

ANUARIO FILOSOFÍA JURÍDICA y SOCIAL

Nº39

Primer semestre 2023



SOCIEDAD CHILENA DE
FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

Es muy grato para nosotros presentar un nuevo número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y, junto con ello, una nueva discusión que surge del seminario “Escritores abogan por sus libros”, siendo ésta la quinta entrega en torno a esta instancia de debate que busca generar conversaciones sobre libros publicados en el mundo de habla hispana entre sus autores e investigadoras e investigadores jóvenes y consagrados.

En esta oportunidad, presentamos un volumen que surge del seminario celebrado online y organizado por las facultades de derecho de la Universidad Austral de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez el 5 de agosto de 2021, y que fue consagrado a la discusión del libro de Pablo Navarro *Sistemas normativos y lagunas en el derecho* (Marcial Pons, 2022). El seminario se desarrolló unos meses antes de la publicación del libro y permitió ver el tipo de impacto que éste puede generar en la comunidad filosófico-jurídica.

En la obra, Pablo Navarro analiza cómo dos modelos presentes en la filosofía del derecho de las últimas décadas (uno clásico desarrollado por Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y sus discípulos, y otro alternativo, en el que se identifica a autores como Fernando Atria, Juan Ruiz Manero y Juan Carlos Bayón) dan cuenta de la forma en que el derecho, comprendido como sistema normativo, hace frente a cuestiones fundamentales como la existencia de lagunas, el rol de normas permisivas y la forma en que deben comportarse los jueces, entre otras. Ante dicho texto, tres autores realizan comentarios a capítulos específicos y éstos reciben respuesta por parte de su autor. El número lo cierra un colofón escrito por José Juan Moreso.

En el primero de los tres comentarios, Alejandra Olave (Universidad de Buenos Aires), partiendo de algunos argumentos del capítulo VII del libro de Navarro, introduce una estructura de análisis inspirada en la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales propuesta por Hohfeld para discutir la idea de caso irrelevante en el contexto de debate sobre lagunas jurídicas. Más específicamente, adhiriendo a la distinción entre conceptos jurídicos primarios y secundarios, propone hacer otra entre dos planos de discurso: uno que comprende a los ordenamientos jurídicos desde una

perspectiva político-institucional, y que permite fijar ciertos límites de estos ordenamientos, y otro que, luego de adoptar los compromisos del primer discurso, permite identificar un microsistema de normas que se aplicaría (o no) al caso en cuestión y, con ello, se determinaría su relevancia para el derecho. Indica que esta distinción muestra ciertos problemas que tendría el modelo clásico en cuanto a sus compromisos con la distinción entre lo valorativo y a-valorativo de una teoría del derecho.

En el segundo comentario, Alejandro Calzetta (Universidad Alberto Hurtado) analiza el capítulo III del libro con la intención de complementar algunas de las tesis defendidas por Navarro. En esta línea, Calzetta propone profundizar en la forma en que se analizan los permisos por parte de Navarro y, con ello, analizar algunas consecuencias que de ello se derivarían. Así, propone distinguir entre normas permisivas maximales y normas permisivas minimales considerando el rol de dichas normas en la configuración de competencias dentro de ordenamientos jurídicos. A su vez, propone tener presente la distinción entre facultades y permisos para complejizar el análisis y distinguir entre grados de intensidad en el bloqueo de competencias dentro de sistemas jerárquicamente estratificados.

El último comentario, a cargo de Marcela Chahuán (Universidad de Chile), se centra en las críticas que realiza Pablo Navarro a la tesis de la inevitabilidad de la interpretación en el capítulo IV de su libro. Más específicamente, Chahuán propone que las distinciones a las que recurre Navarro para criticar dicha tesis pueden ser aceptadas por quienes la sostienen, en especial aquellos denominados escépticos. De ser así, la crítica perdería fuerza y, con ello, por una parte, podría argumentarse que la tesis de la inevitabilidad no descansa sobre los errores conceptuales que Navarro parece achacarle y, por otra parte, las distancias entre las ideas de Navarro y la de los escépticos no serían tales.

En el cuarto texto que sigue a esta presentación, Pablo Navarro responde profunda y detalladamente a cada uno de los comentaristas. Además de ello, revisa la distinción entre el modelo clásico y el modelo alternativo, indicando

que este último se caracteriza por incorporar una dimensión justificatoria ausente en el primero y, a su vez, rescatando las virtudes analíticas de la visión clásica.

Por último, José Juan Moreso, ofrece una lectura del debate que enriquece el panorama en que este se da. Por una parte, presenta datos biográficos de la obra de Navarro, los que se complementan magníficamente con un análisis de los presupuestos que se pueden identificar en los debates que conforman el volumen, por otra.

Queremos manifestar nuestra profunda gratitud a todas las personas que contribuyeron con la quinta edición del seminario “Escritores abogan por sus libros”, en especial considerando que se realizó durante un período lleno de incertidumbre, en el cual estábamos saliendo de la pandemia con todo lo que ello significa.

La generosidad de las y los autores, así como de quienes fueron parte del seminario online, tanto organizándolo como participando, han sido imprescindibles para que esta actividad se pudiera llevar a cabo y, hoy en día, siga en pie.

Por último, quisiéramos manifestar nuestro agradecimiento a quienes llevan adelante el Anuario de Filosofía Jurídica y Social, por su apoyo a esta iniciativa e incansable trabajo.

Sebastián Agüero-SanJuan (Universidad Austral de Chile)

Sebastián Figueroa Rubio (Universidad Autónoma de Madrid)

ANUARIO

Nº39 · 2023

**Los casos irrelevantes
como problema externo
al derecho**

Páginas 7-33

LOS CASOS IRRELEVANTES COMO PROBLEMA EXTERNO AL DERECHO^{1*}

Alejandra Olave A.

Facultad de Derecho, Universidad
de Buenos Aires

aolavealbertini@derecho.uba.ar

RESUMEN

Se analiza la propuesta de Pablo Navarro, referida a la distinción entre casos irrelevantes y lagunas normativas, en particular con respecto al debate acerca de la discrecionalidad del órgano aplicador de derecho al conocer de un asunto que pertenecería a la primera clase de casos.

PALABRAS CLAVE

casos irrelevantes, privilegios,
poderes, normas primarias,
normas secundarias, Hohfeld

¹ * Agradezco a Sebastián Agüero y Sebastián Figueroa por la invitación que me hicieron llegar para participar de seminario de discusión llevado a cabo en agosto de 2021. Agradezco igualmente a Pablo Navarro por sus generosos comentarios a este trabajo que, sin duda, han contribuido a mejorarlo.

IRRELEVANT CASES AS AN EXTERNAL PROBLEM TO LAW

ABSTRACT

We analyze Pablo Navarro's proposal concerning the distinction between irrelevant cases and legal gaps, specifically focused on the debate referred to judicial discretion when deciding on a matter that belongs to the first class of cases.

KEYWORDS

irrelevant cases, privileges,
powers, primary rules,
secondary rules, Hohfeld

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo del libro *Sistemas normativos y lagunas en el derecho* (2022) titulado “Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes”, Pablo Navarro analiza las categorías de lagunas y casos irrelevantes a partir del postulado de que los sistemas jurídicos modernos dejan un “espacio libre” de derecho, espacio al que pertenecen aquellas conductas que pueden ser caracterizadas como “socialmente irrelevantes”, defendiendo que sería posible distinguir entre ambas sin apelar a criterios valorativos. Así, mientras las primeras se corresponderían con casos no-regulados que la autoridad legislativa *pretendía* regular, los últimos son casos no-regulados que la autoridad legislativa *no pretendía* regular. Esta distinción ha sido uno de los focos de debate entre teóricos del derecho, debate que permite reconocer — con sus debidos matices— dos principales posturas antagónicas. Por una parte, aquella adoptada por Navarro a partir del modelo desarrollado por Alchourrón y Bulygin (2015) y obras posteriores, que afirma que es posible diferenciar entre una y otra categoría sin que sea necesario utilizar criterios evaluativos; por la otra, la postura defendida, entre otros, por Ruiz Manero, y analizada críticamente por Navarro, consistente en afirmar que no sería posible distinguir entre lagunas normativas y casos irrelevantes sin acuñar criterios valorativos (Atria, Bulygin *et al.*, 2005, pp.103-126).

Navarro comienza reseñando las posturas de Honoré y Kelsen de acuerdo con las cuales los sistemas jurídicos serían siempre completos, deteniéndose en los cambios en la doctrina de este último autor, motivados principalmente por las críticas que recibió su postulación de que todo sistema jurídico sería un sistema cerrado porque todo aquello que no está prohibido, estaría permitido.² Negando la completitud de los sistemas jurídicos, Navarro concluye que

las acciones que no están positivamente reguladas (es decir, aquellas que el derecho permitiría negativamente) son prácticamente innumerables y su relevancia jurídica depende de factores heterogéneos. Por esa razón, sería mejor rechazar que el derecho regula aquellas conductas que simplemente no ha

2 Véase nota 9.

prohibido y elaborar una tipología más fina de los casos que el derecho no regula. (Navarro, 2022,p. 146)

La tipología consiste, justamente, en la distinción entre lagunas normativas y casos irrelevantes. Y si bien Navarro adopta una concepción objetiva de las lagunas normativas (cuya nota distintiva sería que es posible reconocerlas sin la necesidad de adoptar criterios valorativos), similar a la defendida por Alchourrón y Bulygin, se aleja de ambos autores al no aceptar que, respecto de *todos* los casos que no se encuentran regulados por el sistema jurídico (tanto lagunas normativas como casos irrelevantes), el órgano aplicador de derecho tendría discreción para resolverlos en el caso de llegar a conocer de ellos. Esto, pues favorece la respuesta dada por quienes defienden la concepción evaluativa de las lagunas normativas para los casos irrelevantes: lo que corresponde hacer al órgano aplicador, en caso de conocer de un conflicto referido a un caso irrelevante, es rechazar la demanda.

El presente comentario se centrará en este último punto y la respuesta favorecida por Navarro, que parece ser más cercana a las intuiciones generales referidas a los sistemas jurídicos modernos. Para ello, se analizará la categoría de casos irrelevantes a partir de la tipología de posiciones jurídicas elaborada por Hohfeld enfocándose, en la primera parte, en la posición de “privilegio” (o “libertad”) como aquella detentada por las personas cuya conducta se encuentra en aquel “espacio libre de derecho”. La segunda parte estará dedicada a examinar —a partir de las posiciones jurídicas hohfeldianas de segundo orden— la intuición favorable a que lo que corresponde hacer al órgano aplicador que llegara a conocer de un conflicto —referido a sendas posiciones de privilegio y no-derecho detentadas por las partes—, es rechazar la demanda. En este punto se defenderá que la discusión al respecto ha errado el punto al no distinguir suficientemente entre posiciones de primer orden (cuya concurrencia depende de reglas primarias o “regulativas”) y de segundo orden (dependientes de reglas secundarias o “constitutivas”). Semejante reconstrucción del problema permitirá aclarar qué se sigue de la conclusión —correcta, a mi parecer— de que la cuestión acerca de los “casos irrelevantes” es una externa al sistema jurídico, a partir de la distinción entre dos conceptos de sistema normativo. En tanto clase

nominal, cuyo contenido es determinado de forma puramente negativa, la determinación de un catálogo de casos que caerían bajo la categoría de “casos irrelevantes” es una tarea que carece de significación.

Así, el que el debate sobre qué ha de hacer un juez que conoce de un “caso irrelevante” haya girado en torno a la caracterización de la función judicial muestra cómo el interés está puesto en la pregunta acerca de la mejor reconstrucción del diseño político-institucional de los sistemas jurídicos. La categoría de lagunas normativas, por su parte, es una que cobra relevancia (nuevamente estando acá de acuerdo con Navarro) como un verdadero problema de aplicación del derecho, interno al sistema jurídico.

