comentario con dos observaciones. Por una parte, como he señalado, mi principal preocupación en esta dimensión del análisis de TI es el modo en que los dogmáticos y los lógicos que trabajan sobre condicionales derrotables abordan la conexión entre normas y casos complejos. En especial, tengo la impresión de que la dogmática jurídica reformula de manera constante el mensaje legislativo, cubriendo sus actividades con el rótulo de la “interpretación”, que ellos reivindican como necesaria para determinar el contenido del derecho. En este caso, el desafío se dirige a las correlaciones entre casos genéricos (elementales y complejos), más que a la aplicación judicial del derecho. Por ello, la respuesta de Marcela, señalando correctamente que el juez y el legislador no están en el mismo plano y que, por tanto, sus decisiones tienen diferente alcance, no despejan el problema central.

Por otra parte, Marcela destaca correctamente en su análisis que importantes teóricos de la interpretación no están preocupados por este problema y que, por ejemplo, Guastini, está preocupado por los problemas del paso de las fuentes a las normas y de los problemas de ambigüedad que acechan a los intérpretes en esta tarea. Así, recuerda la diferencia entre interpretación en abstracto y en concreto, o entre ambigüedad y vaguedad.

No tengo dudas acerca de la importancia de estos temas, pero ellos, en gran medida, han sido abordados en el apartado anterior, en la discusión acerca de la identificación de las normas y no es preciso repetir aquí esos argumentos.

## V. CONCLUSIONES

Es un raro privilegio poder debatir sobre la propia producción intelectual con colegas de la academia, pero es aún un honor mayor tener la oportunidad de debatir, como en este caso, con buenos compañeros y amigos. En su refutación de la idea platónica del bien, Aristóteles señalaba que es preciso poner la verdad por delante de la amistad. Pero, dado que siempre he dudado de mis recursos epistémicos para alcanzar conocimiento alguno, antes que perseguir —tal vez vanamente— la verdad, prefiero agradecer y celebrar con mis amigos cada vez que haya una oportunidad de reunirse. En este sentido, sólo tengo palabras de gratitud para Alejandra, Alejandro y Marcela, por los buenos momentos de reflexión y creatividad que ellos me han proporcionado con su aliento y sus críticas. Finalmente, quisiera expresar mi especial reconocimiento a Sebastián Agüero, por su capacidad para realizar el debate en los complicados momentos de los confinamientos y su gestión para la posterior publicación.

## BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulgyin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer Verlag.

Alchourrón, C. E. (1982). Normative Order and Derogation. En A. A. Martino (Ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and legal Information Systems*, Vol. II, 51-63. Nort-Holland P C.

Alchourrón, C. E. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons.

Alchourrón, C. E. y Bulgyin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.

Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*. Hart Publishing.

Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, P., Rodríguez, J., Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons.

Bayón, J. C. (2009). Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En Bulygin *et al.*, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, (pp. 27-74). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Bulygin, E. (1991). Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (9), 311–318. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.16>

Bulygin, E. (1994). On Legal Interpretation. En H. Koch, Hans *et al.* (Eds.), *Legal System and Practical Reason*, (pp. 11-22). Beinheft.

Bulygin, E. (1999). True or False Statements in Normative Discourse. En R. Egidi (Ed.), *In Search of New Humanism*, (p. 187). Springer.

Bulygin, E. (Ed.) (2019). *El libro de los permisos*. Marcial Pons.

Bulygin, E. (2021). Sobre la regla de reconocimiento. En C. E. Alchourrón y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (2ª ed., pp. 409-416). Trotta.

Bulygin, E. (2021). Teoría y técnica de legislación. En C. E. Alchourrón y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (2ª ed., pp. 415-416). Trotta.

Caracciolo, R. (Ed.) (1994). El concepto de laguna: ¿prescripción o descripción? En *La noción de sistema en el derecho* (pp. 27-36). Fontamara.

Caracciolo, R. (2009). *El derecho desde la filosofía*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Caracciolo, R. (2018). ¿Existe la constitución? En J. Cerdio, J. P. Larrañaga y P. Salazar (Eds.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez* (Tomo I, pp. 61-83). UNAM.

Guastini, R. (2005). A Sceptical View on Legal Interpretation. *Analisi e Diritto*, 139-144.

Guastini, R. (2015). A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, (27), 45-54. <https://doi.org/10.4000/revus.3463>

Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (2ª ed., p. 6). Oxford University Press.

Kripke, S. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Harvard University Press.

Mazzarese, T. (1999). Norm Proposition: A Tentative Defense of a Sceptical View. En R., Egidi (Eds.), *In Search of New Humanism* (pp. 192-204). Springer.

Navarro, P. E. y Moreso, J. J. (2005). Effectiveness and Applicability of Legal Norms. *Law and Philosophy*, (16), 201-219.

Navarro, P. E. y Rodríguez, J. L. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomia*, (13), 81-84. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182000000200061](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000200061)

Navarro, P. (2022). *Sistemas normativos y lagunas del derecho*. Marcial Pons.

Ratti, G. B. (2018). Tres *addenda* a sistemas normativos. *Doxa, Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (41), 86-93. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.05>

Raz, J. (1979). Legal Reasons, Sources and Gaps. En *The Authority of Law* (p. 54). Oxford University Press.

Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms* (2ª ed., pp. 85 y ss.). University Press.

Rodríguez, J. L. (2002) *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicciones y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Manero, J. (1990). Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En F. Atria, E., Bulygin, J. J., Moreso, P. Navarro, J., Rodríguez y J., Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp.103-126). Marcial Pons.

Ruiz Manero, J. (1991). Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales: respuesta a Eugenio Bulygin. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (9), 281–293. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.14>

Soeteman, A. (1997). On Legal Gaps. En E. Garzón Valdés, Ernesto *et al.* (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin* (pp. 326-327). Duncker & Humblot.