1. Casos irrelevantes como privilegios bilaterales débiles

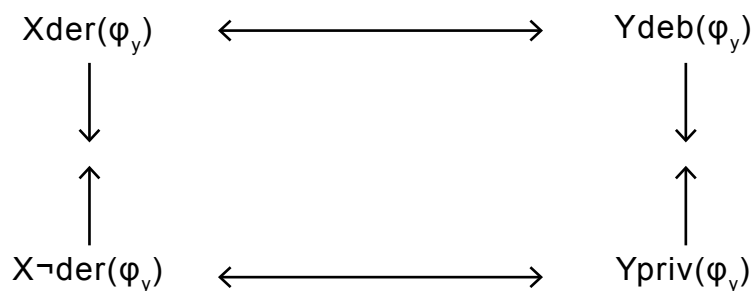
La primera dificultad evidente con la que se enfrenta un análisis de aquellas conductas que se encuentran fuera del ámbito de alcance del sistema jurídico, está en el hecho de que la única forma de identificar conductas jurídicamente irrelevantes es determinando el catálogo de conductas relevantes.³ Si bien se volverá sobre las implicancias de esto más adelante, por ahora se analizará un caso mencionado por Navarro y originalmente planteado por Atria en el libro *Lagunas en el derecho* (Atria *et al.*, 2005, p. 17). Se trata de cónyuges que desean pasar las vacaciones juntos, mas cada uno desea pasarla en un lugar distinto, teniendo ambos la pretensión de que el otro se pliegue a su voluntad y vaya a vacacionar al lugar de preferencia propia. A lo anterior se añade la aclaración de que se trata de un caso que se encuentra fuera del ámbito de regulación del sistema jurídico en cuestión (el ordenamiento jurídico escocés, en el ejemplo). La intuición que explora Atria al plantear este caso es aquella que considera que, dentro del sistema jurídico, cada sujeto *puede* elegir vacacionar donde le plazca sin poder forzar a otros a que se sometan a su voluntad de vacacionar en el lugar elegido por el primero. Más aún, de existir un conflicto de intereses tal y como sucede en el caso de la pareja, y de llegar ese conflicto al conocimiento de un tribunal (porque uno de ellos demanda al otro bajo la

3 *Infra*, sección 3.

pretensión de que se declare el deber de este último de vacacionar donde elija el primero), lo que corresponde hacer al tribunal es rechazar la demanda (Atria *et al.*, 2005, pp. 21, 51 y 124).

Ahora bien, nótese que del hecho de que cada uno pueda decidir dónde vacacionar no se sigue necesariamente que cada uno detente un derecho a tomar dicha decisión. Pues tal y como lo hiciera notar Westley Newcomb Hohfeld en sendas contribuciones, el concepto de “derecho”, tal y como suele ser utilizado por juristas para referirse a posiciones jurídicas detentadas por titulares, adolece de ambigüedad. En su análisis de los diversos sentidos dados por parte de los operadores jurídicos a dicho término, Hohfeld formula ocho conceptos jurídicos básicos ordenados en dos grupos de cuatro conceptos cada uno; cada grupo ordenado en pares de conceptos según sus relaciones de equivalencia (“correlativos”) y contradicción (“opuestos”) (Hurd y Moore, 2018, pp. 304-305). Cada uno de los conceptos del esquema hohfeldiano da cuenta de una posición jurídica detentada por un titular relacionada con un contenido determinado, posición cuya negación implica la afirmación de que el mismo titular detenta la posición opuesta. Por ejemplo, y utilizando el primer grupo de conceptos, si X tiene un derecho (der) a que Y ejecute la conducta ϕ (ϕ_y), entonces la negación de que X detenta esa posición sería que X tiene un no-derecho ($\neg$ der) a que Y ejecute ϕ . A su vez, la posición de derecho detentada por X resulta equivalente a una posición de deber (deb) correlativa detentada por Y. La posición de no-derecho de X, por último, tiene como correlativa la posición de privilegio (priv) de Y.

Entendidas así, las relaciones entre cada una de las primeras cuatro posiciones se pueden esquematizar de la siguiente forma:



Destáquese que, en el primer grupo de posiciones analizadas por Hohfeld, el contenido que las complementa se corresponde con una conducta (Orunesu

y Rodríguez, 2018, pp. 6; Hohfeld, 1919, pp. 30 y ss.).⁴ De esto se sigue que la clase de reglas dentro del sistema jurídico, que determinan que un sujeto detente alguna de dichas posiciones, se corresponde con la clase de “reglas regulativas” en el sentido de reglas que modulan deónticamente una clase de conducta cuya estructura, siguiendo a Vilajosana, sería la de un supuesto de hecho correlacionado con una calificación normativa (Vilajosana, 2010, pp. 23-24).⁵ En este sentido, la afirmación de que bajo el ordenamiento jurídico α , Y tiene un deber de ejecutar A respecto de X implica afirmar que existe una regla regulativa cuyo supuesto de hecho describe un caso genérico que se ve ejemplificado por las circunstancias específicas en las que se encuentra Y (caso específico) tal que le está requerido ejecutar A respecto de X.

Un ejemplo se encuentra en el artículo 224 del Código Civil chileno, que establece el mandato de otorgar cuidado personal al hijo para ambos padres o para el padre o la madre sobreviviente. De dicho mandato se siguen sendos deberes para los padres, de otorgar cuidado personal, y sendos derechos del hijo, de que cada uno le otorgue cuidado personal.⁶ Ahora bien, resulta importante anotar que la clase de reglas regulativas que fundamentan la existencia de un deber (y su derecho correlativo) son sólo aquellas cuyo operador deóntico sea obligatorio (requerido) o prohibido. Ello, porque las reglas permisivas no tienen incidencia autónoma en las conductas de los sujetos,⁷ pues “frente a un permiso, el destinatario de las normas no encuentra diferencias en sus restricciones normativas (o en sus razones para actuar)” (Navarro, 2011, p. 111), lo que significa que no es

4 Si bien en la terminología de “Sistemas normativos” que Navarro hace suya el término que correspondería usar sería el de “acción” genérica (Alchourrón y Bulygin, 2015, pp. 57-58), se ha optado por utilizar el término “conducta”, que resulta más amplio pues comprende tanto acciones como actividades. Acerca de la distinción véase Von Wright (1963, p. 41).

5 En términos del modelo desarrollado en *Sistemas normativos...*, se trata de la correlación de “casos genéricos” con “soluciones normativas” (Alchourrón y Bulygin, 2015, pp. 65-67).

6 Si bien el ejemplo paradigmático de reglas regulativas pareciera ser el conjunto de normas de comportamiento a las que refieren las normas de sanción penal, con el ejemplo propuesto se busca evitar entrar en el debate acerca de quién sería el titular del derecho correlativo al deber de ejecutar u omitir las conductas requeridas o prohibidas por la primera clase de normas. Una crítica a la concepción de que las normas de comportamiento fundamentarían relaciones jurídicas entre particulares (estableciendo deberes para sus destinatarios y derechos correlativos para las eventuales víctimas) se encuentra en Mañalich (2014, pp. 500 y ss.), quien afirma que el derecho correlativo al deber de los destinatarios de la norma de comportamiento quedaría radicado en el Estado, en tanto es con respecto a éste que el destinatario de la norma queda vinculado.

7 Esto no implica favorecer una tesis acerca de la falta de autonomía de las normas permisivas entendida como la afirmación de que todo lo que puede lograrse a través de normas permisivas puede hacerse a través de normas de requerimiento o prohibición. Al respecto Navarro (2011, pp. 114-117).

posible fundamentar deberes de conducta a partir de (únicamente) reglas permisivas (y, por ello, en tanto posición correlativa a la posición de deber, tampoco son susceptibles de fundamentar derechos).

Las posiciones fundamentadas por normas permisivas se corresponden con el segundo par de posiciones correlativas pertenecientes al primer grupo, a saber, las de privilegio y no-derecho. Mas, como lo hicieran notar Alchourrón y Bulygin (2015, pp. 171-174), en el plano de las proposiciones normativas, la expresión “permitido” es ambigua, pues puede estar refiriéndose a una permisión fuerte —entendida como una norma perteneciente al sistema jurídico que permite la conducta en cuestión— o a una permisión débil —entendiéndose como la ausencia en el sistema jurídico de una norma que prohíba la conducta en cuestión— (Rodríguez, 1999, p. 351).⁸

Así, y de acuerdo con lo propuesto por Orunesu y Rodríguez (2018, pp. 15-16, utilizando el concepto de “libertad” para la posición jurídica acá denominada “privilegio”), existen cuatro posibles nociones de la posición de privilegio en la que se puede encontrar un sujeto: según si al sistema jurídico pertenecen sendas permisiones fuertes para la ejecución y omisión de una conducta (privilegio bilateral positivo), sendas permisiones débiles para la ejecución y omisión de una conducta (privilegio bilateral negativo), una permisión fuerte para la ejecución de una conducta (privilegio unilateral positivo) o una permisión débil referida a la ejecución de una conducta (privilegio unilateral negativo). Lo anterior se expresa en la siguiente tabla, en la que Pf expresa permisión fuerte, Pd expresa permisión débil y φ expresa la conducta:

8 En este punto, la propuesta acá planteada se separa de Navarro (2022, pp. 152-153) en el sentido de que el rango de significación de la expresión “débilmente permitido” se extiende también a conductas que se encuentran fuera de la esfera normativa. Si bien, efectivamente, al tratarse de contextos discursivos diferentes (uno externo al sistema jurídico y el otro interno al sistema jurídico), la proposición normativa “ φ se encuentra débilmente permitido”, en tanto afirmación de que no pertenece al sistema norma alguna que prohíba φ predicada sin distinguir tanto de conductas irrelevantes como de conductas relevantes no-prohibidas por el sistema jurídico, pareciera difuminar la distinción, se seguirá utilizando el concepto de permisión débil por ahora pues facilita el análisis a partir de posiciones hohfeldianas primarias. Como se verá más abajo (*infra*, III.), el que referirse a un estatus normativo de conductas no reguladas (como débilmente “permitidas”) parezca “una violación de los límites del lenguaje normativo” (Atria *et al.*, 2005, p. 118) es el resultado de una confusión de los planos de la discusión referida a los límites del derecho con aquella referida a un problema jurídico determinado que se pretenda resolver.

Privilegio	Unilateral	Bilateral
Positivo	$Pf \varphi$ – Caso A	$Pf \varphi \wedge Pf \neg \varphi$ – Caso B
Negativo	$Pd \varphi$ – Caso C	$Pd \varphi \wedge Pd \neg \varphi$ – Caso D

En los casos A y B, el sistema jurídico contiene permisiones fuertes.⁹ En el caso A, sólo una norma que permite una conducta pertenece al sistema jurídico, en el caso B, sendas normas que permiten, tanto una conducta como su omisión, pertenecen al sistema jurídico. Considerando la incapacidad de las normas permisivas para fungir autónomamente como razón para la acción (Atienza y Ruiz Manero, 2016, p. 115-119), cabría preguntarse qué sentido tiene la incorporación de semejantes normas al sistema jurídico. Una opción es la propuesta por Mañalich (2014, p. 489-492), quien afirma que las normas permisivas tendrían una función excluyente propia de su dependencia pragmática de normas prohibitivas, que sería “privar de pertinencia a una o más normas de prohibición en tanto razones para la omisión de acciones de cierta clase”. Por ejemplo, la regulación de la legítima defensa como causa de justificación, en tanto norma permisiva, limita el ámbito de aplicación de normas prohibitivas para casos en los que una conducta sea subsumible bajo la descripción del tipo de acción contenida en alguna de estas últimas y en la descripción del tipo de acción contenida en la primera. Ya que, en ese caso, la o las normas permisivas funcionan como excepción para la aplicación de normas prohibitivas, no se estaría acá ante casos de irrelevancia normativa (pues la conducta se encuentra, por regla general, prohibida por el sistema jurídico).

Una segunda opción sería entender la incorporación de una norma permisiva como una forma de clausura del sistema de reglas regulativas. Ahora bien, las reglas de clausura operan como reglas de segundo orden que se pueden emplear “solo una vez que se han identificado casos que carecen de solución en el sistema normativo” (Navarro, 2011, p. 115), siendo su función, precisamente, la de clausurar el sistema dando solución a todos aquellos casos que carecen de solución. En ese sentido, no contendrían la descripción de una conducta genérica, sino que referirían a todas aquellas conductas genéricas que *no* se encuentren requeridas o prohibidas por

9 Nótese que se está hablando acá en el plano de las proposiciones normativas y no de normas. Acerca de la distinción y, particularmente la distinta pretensión de cada discurso, véase Rodríguez (2015, pp. 12-14).

otras normas pertenecientes al sistema. Precisamente, en tanto reglas que clausuran el sistema jurídico, si este cuenta con una regla semejante no habrá casos irrelevantes (como tampoco lagunas normativas).¹⁰

Por cierto, no puede descartarse la posibilidad de que el sistema en cuestión cuente con una o sendas reglas permisivas que no tengan función excluyente ni operen como reglas de clausura. Se trataría de un caso pragmáticamente anómalo, en el que el sistema jurídico simplemente contendría una o sendas permisiones de ejecutar y omitir ϕ .¹¹ Esta anomalía pragmática, sumada a la consideración (igualmente pragmática) de que el legislador se “tomó la molestia” de mencionar ϕ , a pesar de haberlo hecho en una norma que no provee de razón alguna para su ejecución u omisión, tanto A como B se descartarán como hipótesis de “casos irrelevantes”.¹²

En cuanto a los casos C y D, véase que para poder distinguir entre ellos será necesario que la omisión de ϕ se encuentre prohibida por el sistema jurídico en cuestión ($Pd \phi \wedge Ph \neg \phi$) o que la omisión de ϕ esté expresamente permitida ($Pd \phi \wedge Pf \neg \phi$). Este último caso resultaría similar al caso A, donde la permisión fuerte no tuviera una función excluyente de normas prohibitivas ni hiciera las veces de regla de clausura (con la diferencia de que el legislador en este caso se “tomó la molestia” de mencionar la omisión de ϕ en lugar de su ejecución), por lo que se descartará igualmente.¹³

10 Caso en el que el sistema en cuestión sería completo. Entre aquellos que defienden la completitud de los sistemas normativos están Kelsen y Raz. Respecto del primero y críticamente véase Alchourrón y Bulygin (2015, pp. 184-190). Raz, por su parte, plantea una idea que podría llegar a interpretarse como similar a la de Kelsen (1979, pp. 70-72). Para un análisis de dos posibles interpretaciones del postulado de Raz, véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 162-166) quienes critican —en concordancia con lo que fuera una de las más relevantes críticas presentadas por Alchourrón y Bulygin a Kelsen— a Raz por confundir los conceptos de norma y proposición normativa.

11 Su irrelevancia pragmática habla a favor de evitar la interpretación de disposiciones que lleguen a la conclusión de que se está ante una o más normas permisivas cuya función no sería más que nominal, en la medida en que exista un compromiso con la máxima de la interpretación útil.

12 Lo peculiar que resulta que el legislador se tome dicha molestia habla a favor de considerar que lo que se presenta como una norma permisiva cuya función no sea la de privar de pertinencia una o más normas prohibitivas sea, en realidad, una norma constitutiva cuya función sea establecer inmunidades fuertes referidas a la conducta, privando de competencia a una o más autoridades para interferir modificando la posición jurídica de privilegio detenida por los sujetos en relación con esa conducta.

13 Véase, Orunesu y Rodríguez (2018, p. 18), quienes en su reconstrucción alternativa de los conceptos jurídicos básicos y en concordancia con Hohfeld detectan que del deber de X respecto de Y de ejecutar una conducta no se sigue la libertad de X para ejecutar dicha conducta, pues ello sólo sería así en un sistema coherente. En clave de normas de conducta (regulativas) esto significa que de $R \phi$ no se sigue $Pd \phi$: ($\neg[R \phi \rightarrow Pd \phi]$).

Habiéndose descartado los otros casos, resta solo el caso D como el caso en el que sendas permisiones en sentido débil fundamentan una posición de privilegio en el sentido de un caso irrelevante.

2. ¿Privilegio bilateral negativo como inmunidad?

El modelo conceptual hasta acá trabajado permite volver al caso originalmente planteado de la pareja, desambiguando en qué consiste la posición de privilegio de cada uno a vacacionar donde se le diera la gana:¹⁴ asumiendo que el sistema jurídico que rige a la pareja es uno que no contiene norma alguna que module la conducta “elegir dónde vacacionar” cabrá sólo reconocer que cada uno se encuentra en una posición de privilegio (bilateral negativo) y en la posición correlativa de no-derecho (Hurd y Moore, 2018, pp. 302-303) para con el otro. Así, cada cónyuge tiene un privilegio de elegir el lugar de su agrado, mientras que el otro tiene el correlativo no-derecho de que el primero no elija el lugar. A su vez, en tanto portadores de estos privilegios, será necesario reconocer que ninguno de los cónyuges detenta un deber de no elegir el lugar que desee. Esto quiere decir que, dentro del sistema, ninguno de los cónyuges tiene el derecho (*claim*) de elegir el lugar de vacaciones, como tampoco tienen el respectivo deber (*duty*) de no elegir el lugar, precisamente porque se está ante un caso respecto del cual no existe norma regulativa perteneciente al sistema jurídico que establezca obligación alguna para alguno o ambos cónyuges referida a la elección del lugar de vacaciones.

Mas, la pregunta que ha motivado un intenso debate con respecto a este caso no es en qué posición se encuentran los cónyuges (si bien, como se verá, esto tiene relevancia para dar con una respuesta satisfactoria), sino qué ha de hacer un juez si uno de los cónyuges decide demandar a otro exigiendo que se declare que es él o ella quien elegirá el lugar donde pasarán las vacaciones. Es en este punto donde el análisis hohfeldiano restringido al primer grupo de posiciones jurídicas es insuficiente. Su insuficiencia descansa en el hecho de que los sistemas jurídicos modernos no se limitan a regular conductas a través de requerimientos y prohibiciones

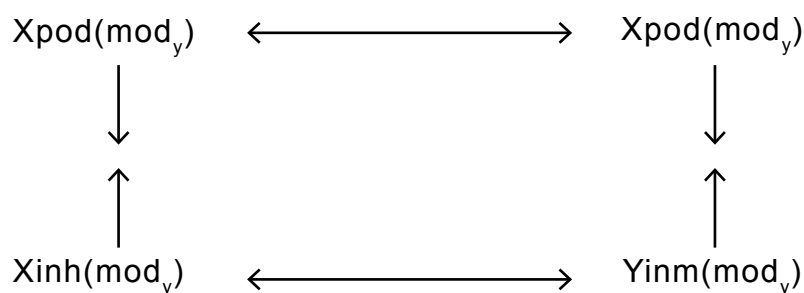
14 Labor que es realizada por también por Ruiz Manero (Atria et al., 2005, p.p. 124-126) y posteriormente por Atria (2005, p. 170).

(fundamentando posiciones de derecho y deber), sino que, como desarrollará Hart en su obra *El Concepto de Derecho* con ocasión de su crítica al modelo imperativista, existe otra clase de reglas —secundarias— que, a diferencia de las reglas regulativas —primarias—, no imponen deberes, sino que “especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible” (Hart, 1961, pp. 117).

Las reglas secundarias, a diferencia de las primarias, no se corresponden con reglas regulativas sino con reglas constitutivas. Siguiendo con la caracterización de Vilajosana a partir de la propuesta de Searle, se trata de reglas que no califican deónticamente conductas y, en ese sentido, su establecimiento no busca dirigir las conductas de los sujetos mediante prohibiciones o requerimientos, sino que su función consiste en atribuir “a un determinado supuesto de hecho una determinada propiedad institucional” (Vilajosana, 2010, pp. 23).¹⁵

El segundo grupo de posiciones hohfeldianas encuentra su fundamento en las reglas secundarias, particularmente, aquellas que otorgan poderes (pod) públicos o privados a determinados sujetos para modificar la posición jurídica —tanto del primer como del segundo grupo— de quienes se encuentren en la posición de sujeción (suj) correlativa (Arriagada, 2018, p. 9). Los opuestos de cada una de estas posiciones consisten en inhabilidad (inh) (“incompetencia” en los términos de Arriagada) e inmunidad (inm) respectivamente. Así, tal y como sucede con la primera familia de posiciones, es posible esquematizar la segunda familia de la siguiente forma, donde por “mod_y” deberá entenderse la modificación de la posición detentada por Y:

15 Esto supone una toma de posición a favor de no difuminar la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Tal y como reconocen Orunesu y Rodríguez (2018, p. 10), ha existido un profundo desacuerdo a lo largo de la tradición jurídica acerca de la naturaleza de las normas que confieren potestades. Y si bien Hart demostró con suficiente solidez que las teorías imperativistas del derecho resultaban inevitablemente reduccionistas en tanto forma de comprensión de los sistemas jurídicos modernos, la discusión acerca de la naturaleza de las normas que otorgan potestades (regulativas, constitutivas o mixtas) es una que se mantuvo vigente aún después de la contribución de Hart, centrándose en la oposición entre quienes afirmaban su naturaleza mixta (regulativa y constitutiva) y quienes afirmaban la incompatibilidad entre ambas categorías. Por razones de espacio, no es posible acá entrar de lleno en el debate, pero, y a modo de adelanto, cabe afirmar —con Raz, Alchourrón y Bulygin— que existen buenas razones para trabajar con categorías excluyentes, lo que permitirá distinguir de forma clara no sólo entre ambas familias de posiciones hohfeldianas, sino también comprender las relaciones entre ambas. Véase Raz (MacCormick y Raz, 1972, p.p. 87-92). Raz, contra la propuesta de MacCormick, que afirma que todas las normas que confieren poderes también imponen deberes, argumenta a favor de una doctrina de individuación de normas que permita mantener la distinción entre normas que establecen deberes (D-laws) y normas que confieren poderes (P-laws). Una reseña de la evolución de los argumentos de Alchourrón y Bulygin se encuentra en Orunesu y Rodríguez (2018, pp. 9-12).



Es importante reparar en que, tal como ha notado Arriagada (2020, pp. 22-27), y de forma similar a lo que ocurre con la posición de privilegio dada la ambigüedad de la proposición normativa “permitido ϕ ”, una posición de inmunidad de Y puede deberse al hecho de que el sistema jurídico contiene una norma que instituye una incompetencia de X con respecto a Y (“inmunidad fuerte”) o puede deberse al hecho de que no existe en el sistema jurídico norma alguna que establezca un poder de X respecto de Y (“inmunidad débil”).

Para responder a la pregunta acerca de qué es lo que le corresponde hacer al juez ante una demanda de alguno de los cónyuges, entonces, será necesario aclarar qué posición tiene el primero en relación con los segundos, lo que dependerá, a su vez, de las reglas que establezcan las potestades (poderes) del juez de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Pero no es sólo la posición del juez la que determinará cómo ha de resolverse el conflicto. A partir de la teoría de Raz (1979, p. 97-102), en tanto sistemas abiertos, los sistemas jurídicos admiten la posibilidad de adoptar normas ajenas al sí, posibilidad dada precisamente por normas secundarias que, en el caso del derecho de contratos, por ejemplo, otorgan poderes a los particulares para modificar sus posiciones jurídicas por la vía de establecer reglas que fundamentan derechos y obligaciones entre las partes. De esta forma, la posición de privilegio y su correlativo no-derecho en la que se encuentra cada cónyuge podrían ser alteradas en la medida en que celebren un contrato válido en el que se establezca el derecho de uno de elegir dónde pasarán las vacaciones y el correlativo deber del otro de que el primero decida.

Para que lo anterior sea posible, deberá poderse constatar que existen reglas pertenecientes al sistema jurídico que establecen las condiciones que deben cumplirse para que el pacto entre ambos sea reconocido como

un contrato válido. En sistemas jurídicos modernos, esto suele hacerse a través de un complejo entramado de reglas constitutivas cuyo conjunto otorga el poder a particulares para modificar sus posiciones. Así,

hay reglas relativas a la *capacidad* o condición personal mínima (como ser mayor de edad y cuerdo) que deben tener aquellos que ejerciten dicha potestad. Otras reglas detallan la forma y manera en que la potestad ha de ser ejercida, y determinan si los testamentos o los contratos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y en este último caso, cómo han de ser realizados y autenticados. Otras reglas delimitan la variedad, o el plazo máximo o mínimo de duración, de las estructuras de derechos y deberes que los individuos pueden crear mediante tales actos jurídicos. (Hart, 1961, p. 36) [Énfasis en el original]

En el caso de que los cónyuges cumplan con los requisitos para el ejercicio de la potestad de modificación de sus posiciones jurídicas desde el par privilegio/no-derecho a derecho/deber, tales nuevas posiciones serán reconocidas por el derecho, por regla general, a través del establecimiento de ulteriores reglas que instaurarán, cumpliéndose las condiciones en ellas estipuladas, nuevos poderes y sus correspondientes posiciones de sujeción. En caso de incumplimiento del deudor de una obligación de hacer (como en el caso analizado) y de acuerdo con lo establecido en el título XII del Código Civil chileno, el acreedor tendrá la potestad de solicitar ante tribunales, junto con la indemnización de la mora, (1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; (2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; o (3) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (art. 1553). De esta forma, ante el incumplimiento contractual, el sistema jurídico chileno otorga el poder procesal al acreedor de modificar la posición jurídica detentada por el tribunal de inhabilidad a poder, específicamente, a una posición de competencia para conocer y decidir el asunto. Semejante competencia, ahora detentada por el juez, es la de modificar la posición jurídica del deudor de una de inmunidad a una de sujeción a la condena judicial (a alguna de las opciones descritas en el art. 1553).¹⁶

16 Habría que mencionar, además, la existencia de reglas regulativas que establecen la prohibición de desacatar aquello ordenado a cumplir en la sentencia (e. g. la que se deriva del art. 240 Código de

Así, si el cónyuge deudor (C1) se niega a someterse a la voluntad del cónyuge acreedor (C2) de pasar las vacaciones en Francia, C1 infringe un deber extrajurídico que, dado el reconocimiento por parte del sistema jurídico en cuestión del contrato entre ambos cónyuges, funge como una de las condiciones para la modificación de la posición secundaria del cónyuge acreedor desde inhabilidad a poder. El incumplimiento de C1 condiciona entonces que C2 detente ahora una posición de poder referida a la modificación de la posición jurídica secundaria de un juez por la vía de presentar una demanda: el incumplimiento de una obligación contractual es uno de los requisitos establecidos en el sistema jurídico chileno para que la solicitud de cumplimiento forzado por parte del acreedor sea válida y una solicitud válida de cumplimiento forzado es, a su vez, uno de los requisitos establecidos para que el juez ordene el cumplimiento forzado.

El poder detentado por C2 consistirá, entonces, en modificar la posición del juez desde la incompetencia (en tanto clase de inhabilidad) en la que se encontraba para conocer del asunto, a la de competencia (en tanto clase de poder) para conocer del asunto, mediante la interposición de una demanda. Y la competencia del juez para conocer del asunto tiene como correlativo la sujeción de C1 a que se suprima su derecho a no ser apremiado a cumplir el contrato por él celebrado,¹⁷ por la vía de una sentencia.

Como se puede observar a partir de esta cadena de posiciones jurídicas que se ven modificadas, la pregunta acerca de qué debe hacer un juez si un asunto tal fuera puesto en su conocimiento es una que no admite ser respondida sin que se tenga a la vista el entramado de reglas que instauran su competencia para decidir. Y no sólo aquello, en el caso de ordenamientos jurídicos que otorguen poderes a particulares para modificar sus posiciones jurídicas por la vía de obligarse mediante declaraciones de voluntad, será importante verificar si ello se ha llevado válidamente a cabo.

Un contrato entre cónyuges, que establezca el deber de uno de ellos de que el otro elija dónde pasarán las vacaciones, podría ser considerado

Procedimiento Civil chileno).

¹⁷ Derecho que se suele seguir en sistemas jurídicos modernos de normas que prohíben la *vis absoluta* y *vis compulsiva*. En el caso del derecho chileno, una detención del cónyuge deudor con la finalidad de apremiarlo podría llegar a ejemplificar una conducta constitutiva de secuestro o de detención ilegal llevada a cabo por un funcionario público según las circunstancias del caso (arts. 141 y ss. y 148 y ss. del Código Penal chileno).

como uno que establece una limitación tal al libre desplazamiento del cónyuge obligado¹⁸ 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. Esto implicaría que cada cónyuge se encuentra en una posición de inhabilidad con respecto a la modificación de su posición de privilegio referida a la elección del lugar donde pasará las vacaciones. Ahora bien, de las sendas inhabilidades detentadas por cada uno de los cónyuges todavía nada se sigue acerca de la posición secundaria del juez: si tiene una inhabilidad o un poder para modificar las posiciones de los cónyuges estableciendo el derecho de uno de elegir dónde vacacionar y, a su vez, el correlativo deber del otro de someterse a la voluntad del primero.

Para determinar esto último, es necesario ahora tener a la vista las reglas constitutivas que instauran la competencia del juez, determinando si tiene o no competencia para modificar la posición jurídica de privilegio bilateral negativo de los sujetos, ya sea de oficio o a petición de parte, en caso de la ausencia de un contrato válido entre las partes. Es a través de este análisis que se puede responder a la pregunta acerca de si el juez tiene discrecionalidad a la hora de decidir conociendo de la demanda de alguno de los cónyuges —como plantea Bulygin— o si el juez “debe” rechazar la demanda. Esto último entre comillas porque que se trate de una cuestión que se resuelve a nivel de reglas constitutivas significa que resulta impropio afirmar que el juez tiene un *deber* de rechazar la demanda. Lo que se intenta resolver acá es si el juez tiene o no competencia para decidir el asunto modificando las posiciones jurídicas de los cónyuges, cuestión que requiere que se analice un complejo entramado de reglas constitutivas a partir de las cuales se defina si es competente o incompetente y, de ser competente, cuáles son los límites (si los hubiere) del contenido de su decisión para que ésta sea válida.¹⁹ Esto es lo que nota Hart cuando afirma que, de entre la variedad de cláusulas contenidas en leyes que establecen constitución y funcionamiento normal de un tribunal

[p]ocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez

18 Entendido como derecho colectivo irrenunciable dentro del sistema en los términos propuestos por Kramer (1998, pp. 56-60).

19 Esto llega a ser oblicuamente reconocido por Atria cuando afirma que las razones para justificar que el juez rechace la demanda son “propiaamente institucionales”, deteniéndose “especialmente en el caso de la demanda presentada ante un tribunal incompetente” (Atria et al., 2005, p. 59).

para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohíba a los jueces, bajo una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. (1961, p. 37)

Un ejemplo de aquellas “reglas especiales” en el derecho chileno son las que prohíben la prevaricación, prohibición reforzada por normas de sanción penal (arts. 223 y ss.), como también aquellas establecidas en el auto acordado de la Corte Suprema sobre principios de ética judicial y comisión de ética (Corte Suprema, 2007). Hart (1986) está en lo correcto al constatar que la regla general, en cuanto al funcionamiento de un tribunal, es que éste esté definido a través de reglas constitutivas y que las reglas regulativas que limiten el comportamiento que ha de tener complementen las reglas anteriores, tendencia que no es exclusiva del sistema jurídico vigente en Chile, sino que es reconocible en la generalidad de los sistemas jurídicos modernos. Como advierte Raz, esto no se da por razón lógica alguna, sino por la falta de conveniencia práctica de establecer parámetros de actuación de jueces únicamente mediante reglas regulativas. La razón tras esto se encuentra en que en las comunidades “se acepta que las personas en estos cargos necesiten de una relativa inmunidad por las consecuencias de errores de juicio, así como de acusaciones temerarias, maliciosas o triviales por el mal uso de sus facultades” (Raz, 1986, p. 186).

Es por ello que al analizar lo que corresponde o no hacer al juez restringiendo el análisis al subsistema de reglas regulativas, la discusión referida a los casos no-regulados y los límites del derecho pierde de vista un ámbito importante que caracteriza a los sistemas jurídicos modernos y que permite entender de mejor manera que “no solo parece inapropiado exigir una autorización jurídica expresa para que esas conductas [no reguladas] puedan ser libremente realizadas por los individuos, sino que también resulta extraño sostener que los jueces pueden discrecionalmente disponer de esa esfera extranormativa” (Navarro, 2022, p. 140). Que sistemas de reglas regulativas no se encuentren clausurados nada dice acerca de si sistemas de reglas constitutivas también lo están, pues de la

ausencia de una regla de clausura en los primeros no se sigue la ausencia o presencia de una regla de clausura en los segundos. Al afirmar que el juez debe rechazar la demanda en un caso como el de la pareja que no se pone de acuerdo acerca del lugar donde pasarán las vacaciones, Atria y Ruiz Manero parecen justamente suponer la clausura del sistema de reglas de competencia judicial (utilizando impropriamente el lenguaje de los deberes); específicamente, parecen estar suponiendo la existencia de una regla de clausura residual que establezca que toda autoridad judicial, cuya competencia no se encuentre expresamente instituida en relación con uno o más individuos, será incompetente frente a éstos,²⁰ regla cuya pertenencia al sistema jurídico es contingente.

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). En un sistema tal, efectivamente “[s]i no existe ninguna regla que se refiera a las bicicletas en el parque, entonces Dworkin no puede ser multado por un órgano aplicador del derecho si anda en bicicleta por el parque” (Atria *et al.*, 2005, p. 22), ya no porque el órgano aplicador tendría *prohibida* la aplicación de esa multa, sino más bien porque sería incompetente para aplicarla, teniendo Dworkin una inmunidad (fuerte). Así,

Cualquier acto normativo dirigido a modificar los estatus normativos de los individuos que no están expresamente sujetos a la competencia de las autoridades constituidas sería inválido en virtud de la regla que clausuraría el sistema instituyendo la incompetencia de tales autoridades y la inmunidad correlativa de los individuos (Arriagada, 2021, p. 11).

20 Que no es más que la reformulación de la regla de clausura residual que propone Arriagada (2021, p. 10): “todo individuo cuyo estatus normativo no está expresamente sujeto a la competencia de una autoridad constituida por la autoridad constituyente, tiene una inmunidad frente a la autoridad constituida” al aclarar las distintas interpretaciones que admite dicho enunciado dependiendo de si se trata de una proposición normativa (en cuyo caso puede ser contingente si se refiere a la existencia de una norma que establezca la incompetencia de la autoridad —inmunidad fuerte— o tautológica si se refiere a la inexistencia de una norma que establezca la competencia de la autoridad) o de una norma (cuya pertenencia al sistema jurídico es contingente).

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 a 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.

Tal como sucede en el caso del poder legislativo, que suele tener potestades constitucionalmente instituidas para modificar posiciones deónticas de los súbditos por la vía de instaurar nuevas reglas regulativas referidas a conductas cuya ejecución u omisión no se encontraba de forma previa deónticamente modulada por regla alguna perteneciente al sistema; en este segundo sistema el poder judicial tendría una potestad similar para alterar el estatus normativo de los sujetos (no a nivel general, como el legislador, pero sí a nivel particular) ante cualquier conflicto de intereses puesto en su conocimiento. A pesar de que en este caso todavía es posible reconocer que existirían conductas que se encuentran fuera de los límites del derecho, la especial volatibilidad con la que éstas podrían pasar a formar parte del sistema jurídico, mediante la modificación de la calificación jurídica de esa conducta con respecto a un individuo que pasa, por ello, a detentar un deber o un derecho, no sólo hace que se trate de un sistema contraintuitivo, sino de uno con una “vocación expansiva” que parece desafiar, en la práctica, la existencia misma de ese espacio libre de derecho (Atria *et al.*, 2005, p. 53),²¹ en especial cuando el sistema jurídico otorga potestades a particulares para

21 Sistemas jurídicos propios de Estados totalitarios, que se caracterizan precisamente por reducir al mínimo aquel “espacio libre de derecho” son precisamente sistemas que, además de contener un extenso catálogo de reglas regulativas que prohíben o requieren conductas, incluyen reglas secundarias que instauran amplias potestades para que sus autoridades modifiquen las posiciones jurídicas de los súbditos a su arbitrio.

modificar sus posiciones deónticas como ocurre en el derecho de contratos, pues ¿cuál sería el sentido de conceder a los particulares esas facultades si de todas formas los jueces tienen la competencia para cambiar esas posiciones a su arbitrio?

Lo anterior muestra la importancia que tiene no restringir el análisis al subsistema de reglas regulativas para el estudio de los límites de los sistemas jurídicos. Más aún, ya que la pertenencia o no de una regla de clausura es una cuestión contingente, la pregunta acerca del carácter de un sistema jurídico en particular requerirá no sólo que se determine si pertenece al sistema una regla regulativa de clausura residual, sino también se deberá determinar si pertenece al sistema una regla constitutiva de clausura residual que elimine toda inmunidad débil ya sea por la vía de establecer posiciones de inmunidad fuerte o de sujeción. Esta última será una ardua tarea pues, a diferencia del establecimiento de posiciones jurídicas primarias, para lo que podrá bastar con una regla que establezca la prohibición de ejecución u omisión de una conducta, el establecimiento de posiciones jurídicas secundarias requerirá de un entramado de reglas secundarias de diversas clases.²² En efecto, la regla general no será “una regla: un poder”; los poderes son conferidos a partir de un conjunto de reglas secundarias (piénsese en la cantidad de reglas de las que depende que una persona tenga poder para contratar o para casarse).²³

Sólo a partir de un acabado estudio de estos subsistemas de poderes detentados por diversas autoridades en referencia a un sistema jurídico específico será posible responder de forma más acabada a la pregunta acerca de sus límites.

22 En este sentido, que la determinación de posiciones de deber y derecho correlativas resulte relativamente más simple que la determinación de posiciones de poder y sujeción correlativas no debería resultar sorpresivo pues la función de reglas prohibitivas o de requerimiento es la protección de bienes jurídicos por la vía de fungir como razón para la acción u omisión de determinadas conductas, función que se vería debilitada si la determinación de cuál es el concreto deber que de ellas deriva fuese particularmente compleja. Las reglas secundarias, en particular aquellas que establecen poderes, por su parte, simplemente abren una posibilidad antes inexistente para los súbditos. Que la determinación de los requisitos para ejercer tales potestades sea relativamente compleja no resulta problemático en tanto se establecen en su exclusivo interés.

23 En este mismo sentido Mañalich (2021, p. 13).

3. Dos concepciones de sistema jurídico

Hasta ahora se ha estado analizando, utilizando las distintas clases de posiciones jurídicas hohfeldianas primarias y secundarias, la categoría de conductas no reguladas por el derecho, adoptando la caracterización que hace Navarro de ellas y que permite diferenciarlas de lagunas normativas a partir de la distinción entre acciones (conductas) y propiedades relevantes, por una parte, y ordenamiento jurídico y microsistema, por otra. De esta forma, para la identificación de casos irrelevantes será necesario observar al ordenamiento jurídico en su totalidad y concluir que la conducta en cuestión no se encuentra modulada deónticamente por norma alguna que pertenezca al sistema. Para la identificación de lagunas normativas, en cambio, el análisis deberá enfocarse en un microsistema normativo dentro del ordenamiento jurídico, microsistema compuesto por un conjunto de normas que pertenezcan al universo de discurso elegido por quien esté efectuando el estudio. Si en ese microsistema existe un caso del universo de casos no correlacionado con una solución normativa, significa que se está ante una laguna y no simplemente ante una ausencia de regulación en relación con la conducta, pues, si bien *un caso* (conjunción de una acción — conducta— del universo de acciones con una o más propiedades del universo de propiedades) dentro del sistema no se encuentra correlacionado con una solución, la misma acción unida a otra u otras propiedades pertenecientes al universo de propiedades (un caso distinto) sí encontrará solución dentro del microsistema, lo que significa que “la acción R es relevante ya que, aun cuando las lagunas son casos sin regular, R está normativamente determinada por el sistema normativo en otros casos del universo de casos” (Navarro, 2022, p. 164).

Navarro está en lo correcto cuando de esto concluye que las lagunas normativas constituyen una forma de indeterminación *interna* a un microsistema normativo, mientras que los casos irrelevantes constituyen un problema *externo* al ordenamiento jurídico. En tanto problema externo al ordenamiento jurídico, la pregunta por sus límites es una que supone una noción de sistema jurídico dinámico, que asume como criterio de pertenencia a éste, uno de legalidad según el cual una norma pertenece al sistema si ha sido creada en conformidad con normas secundarias que confieren poderes de creación de normas (Rodríguez, 2006, pp. 255-262; Navarro y

Rodríguez, 2014, pp. 143-149). Se trata de una comprensión del sistema jurídico como una sucesión de conjuntos que se van reemplazando en el tiempo (Rodríguez, 2006, p. 247), que permite comprender la continuidad de un determinado ordenamiento jurídico a pesar de la modificación de sus componentes (mediante derogación o creación de nuevas normas) que determinan que un conjunto reemplace a otro. En este sentido, la interrogante referida a si alguna conducta se encuentra o no deónticamente modulada por un ordenamiento, se responde a través de la indagación del ordenamiento jurídico en tanto conjunto de normas válidas en un tiempo y lugar determinados, cuya validez se encuentra determinada a partir de un criterio de legalidad.

Por cierto, en la medida en que se esté ante un ordenamiento jurídico cuya complejidad sea equivalente a aquella de ordenamientos jurídicos como el de la república de Chile o la república de Argentina, la tarea de revisión de normas válidas que pertenezcan a éste, con la finalidad de determinar si un comportamiento es o no es relevante, es una que difícilmente puede considerarse de interés para la teoría del derecho y la comprensión del ordenamiento analizado. Semejante labor, en palabras de Alchourrón y Bulygin (2015, p. 115), sería “digna de Ireneo Funes”.²⁴ Justamente porque se trata de conductas definidas negativamente, a saber, conductas que *no* se encuentran deónticamente moduladas por una norma vigente que pertenezca al sistema en un determinado tiempo y lugar, es que lo que caracteriza al grupo de conductas irrelevantes es que consisten en una *clase nominal*, “nominal” en el sentido de que, en tanto clase, su única naturaleza está dada por la etiqueta común ligada a sus distintos ejemplares (Moore, 1992, p. 206). Así, lo único que tienen en común los “casos irrelevantes” es el nombre que se usa para reconocerlos como una clase (Moore, 1997, p. 19).

Así, a partir de una noción dinámica de sistema jurídico, de lo que puede darse cuenta es de la reconstrucción de la estructura institucional de un ordenamiento jurídico. Se trata de indagación que tiene sentido si el interés cognitivo tras ella consiste en la caracterización político-institucional de

24 Requeriría examinar cada una de las reglas regulativas del ordenamiento jurídico preguntándose si “mencionan” la conducta en cuestión. Además de fútil, cabría preguntarse si de hecho el criterio para determinar si una conducta es relevante es exclusivamente su “mención” por alguna norma jurídica y, ulteriormente, si ello puede hacerse de manera objetiva (no-valorativa).

un determinado ordenamiento jurídico en un momento específico, lo que se logra por la vía del examen no sólo de las reglas primarias de conducta sino también de las reglas secundarias. Así, como tristemente nos ha enseñado la pandemia, la “vocación expansiva” del ordenamiento jurídico chileno para la limitación de ciertos privilegios y derechos, como el de libre desplazamiento, resulta considerablemente mayor que la del ordenamiento jurídico del Reino Unido.²⁵

El análisis referido a las lagunas normativas, por su parte, y en tanto problema *interno* al sistema jurídico, requiere de la elección de un universo de discurso que permita reconocer un microsistema normativo de carácter estático, cuyos componentes normativos se determinan según el criterio de la deductibilidad. Consiste en el “conjunto de las normas que un juez debe tomar en consideración para resolver un cierto problema” (Rodríguez, 2006, p. 260) que descansa, entonces, en que ya se ha seleccionado ese conjunto a partir del hilo conductor en que consiste el universo de discurso que permite, a su vez, determinar el universo de acciones, de propiedades y de soluciones dentro de dicho conjunto. El reconocimiento de lagunas normativas, por ello, supone que se ha contestado afirmativamente a la pregunta acerca de la relevancia jurídica de la conducta en cuestión, toda vez que depende de que haya sido posible conformar el microsistema de normas *aplicables*, lo que sólo es posible si se reconoce que una o más normas regulan la conducta bajo ciertas circunstancias.

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 sólo 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

25 Los detalles de las restricciones vigentes en Chile se encuentran en: <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>. Los detalles de las restricciones vigentes en Reino Unido se encuentran en: <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-coronavirus-restrictions-what-you-can-and-cannot-do>.

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.²⁶

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 éste, por existir reglas secundarias que las hagan aplicables) a la conducta en cuestión.²⁷ 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.

Ahora, de esto nada se sigue acerca de si tanto la caracterización de un sistema jurídico a partir de la concepción dinámica, como la selección del universo de discurso para la resolución de un caso y la correspondiente selección del microsistema jurídico, sean tareas que puedan llevarse a cabo sin apelar a criterios valorativos o si ello no es posible. Lo primero dependerá crucialmente de la solidez de la tesis de las fuentes sociales como método no-valorativo de la identificación del contenido de un sistema jurídico. Lo segundo, por su parte, dependerá de que la identificación de normas aplicables a un problema de relevancia jurídica a partir de un universo de discurso pueda hacerse igualmente de manera "a-valorativa".²⁸ A esto habría que agregar la importante conexión entre una y otra noción de sistema jurídico, conexión que se manifiesta, entre otras cosas, en la eventual dependencia que presente la selección del conjunto de normas que conformará el microsistema aplicable a un determinado problema jurídico, de la forma en que se caracterice el diseño institucional del ordenamiento en jurídico en cuestión. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el caso

26 Es en este plano, como reconoce Atria et al. (2005, pp. 51-52) donde tiene sentido la disputa de la caracterización de la función de las cortes como la de "establecer que ciertos hechos han ocurrido, y que a esos hechos deben (o no) aplicarse ciertas reglas, y que, como consecuencia de la aplicación de esas reglas a esos hechos, ciertos hechos o posiciones institucionales existen desde el punto de vista jurídico" o como "[l]a solución de los conflictos de intereses" (Alchourrón y Bulygin, 2015, p. 204).

27 Se trata acá acerca de la diferencia entre la pregunta acerca de la clausura de un ordenamiento jurídico (que se plantea tanto en el nivel de reglas regulativas como de reglas constitutivas, cabría añadir) y la pregunta sobre la completitud de un microsistema seleccionado a partir de un universo de discurso (Redondo, 2000, p. 37).

28 Siendo crucial para el debate la pregunta acerca de si es posible identificar normas a partir de disposiciones (o formulaciones normativas) de manera a-valorativa (Rodríguez, 1999, p. 360). Fundamental al respecto, Black (1962, pp. 95-102). En este sentido, Ruiz Manero (Atria et al., 2005, p. 115, nota 15; Ruiz Manero, 2015, pp. 55-57).

“Arancibia Clavel” (Rodríguez, 2006, pp. 257-259) donde se da cuenta acerca de una controversia referida al microsistema aplicable a un caso, microsistema cuya determinación dependía, entre otras cosas, de cuál se consideraba que era la base normativa no-perteneciente al derecho argentino que la corte tenía competencia para aplicar.

Sobre este punto, 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. Pues, como arguye Ruiz Manero:

La existencia y el modo de operar del derecho son hechos dependientes de creencias compartidas. Y, por ello, cualquier teoría del derecho que pretenda ser epistémicamente objetiva ha de corresponderse con las creencias (subjetivas, naturalmente) compartidas por los participantes en la institución, o en la práctica social, a la que llamamos derecho. (Atria *et al.* , 2005, p.118)

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2015). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2ª ed.). Astrea.

Arriagada, B. (2021). La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: Los poderes normativos de las autoridades públicas. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (43), 1-23. <https://doi.org/10.4000/revus.6801>

Arriagada, B. (2020). Inmunidades fuertes y débiles: el imperio contraataca. *Revista de derecho* (Valdivia), Vol. XXXIII(1), 9-29. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502020000100009>

Arriagada, B. (2018). Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (35), 1-37. <https://doi.org/10.4000/revus.4095>

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ed. Planeta.

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.

Black, M. (1962). Models and metaphors. *Studies in language and philosophy*. Cornell University Press.

Hart, H. L. A. (1990). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot..

Hurd, H. y Moore, M. (2018). The Hohfeldian Analysis of Right. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 63(2), 295-354. <https://doi.org/10.1093/ajj/auy015>

Kramer, M. (2000). Rights Without Trimmings. En M. Kramer, N. E. Simmonds y H. Steiner (Eds.), *A debate over rights*. Oxford University Press.

MacCormick, N. y Raz, J. (1972). Voluntary Obligations and Normative Powers. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 46(1), 59-102.

Mañalich, J. P. (2021). La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (44) <https://doi.org/10.4000/revus.7473>

Mañalich, J. P. (2014). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista chilena de derecho*, Vol. 41(2), 473-522. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200005>

Moore, M. S. (1992). Law as a functional kind. En G. Robert (ed.) *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (pp. 188-242). Oxford University Press,

Moore, M.S. (1997). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford University Press.

Navarro, P. (2011). Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (34), 109-139. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i34.201>

Navarro, P. (2020). Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 43, pp. 159-187. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.07>

Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge University Press.

Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. (2018). Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (36), 81-110. <https://journals.openedition.org/revus/4481>

Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/877-el-concepto-de-sistema-juridico>

Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.

Redondo, C. (2000). Lógica y concepciones del derecho. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (13), 35-54. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/537>

Rodríguez, J. L. (2015). Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica. *Anuario de filosofía del derecho*, (31), 11-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5229876>

Rodríguez, J. L. (2006). La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos: Estudio en homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón. *Análisis filosófico*, Vol. 26(2), 242-276. <https:// analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/185>

Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 349-269. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.16>

Ruiz Manero, J. (2015). Sistema jurídico: lagunas y antinomias. En D. González Lagier (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 47-65.). Marcial Pons.

Vilajosana, J. M. (2010). *El derecho en acción*. Marcial Pons.

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and action*. Routledge & Kegan Paul Ltd.

Documentos consultados:

Corte Suprema (14 de diciembre de 2007). *Auto acordado sobre principios de ética judicial y comisión de ética. Texto refundido*. Acta núm. 262-2007.

ANUARIO

Nº39 · 2023

**Comentario (o complemento)
a “La intensidad de los
permisos” en Navarro**

Páginas 37-49

COMENTARIO (O COMPLEMENTO) A “LA INTENSIDAD DE LOS PERMISOS” EN NAVARRO

Alejandro Daniel Calzetta

Profesor de Teoría del Derecho,
Facultad de Derecho de la
Universidad Alberto Hurtado.
Doctor en Filosofía del Derecho y
Bioética Jurídica
calzetta2009@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo el ofrecer un comentario, o más bien, un complemento al artículo de Pablo Navarro “La intensidad de los permisos”. El enfoque que Navarro defiende de las normas permisivas en su polémica con Soeteman es considerado como generalmente correcto por parte de este comentarista, por lo cual no se pretende refutarlo, sino más bien complementarlo mediante el añadido de la distinción de lo que llamo normas permisivas maximales y minimales y cómo estas operan en el bloqueo de la competencia de autoridades inferiores con respecto de autoridades superiores en el marco de los sistemas jurídicos estratificados”. A esto siguen consideraciones sobre la forma más adecuada de entender las normas permisivas y cómo esto afecta al fenómeno de la competencia en el derecho.

PALABRAS CLAVE

competencia; normas permisivas;
facultades; permisiones
maximales y minimales

A COMMENTARY (OR A COMPLEMENT) TO NAVARRO’S “LA INTENSIDAD DE LOS PERMISOS”

ABSTRACT

The objective of the present paper is to offer a comment, or rather, a complement to Pablo Navarro’s article “La intensidad de los permisos”. The approach that Navarro defends of permissive norms in his polemic with Soeteman is considered generally correct by this commentator, for which reason I do not intend to refute it, but rather to complement it by adding the distinction of what I call maximal and minimal permissive norms and how they operate in blocking the legal competence of lower authorities with respect to higher authorities within the framework of stratified legal systems. This is followed by considerations about the most appropriate way to understand permissive norms and how this affects the phenomenon of legal competence.

KEYWORDS

legal competence; permissive
norms; faculties; maximal
and minimal permissions.

I. INTRODUCCIÓN¹

El propósito de este breve trabajo es comentar y celebrar (tal vez debería haber un verbo que reúna ambas nociones) la publicación del libro de Pablo Navarro, *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. A tal fin se me asignó (o escogí yo, ya no recuerdo) el tercer capítulo “La intensidad de los permisos”.

La tarea que se me impuso (o que escogí) es un tanto complicada. Sucede que estoy mayormente de acuerdo con lo que Navarro expresa en ese capítulo y concuerdo con sus críticas a Soeteman. Esto me pone en cierto apuro, dado que dificulta mi labor de comentador.

Es por ello que, dadas mis coincidencias con Navarro, voy a hablar de aquello que estoy seguro de que algo mínimamente sé (o que creo saber):² la competencia en el derecho. Más precisamente voy a hacer un complemento a lo dicho por Navarro en lo que creo que es un punto que Pablo circunda en su trabajo, pero no enfrenta directamente, esto es: cómo la intensidad de los permisos afecta a la competencia de los agentes en los sistemas jurídicos contemporáneos (sistemas estratificados con autoridades superiores y autoridades inferiores, etc.).

Para llevar a cabo esta tarea procederé de la siguiente forma: i) intentaré producir un texto que tenga el mínimo de erudición en notas o referencias necesarias, para no sobrecargar al lector, y cuya argumentación trate de ser continua; ii) trataré de definir de la manera más clara posible qué entiendo

1 Agradezco a Pablo Navarro, Sebastián Agüero y Sebastián Figueroa la invitación a participar de este evento. Agradezco también a Seren Ataolglu, Pedro Caminos, Julieta Rábanos y Natalia Scavuzzo el haberme asegurado que la distinción a introducir en este comentario sobre las normas permisivas no es completamente estúpida. De serlo, aunque sea algo, la responsabilidad es toda mía ya que las ideas que aquí se ofrecen son nada más que intuiciones que, creo, pueden no refutar, sino complementar las ideas de Navarro. No más que eso.

Nota de 2023: no recuerdo cuándo fue que se escribió este texto ni cuándo exactamente fue el seminario donde se presentó. Probablemente en 2021. Releerlo y corregirlo luego del mismo me costó horrores. Encuentro que las ideas del texto son aún más tentativas de lo que originalmente recordaba. Creo que una explicación o justificación de ello es lo mínimo que se merece el lector del trabajo. El período de la pandemia no fue fácil para nadie, pero, en lo personal, fue bastante arduo, ya sea por la misma cuarentena y por razones personales que no vienen al caso. La consecuencia de todo ello fue una suerte de estado mental donde no terminé siendo el cuchillo más afilado del cajón, lo cual redundó en ciertas dificultades con el trabajo académico. Los años 2021 y 2022 fueron probablemente el peor momento en ese sentido y es ahora donde las cosas están empezando a mejorar algo. Dado lo anterior sepa disculpar el lector, quienquiera que éste sea, lo tentativo e infraargumentado de algunas de las ideas del presente trabajo. Revisándolo, creo que algunas de ellas tienen cierto mérito como para ser, pero merecen un desarrollo que no encontrarán aquí. Como creo que los textos publicados luego de un seminario no deben variar mucho de lo que originalmente se expuso, los cambios a este trabajo son mínimos.

2 La competencia fue el tema de mi tesis doctoral y de algunos trabajos publicados, trabajos que no creo que sea educado citar.

por “competencia” y sobre todo, por “norma permisiva”; y iii) eventualmente introduciré una distinción entre dos tipos de normas permisivas que considero relevante a la hora de entender mejor la relación entre este tipo de normas y la competencia de los agentes jurídicos.

II. ARGUMENTACIÓN

Competencia y norma permisiva son dos términos muy usados en la teoría del derecho, pero casi nunca definidos con claridad. Creo fervientemente en la utilidad de las definiciones para poder entendernos mejor, sobre todo en ámbitos como este, por lo cual me parece que corresponde intentar precisar ambos términos.

Competencia puede definirse de muchas maneras posibles y no tiene tanto sentido intentar exponer aquí todas ellas. En lo que a mí respecta, y para los alcances de este trabajo, pienso entender por competencia lo que sigue:

“Competencia” es la propiedad disposicional tal que, en el marco de un sistema jurídico, a un sujeto (sea este individual o colectivo) normas pertenecientes al sistema jurídico en cuestión le confieren o le imponen, según el caso, el poder para realizar ciertos actos institucionales, dentro del marco del sistema jurídico en cuestión, con la finalidad de producir ciertos resultados institucionales predeterminados, los cuales a su vez también constituyen actos institucionalmente válidos según el sistema jurídico de referencia, en conformidad con modos establecidos por las mismas normas jurídicas. (Calzetta, 2016, p. 261)

Esto lleva a entender qué quiere decir tener dicha propiedad, ser competente, y qué son estos actos institucionales. Por ello entiendo:

Ser “competente” significa i) el haber sido conferido con la facultad de realizar los actos mencionados (ej.: testar) o; ii) el haber sido impuesto con el deber de realizar los actos mencionados (ej.: dictar sentencia).

Los actos en cuestión son siempre actos de tipo institucional. Esto

quiere decir que no son actos naturales, son actos que vienen creados y definidos por el sistema jurídico de referencia y, fuera del mismo, no tienen entidad (Calzetta, 2016, p. 262).³

En lo que respecta a norma permisiva uno podría preguntarse si es realmente necesaria una definición explicativa de qué podemos llegar a entender por el término y creo que sí, que esta hace falta, puesto que la mayor parte de los autores, cuando hablan de normas permisivas, parecen referirse exclusivamente a normas, sean éstas categóricas o hipotéticas, que utilicen el operador deóntico “P” o su negación “¬P”.

No digo que este sea el caso de Navarro (2022, pp. 83-84) y de hecho, no puede serlo, pero dado que, si bien éste no ofrece fórmulas de normas permisivas en su capítulo, salvo cuando cita a Alchourrón y Bulygin al hablar del problema de la regla de clausura. En dicha cita tenemos no sólo a “P” y “¬P” sino también a “F”, operador que más de uno tiende a olvidar y que creo que es central por razones que veremos luego.

Dicho esto, “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”.⁴

Aclarado lo anterior es posible empezar con el tema que nos convoca. Si bien Navarro en su polémica con Soeteman analiza un amplio espectro de lo que podemos llamar “la intensidad de los permisos” (o de las normas

3 Estas definiciones son las que ofrecí en mi tesis doctoral titulada: *Contexto, formas y sistema jurídico. Elementos para una teoría del concepto de competencia y de la producción jurídica*, defendida en la Universidad de Génova el 4 de febrero de 2016. En junio de ese mismo año las utilicé en mi exposición en el seminario internacional de Bahía Blanca organizado por Navarro, claro que esto no quiere decir que este tenga que recordarlas ni mucho menos.

4 Originalmente esta definición no acaba en donde aparece esta nota. Continuaba con lo siguiente: “o las negaciones de estos (¬P o ¬F)”. Durante el seminario donde se presentaron las ideas de Navarro junto con estos comentarios, Pablo señaló muy correctamente que esta última frase le parecía sorprendente. El motivo de dicha sorpresa es que usualmente suele asociarse una norma de la forma ¬Px con una norma de la forma Vx, es decir, que no esté permitido hacer ruido por sobre D decibeles luego de las 22 h. implica que está prohibido hacer ruido por sobre D decibeles luego de las 22 h. (o cualquier ejemplo similar). Pablo tiene toda la razón e hizo más que bien en señalar el hecho en su momento. Si bien es difícil reconstruir qué es exactamente lo que estaba pensando al plantear normas permisivas del tipo ¬Px y ¬Fx dudo mucho que ello fuera negar la existencia de la equivalencia entre esas normas y Vx. Lo más probable es que tuviera en mente la posibilidad de que una autoridad normativa plantease una norma permisiva negativa, por darles un nombre, que a su vez implicase una prohibición. Me parece posible que una autoridad normativa actúe de esa manera sin siquiera plantearse la posibilidad de una equivalencia entre ambos tipos de normas. Si bien fueron eliminadas de la definición ofrecida dejo en esta nota la cuestión abierta sobre si es posible que una autoridad normativa proceda de esa manera.

permisivas) hay un punto que creo que no se aborda plenamente, a saber, el rol de éstos como límites materiales a la competencia de un determinado agente jurídico en el marco de un sistema jurídico concreto.

Podemos tratar de representar esto con un ejemplo.⁵

Imaginemos que estamos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). La misma es un enorme edificio, con aulas, pupitres, pasillos y bancos para sentarse en dichos pasillos. Bancos donde la gente se sienta. De hecho, la actividad de sentarse en los bancos de los pasillos de la Facultad de Derecho de la UBA es una actividad no regulada, no está prohibida por ninguna norma de la facultad; tampoco ninguna norma expresamente la permite ni mucho menos obliga a nadie a sentarse en banco alguno. Podríamos decir que la actividad de sentarse en dichos bancos está permitida débilmente por las autoridades de la facultad y no mucho más.

A esto agregaríamos que las autoridades de la facultad son, por disposiciones internas de la misma y de la universidad, competentes para regular la actividad de sentarse en los bancos de los pasillos de ésta.

Ahora bien, supongamos que mañana el Consejo Superior de la UBA dicta una resolución permitiendo expresamente (es decir, en el sentido de permiso fuerte) a cualquier miembro de la universidad, sin importar su calidad, el sentarse en los bancos internos de todas las facultades y del rectorado de ésta.

¿Qué fue lo que hizo el Consejo Superior con esta norma permisiva? Primero y principal veamos qué es lo que no hizo el Consejo Superior: no modificó formalmente las competencias de los órganos de la Facultad de Derecho para dictar normas regulativas en el marco de dicha facultad. Eso es claro. La norma dictada por el Consejo Superior no modifica expresamente competencia alguna de órgano alguno de la universidad. Sin embargo, a pesar de no modificar formalmente competencia alguna, lo que hizo fue

5 El ejemplo es una variación de uno introducido por Ruiz Manero (2010, pp. 302-303) e intenta demostrar lo opuesto a lo que este autor sostiene. Pablo Navarro (2011, pp. 117-118) utiliza brevemente una versión parecida del ejemplo con propósitos similares, pero no idénticos a los empleados por mí en este comentario. En dicho trabajo, Navarro analiza el rol de las normas permisivas dictadas por las autoridades jerárquicamente superiores en relación con el problema de la clausura. No pretende hablar de la clausura aquí sino más bien cómo dichos permisos afectan a la competencia de las autoridades inferiores a aquella que dictó la permisión.

pragmáticamente relevante. El Consejo Superior, mediante esta norma permisiva, pone un límite material al contenido de futuras normas posibles de ser dictadas por los órganos de la Facultad de Derecho.

Haga lo que haga ahora la autoridad de dicha facultad respecto a la regulación de los bancos de ésta, no va a poder prohibir a los miembros de la universidad, no importa si estos miembros son de la facultad o no, el sentarse en dichos bancos. Esta posible regulación se encuentra ahora limitada por una permisión emitida por una autoridad superior a todas las de la Facultad de Derecho.

Esto no quiere decir que la competencia de los órganos o autoridades de la facultad haya desaparecido. La misma permanece, pero severamente limitada en lo que respecta a los miembros de la universidad. Ahora, a éstos, la facultad no puede prohibirles así sin más el sentarse en los bancos de la facultad. Todo intento de prohibir la actividad de sentarse chocaría con la resolución del Consejo Superior y dichos intentos fracasarían a la hora de desplazar la norma permisiva dictada por el Consejo.

Es importante remarcar que este límite no hace que la competencia de las autoridades de la facultad desaparezca sin más. Esta competencia, por ejemplo, no se encuentra limitada en lo que a los no miembros de la universidad respecta. A ellos se les puede prohibir sentarse en los bancos de la facultad o reservar los bancos sólo para mujeres embarazadas mientras que a los hombres se les prohíbe sentarse, o permitir sentarse a los hombres sólo en los bancos de mármol y a las mujeres solamente en los de madera y un largo etc. de variaciones posibles, las cuales también podrían aplicarse a los miembros de la universidad *de no ser por la norma permisiva del Consejo Superior*.

Si suscribiéramos a la teoría del diálogo institucional diríamos que el Consejo Superior le está pidiendo, solicitando u ordenando a las facultades que no dicten normas contrarias al sentido de la norma permisiva que acaba de dictar. Pero el Consejo Superior no está pidiendo, solicitando u ordenando nada de nada. Solamente dictó una norma que alcanza a toda la universidad y sólo porque la universidad es un sistema de normas *jerárquico y estratificado ocurre este fenómeno*.

Esta norma permisiva, al ser una norma emitida por uno de los órganos de mayor jerarquía de toda la universidad, limita materialmente las competencias de todos los órganos inferiores. Esto quiere decir que, a partir del dictado de dicha permisión por parte del Consejo Superior, cierto contenido no puede ser objeto de las normas dictadas por las autoridades inferiores a éste.

La norma permisiva del Consejo no modifica las competencias de las facultades, dado que éstas se derivan de otras normas que confieren poderes y establecen los procedimientos a seguir por parte de éstas para producir actos institucionalmente válidos (como el dictado de normas). La norma permisiva en cuestión ni siquiera es una norma de competencia, pues no tiene por objeto el dictado o no dictado de un acto institucional, sino que se refiere a una conducta humana (sentarse). Simplemente sucede que dicha regulación de una conducta humana, hecha por un órgano jerárquicamente superior, interfiere con posibles regulaciones sobre la misma conducta que puedan hacer órganos inferiores con respecto al Consejo Superior.

Podríamos decir que, gracias a que fue emitida por un órgano superior, es tal la intensidad del permiso que éste bloquea la competencia de órganos inferiores sin necesariamente modificar dicha competencia.⁶ Esta queda en suspenso, al menos hasta que la autoridad superior elimine la norma permisiva que bloquea el ejercicio de la competencia por parte del órgano inferior.

Todo esto que demuestra el ejemplo —de demostrar algo— es obviamente aplicable al también derecho, siempre y cuando éste sea entendido como un sistema normativo jerárquicamente estratificado.

Ahora, para cerrar el círculo, es necesario señalar que no toda norma permisiva tiene el mismo nivel de intensidad a la hora de bloquear la competencia de las autoridades inferiores. Este último punto es central y va a llevar algo de tiempo desarrollarlo, pero es importante en lo que a intensidad respecta.

6 Para tal fin véase Calzetta (2018, pp. 282-284).

La reconstrucción de una norma permisiva expresada por una disposición normativa concreta puede resultar en una norma con mayor o menor intensidad (en relación con la competencia) en virtud de qué tipo de operador deóntico se utilice.

En primer lugar, es necesario recordar que una norma permisiva es cualquier norma que contenga una solución normativa de entre las siguientes:

Px, Fx

La primera de estas soluciones normativas es aquella que modula el contenido de la solución con el operador “Permitido” (P) y la segunda es aquella que modula el contenido de la solución con el operador “Facultativo” (F).

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).⁷

Ahora bien, dependiendo de qué tipo de operador y qué tipo de solución usemos en la reconstrucción de una norma permisiva podemos obtener dos tipos de normas permisivas.

Imaginemos una disposición como la siguiente: “D1 *Los ciudadanos tienen permitido votar*”. Uno pensaría que D1 se puede interpretar casi automáticamente como: “N1 $C \Rightarrow Pv$ ”, donde “C” es obviamente “ciudadano” y “v” es la acción “votar”. Sin embargo, esta no es la única forma de reconstruir la norma permisiva expresada por D1. No hay nada que ate necesariamente —al menos en lo que al derecho respecta— a la expresión gramatical “permitido” con “P”. Es perfectamente posible leer “permitido” como el concepto maximal de permisión expresado en “F”.

Por lo tanto, es posible decir: “N2 $C \Rightarrow Fv$ ” y *aún sostener que N2 es una norma permisiva*, esto gracias a que F es un operador permisivo completo.

⁷ No quiero entrar en detalles excesivos acerca de las soluciones maximales y minimales. Para más información dirijo al lector a Alchourrón y Bulygin (2012, pp. 62 y ss).

Es decir, que es un operador permisivo que regula una acción en su totalidad, en su comisión como en su omisión. Esta es la principal marca de las soluciones maximales, éstas regulan tanto las acciones en su faz comisiva como en su faz omisiva. Si partimos de una lógica deóntica estándar Fv se define de la siguiente manera: " $Fv \equiv (Pv \cdot P \neg v)$ ". Es decir que, en esta lógica, definimos "facultativo votar" como la conjunción de las permisiones de la comisión y de la omisión de una misma acción (votar). Lo cual nos da lo que parece ser una trivialidad: que "facultativo votar" es lo mismo que decir que está permitido votar y permitido no votar conjuntamente.

Sí, esto parece una trivialidad, pero sólo si nos quedamos en el aspecto gramatical de "permitido". Si descendemos a las profundidades de la forma lógica de "permitido" vemos que esta aparente trivialidad no es tal. Y esto porque 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 sólo regulan comisiones u omisiones de acciones separadamente, no conjuntamente como la solución maximal Fv que regula ambas facetas de la acción en conjunción.

Esto me lleva a concluir que, dependiendo del tipo de solución empleada, tenemos dos tipos de normas permisivas: normas permisivas maximales y normas permisivas minimales. Las primeras regulan una acción tanto en su omisión como en su acción conjuntamente. Las segundas, en cambio, sólo regulan una acción en su comisión o en su omisión.

Uno podría preguntarse si tiene sentido añadir otra distinción más al catálogo de las normas permisivas. Yo creo que *sí*, por dos razones. La primera es que es importante distinguir entre los tipos de permisión desde un punto de vista lógico: las permisiones minimales tienen la consecuencia de poder crear lagunas parciales en los sistemas normativos⁸ y es importante poder distinguir qué tipo de permisiones tienen esta propiedad de aquellas que no a la hora de ofrecer una mejor reconstrucción de los sistemas normativos.

8 Véase Alchourrón y Buljgin (2012, pp. 64-65).

Uno tiene que mínimamente estar al tanto de que si decide reconstruir literalmente "permitido" como P en vez de F se arriesga a un sistema normativo (en particular jurídico) parcial incompleto.

La segunda es una razón más prosaica y no tan formal, pero responde a nuestro concepto ordinario de permiso.⁹ Por lo general, cuando hablamos de permiso entendemos la permisión de la comisión y de la omisión de una acción. El poder hacer algo y el poder no hacerlo. Si bien la noción técnica es "facultativo", no siempre se la emplea para hacer referencia al concepto de permiso, aunque sea lo que, por lo general se entiende, casi vulgarmente, por permiso.

Es por esto que me parece útil llamar a las normas que utilizan el operador F como normas permisivas maximales o, más simplemente, permisiones maximales.¹⁰

En lo que se refiere a la intensidad de las normas permisivas en relación con la competencia de los agentes jurídicos ésta varía si la norma permisiva en cuestión es maximal o minimal. El porqué es claro. La norma permisiva minimal, al referirse sólo a una acción y no a la omisión complementaria de dicha acción (y viceversa), tiene, en términos formales, una intensidad menor en cuanto al bloqueo de la competencia de las autoridades inferiores en un ordenamiento jurídico. De la misma manera en que una norma permisiva mínima puede dar origen a lagunas parciales ésta puede dar origen a bloqueos parciales de la competencia de los agentes inferiores a una autoridad cualquiera de un ordenamiento jurídico.

Si en el ejemplo de la norma emitida por el Consejo Superior reconstruimos tal norma como una norma permisiva minimal tenemos el resultado de que el bloqueo de la competencia es sólo parcial, se bloquean las acciones y no las omisiones de sentarse (en el caso del ejemplo) con lo cual la intensidad

9 Hablando del tema con Julieta Rábanos, tratando de ver si esto se debe más a un conocimiento empírico o a una asunción acerca de cómo son las cosas, llegamos a la conclusión de que ésta es una asunción empírica débil, de sillón más bien, como la pretendida sociología descriptiva de *The Concept of Law* de Hart (2012). Nos basamos en afirmar cosas como estas en lo que sabemos como hablantes de determinada jerga. En este caso, del lenguaje técnico del derecho que emplean abogados, juristas, dogmáticos, etc., el que uno aprende al exponerse a él.

10 Todo lo anterior es obviamente en referencia a normas permisivas maximales y minimales en el marco de cierto sistema de normas, no de dichas permisiones consideradas de manera aislada. Le debo la importancia de señalar esto, contra el peligro de dejarlo implícito, a Natalia Scavuzzo.

del bloqueo es menor que si la norma fuese una norma permisiva maximal. En ese caso el bloqueo sería completo, tanto de las acciones como de las omisiones.

El reconstruir la norma permisiva como maximal nos permite, entre otras cosas, ofrecer una mejor reconstrucción del fenómeno del bloqueo de la competencia de ciertos agentes jurídicos, ya que cuando hablamos de bloqueo de la competencia tendemos a pensar en un bloqueo total, no sólo de acciones o de omisiones concretas. Por el contrario, si reconstruimos la norma permisiva en cuestión como una norma minimal nos da como resultado un bloqueo parcial, menos intenso, de la competencia. Sólo quedarían bloqueadas acciones u omisiones, no ambas.

Es más, en situaciones como las del ejemplo del Consejo Superior, la reconstrucción de la norma como minimal nos deja en una situación tal que, la parte de la competencia no bloqueada es de un ejercicio absurdo (permitir no sentarse en los bancos) que probablemente ninguna autoridad ejercería.

Esto pone en evidencia algo: la reconstrucción de las normas permisivas como minimales puede ser perfectamente posible, pero, no sólo genera problemas formales, sino que, además, se da de bruces con la forma en que, por lo general, se entienden y se ejercen diariamente los permisos (como poder hacer y no hacer algo).

Es preferible, si es que se busca reconstruir la noción más usada de permiso, reconstruir las normas permisivas como normas permisivas maximales. Este tipo de reconstrucción nos evita los problemas de lagunas parciales y de bloques parciales de la competencia, sino que está más cerca del uso común y diario de los agentes jurídicos del concepto de “permiso”.¹¹

Esto quizá podría tener alguna consecuencia para el análisis de la clausura, pero espero no desarrollarlo aquí.

11 Vale la pena recordar que tratar a la permisión como minimal no es algo meramente arbitrario, sino que es el modo estándar de hacerlo en los sistemas de lógica deóntica. Estos sistemas, sin embargo, no tienen en cuenta las sutilezas y complejidades de los sistemas jurídicos.

III. CONCLUSIÓN

Dado todo lo anterior, es importante señalar tres cosas a modo de conclusión:

I) La intensidad de la norma permisiva, al menos en lo que a la competencia respecta, sólo es posible en sistemas normativos jerárquicamente estratificados (siendo el derecho uno de estos sistemas). Es en virtud del hecho de que en dichos sistemas los órganos inferiores no pueden contradecir a los superiores que se da esta intensidad de las normas permisivas.

II) Esto es posible sólo con las normas permisivas expresamente formuladas por la autoridad superior, es decir, los permisos fuertes emitidos por ésta (y las consecuencias lógicas que se sigan de dichos permisos fuertes).¹²

III) El grado de intensidad del bloqueo de la competencia depende de cómo uno reconstruya la norma permisiva expresada por una formulación o disposición normativa. No todo tipo de norma permisiva es igualmente intensa en este sentido. Una permisón minimal sólo bloquea parcialmente la competencia de las autoridades inferiores.

12 En este punto sigo a Navarro (2011, p. 118), dado que él sostiene que: "Las limitaciones que imponen las normas superiores a las autoridades inferiores no surgen únicamente de las disposiciones expresamente formuladas por la autoridad superior, sino que también pueden emanar de sus consecuencias lógicas. Así, si de una norma N1, formulada expresamente por una autoridad A1, se sigue lógicamente otra norma permisiva N2, entonces las autoridades inferiores a A1 no pueden eliminar explícita o implícitamente a N2. Las consecuencias lógicas de una norma son parte de su contenido conceptual y, por esa razón, la eliminación de N2 implica la modificación de N1 y, por hipótesis, ello no puede ser realizado por las autoridades inferiores a A1". Tengo que admitir, dadas mis ya confesadas limitaciones, que hasta que no leí el pasaje citado en esta nota no había pensado en el rol que las consecuencias lógicas que los permisos fuertes pueden jugar en este punto. Un error imperdonable.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2ªed.). Astrea.

Calzetta, A. (2016). *Elementos para una teoría del concepto de competencia y de la producción jurídica*. Universidad de Génova.

Calzetta, A. (2018). Competencia y constitutividad. Las normas de competencia en la obra de Riccardo Guastini en P. Chiassoni, P. Comanducci y G. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol. I*. Marcial Pons.

Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*, Oxford University Press.

Navarro, P. (2011). Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (34). <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i34.201>

Navarro, P. (2022). La intensidad de los permisos. *Filosofía del Derecho*, (2), 123-144. <http://hdl.handle.net/11336/200299>

Ruiz Manero, J. (2010). Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (33), 297-306. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/seguimos-discutiendo-sobre-permisos-y-concepciones-del-derecho/>

ANUARIO

Nº39 · 2023

**Sobre las objeciones de
Pablo Navarro a la tesis
de la inevitabilidad de la
interpretación jurídica**

Páginas 53-73

SOBRE LAS OBJECIONES DE PABLO NAVARRO A LA TESIS DE LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Marcela Chahuán Zedan¹

Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
mchahuan@derecho.uchile.cl

RESUMEN

En el presente escrito analizaré las críticas que Pablo Navarro dirige en contra de la tesis de la inevitabilidad de la interpretación en su versión escéptica. A grandes rasgos, Navarro sostiene que esta tesis parece plausible por la ambigüedad sistemática con que son utilizadas las expresiones “norma”, “caso”, “norma general” y “norma individual”. Sostendré que las distinciones que muestra Navarro se pueden sustentar aun cuando se admita la tesis de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. Además, formularé algunos argumentos que rebaten las objeciones de Navarro en contra del escepticismo y mostraré que sus ideas en materia de interpretación son, más bien, una propuesta normativa sobre cómo las juezas deben interpretar los textos legislativos.

PALABRAS CLAVES

interpretación jurídica, Pablo Navarro, sistemas normativos

¹ Agradezco a Pablo Navarro por compartir y discutir las interesantes y agudas ideas que desarrolla en el libro *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. También agradezco a Sebastián Agüero por la organización e invitación a ser parte de esta enriquecedora instancia.

ON PABLO NAVARRO'S OBJECTIONS TO THE THESIS OF THE INEVITABILITY OF LEGAL INTERPRETATION

ABSTRACT

In this paper I analyze the objections that Pablo Navarro directs against the thesis of the inexorability of interpretation in its skeptical version. In a nutshell, Navarro argues that this thesis seems plausible because of the systematic ambiguity with which the expressions ‘norm’, ‘case’, ‘general norm’, ‘individual norm’ are employed. I argue that the distinctions shown by Navarro can be sustained even if the thesis of inexorability of legal interpretation is admitted. In addition, I formulate some arguments to refute Navarro’s objections against skepticism, and I show that his ideas on interpretation are, rather, a normative proposal on how judges should interpret legislative texts.

KEYWORDS

legal interpretation, Pablo Navarro, normative systems

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo IV “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación” del libro *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*, Pablo Navarro (2022, pp. 87-103) introduce algunas distinciones conceptuales para explicar ciertos aspectos del funcionamiento del derecho. Su propósito es objetar la tesis de la inevitabilidad de la interpretación de los textos normativos por parte de los órganos aplicadores del derecho. En esta ocasión, formularé algunos comentarios y observaciones críticas a su propuesta, sin desconocer la sofisticación y utilidad de estas distinciones.

Navarro (2022, p. 88) denomina “tesis de la inevitabilidad” (en adelante, TI) a la propuesta según la cual siempre es necesaria una decisión interpretativa para identificar o aplicar una norma jurídica general. Alude, sobre todo (pero no exclusivamente), a las teorías escépticas de la interpretación jurídica. Distingue tres variantes de la TI: 1) la que versa sobre la identificación de las normas jurídicas; 2) la que alude al alcance de las normas jurídicas; y 3) la que trata sobre la aplicación de normas jurídicas generales a casos individuales. Navarro sostiene que la TI parece plausible por la ambigüedad sistemática con que son utilizadas las expresiones “norma”, “caso”, “norma general” y “norma individual”. Afirma, además, que la TI es una exageración de ciertos problemas que pueden surgir en la identificación y en la aplicación del derecho.

Sostengo que las distinciones que muestra Navarro se pueden sustentar aun cuando se admita la tesis de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. Incluso, algunas de las distinciones que Navarro propone sobre la base de las tesis de Alchourrón y Bulygin (1991) son subrayadas por la versión escéptica de la TI.

A continuación, me referiré a algunos de sus argumentos e introduciré algunas observaciones.

II. SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS

De acuerdo con esta variante de la TI que reconstruye Navarro, la interpretación es necesaria para identificar las normas que expresan los textos formulados por el legislador. En este sentido, 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. De esta manera, utilizando las usuales categorías de la literatura iusfilosófica, Navarro defiende una teoría formalista moderada de la interpretación jurídica. Si bien reconoce que en ciertos casos puede resultar difícil conocer o determinar el significado de los textos normativos, cree que la regla general es que los órganos aplicadores utilizan (*deben* utilizar, diría) los significados compartidos entre legisladores y destinatarios de las normas jurídicas.² Para sostener lo anterior, utiliza los siguientes argumentos:

Navarro observa que en el lenguaje ordinario no es común distinguir entre textos y significados. Si bien esta afirmación resulta cierta en la comunicación cotidiana, esta distinción también se utiliza en otras áreas de estudio, en las que existe una abundante y rica discusión sobre la tarea de las intérpretes. No sólo en la teoría del derecho se debate sobre si es que las intérpretes conocen o deciden los significados de los textos, sino que también en la filosofía del lenguaje, la teoría literaria, la filosofía política, la teología, por mencionar algunas. Entre otras cuestiones, en estas áreas de estudio se discute en torno a si es que la interpretación de textos está o no sometida a parámetros objetivos de corrección. Así como también, se debate acerca de si es que es posible o no identificar de manera imparcial la “verdadera” intención de las autoras de los textos.

Uno de los principales argumentos que Navarro utiliza para objetar a la TI es que existe un lenguaje compartido entre autoridades y destinatarios, concluyendo que, de lo contrario, no sería posible motivar el comportamiento mediante normas generales. En este punto introduce una primera distinción

2 Un argumento similar puede revisarse en Rapetti (2019).

muy asentada en la literatura iusfilosófica: formulaciones normativas o textos y normas entendidas como el contenido significativo de las primeras. Según quienes sostienen una teoría escéptica —una de las versiones de la TI en la terminología propuesta por Navarro—, las normas entendidas como significados de los textos son el resultado de la interpretación. La actividad de interpretación judicial de los textos normativos consiste en atribuir o decidir los significados de éstos.³ De esta manera, quienes sostienen la TI (al menos en la versión escéptica) no omiten ni confunden la distinción entre formulaciones normativas y normas, sino que la subrayan enfáticamente. Desde una óptica formalista, en cambio, esta distinción aparece más diluida en tanto se sostiene que los textos normativos tienen un significado “evidente”.

Navarro critica a la TI porque cree que “si las normas tienen capacidad de motivar conductas, esto se debe a que los destinatarios saben qué significan las palabras que ha empleado el legislador” (2022, p. 90). En mi opinión, esta afirmación puede sostenerse con independencia de que se defienda o no la TI. Esta tesis no conlleva negar, necesariamente, que pueda existir un lenguaje compartido entre autoridades normativas y destinatarios. El escepticismo, al menos en una versión “moderada”, como aquella que defendía Hans Kelsen y actualmente Riccardo Guastini (autores que cita Navarro), se caracteriza por defender las siguientes tesis:

- 1- Los términos empleados por el legislador en los textos normativos no tienen un único significado, sino múltiples significados plausibles como consecuencia de la utilización de distintos criterios interpretativos existentes en la práctica jurídica, así como de las diversas asunciones dogmáticas o ideologías de los intérpretes.⁴
- 2- La actividad interpretativa de los órganos judiciales es de carácter decisoria, consiste en atribuir (y no meramente en conocer) uno

3 En este sentido (nombrado a modo de ejemplo) puede verse: Tarello (1974, pp. 349 y ss.); Guastini (1992, cap. I, parte iii; 2011, pp. 99-405).

4 Tanto Kelsen como Guastini utilizan la noción de marco interpretativo para dar cuenta de estos múltiples significados plausibles, así como para explicar que la actividad interpretativa se desarrolla dentro de ciertos límites (Kelsen, 1960, p. 367; Guastini, 2012^a, pp. 50-54). Esta idea de marco interpretativo los distingue del escepticismo radical que afirma que los intérpretes pueden atribuir *cualquier* significado. Guastini plantea que la actividad de interpretación del órgano aplicador del derecho está sujeta a un límite: escoge uno entre los varios significados plausibles dentro de un marco. Este se configura mediante la utilización de las reglas del lenguaje, los métodos interpretativos y las construcciones dogmáticas que forman parte de la práctica jurídica. La interpretación judicial consiste así en decidir uno de tales significados. Según el escepticismo radical, en cambio, no hay ningún significado previo a la interpretación y el intérprete puede decidir cualquier significado.

entre los múltiples significados posibles de un texto.⁵

3- Los enunciados interpretativos que profieren las juezas y los jueces no están sujetos a parámetros objetivos de corrección, en virtud de los cuales pueda afirmarse que éstos son verdaderos o falsos.

Navarro examina la *variante conceptual* de la TI entendiéndola como la tesis según la cual las formulaciones normativas carecen de significado hasta que el intérprete judicial toma una decisión. Sin embargo, hay que precisar que solamente desde el escepticismo más radical se sostiene que no hay significados previos a la actividad interpretativa de los jueces. Pero un escepticismo moderado como el de Kelsen y Guastini, si bien afirma la tesis de la inevitabilidad de la interpretación, admite que existan significados previos. En efecto, lo que estos autores sostienen es 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 éstos.

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 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.

Ahora bien, como propuesta normativa se puede argumentar que los órganos aplicadores *deben* ceñirse a ese significado compartido por los miembros de una comunidad o al uso común de las palabras (y no a otro). Aun así,

5 Tomando la distinción de Kelsen entre interpretación de la ciencia jurídica e interpretación judicial, Guastini diferencia entre interpretación cognitiva y decisoria. La primera consiste en identificar los posibles significados de un texto normativo, utilizando las diversas técnicas interpretativas de una cultura jurídica. La interpretación cognitiva se expresa mediante enunciados descriptivos de los distintos significados dentro del marco. La interpretación decisoria consiste en elegir uno entre los distintos significados identificados mediante la interpretación cognitiva. Esta última se expresa mediante enunciados adscriptivos. Guastini introduce la noción de interpretación creativa o constructiva de significados para explicar la actividad que consiste en decidir un significado que está fuera del marco de significados plausibles. Esta última es una actividad creadora de normas que no consiste propiamente en interpretar (en sentido de atribuir significados), sino que los intérpretes construyen normas no expresas (Guastini, 2016, pp. 328-330). Críticas a esta distinción pueden revisarse en Lifante (2012) y Pino (2013).

cabe preguntarse con qué herramientas las juezas y los jueces determinan aquel significado. Esto se presenta como una cuestión evidente, pero no me parece que lo sea. Aquello que se identifica como “significado compartido” puede no ser unívoco y, finalmente, decidido por la intérprete.

Pensemos en la siguiente situación. Una formulación normativa establece que “los órganos colegiados del Estado deberán componerse de manera paritaria, asegurando que el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres”. Sobre el significado de esta disposición, un juez podría sostener que existe un uso compartido de la palabra “mujeres” como aquel que alude a ciertas características biológicas, de modo que ese 50 % debe componerse sólo por mujeres en un sentido biológico, excluyendo así a las mujeres transgénero. Otra jueza podría sostener que la palabra “mujer” ya no alude a una cuestión biológica, sino que incluye a quienes se identifican como mujeres, independientemente de la biología. De este modo, en ese 50 % están incluidas, también, las mujeres transgénero. Entonces, ¿cuál es el significado compartido de la palabra “mujer”? ¿con qué instrumentos las juezas identifican ese significado compartido?, ¿qué significa exactamente que esto sea una cuestión empírica y que existan parámetros objetivos de corrección?, ¿significa que es verdad que la mayoría de las personas de una cierta comunidad utilizan ese sentido y no el otro, o más bien que debiese utilizarse en un sentido y no en otro? Me parece central que se responda a estas preguntas.

Navarro utiliza también otro argumento para objetar a la TI, esta vez sobre la base de las tesis de Endicott, señalando que: “La estrategia de fundar la TI en una doctrina escéptica del lenguaje parece incoherente” (2022, p. 91). Explica que las decisiones interpretativas son también decisiones lingüísticas que se formulan en un texto, de manera que, si no hubiese lenguaje compartido, la decisión del intérprete también resultaría indeterminada y, en consecuencia, requeriría de otra decisión interpretativa. Esto conduciría a un regreso al infinito, a menos que se admita que las palabras tienen un significado previo con independencia de las decisiones del intérprete.

A su vez, Navarro afirma que es incoherente sostener que no existen significados previos a la interpretación, pero sí que los hay luego de esta actividad. Observa que los defensores de la TI no sólo defienden la idea

de que el proceso mediante el cual se extraen normas de textos se realiza mediante decisiones interpretativas, sino que, además, sostienen que las normas así creadas por los intérpretes tienen relevancia práctica; producen efectos jurídicos en el sentido que determinan la solución de casos. El problema de compatibilizar esta última idea con la TI es, según Navarro, que para que las decisiones interpretativas puedan tener relevancia práctica se requiere que éstas puedan ser comunicadas a los órganos de aplicación y de ejecución, para lo cual es necesario un lenguaje compartido.

Al respecto, hay que reparar en que, como he apuntado antes, hay versiones del escepticismo (y, por tanto, de la TI) que admiten la existencia de significados previos a la interpretación judicial. Así como también que esta teoría no es incompatible con la afirmación de que pueda existir un lenguaje jurídico compartido (las autoridades normativas, la mayoría de las destinatarias y las intérpretes judiciales pueden atribuir los mismos significados). Ahora bien, hay que reconocer que es un problema para la TI lo que observa Navarro sobre el regreso al infinito de las interpretaciones: ¿los órganos ejecutores interpretan también los textos en que se expresan las decisiones interpretativas de las juezas y los jueces? Sobre esto puede sostenerse que la actividad interpretativa de los órganos aplicadores del derecho acota, pero no elimina totalmente los problemas de interpretación. Además, hay que considerar que, en el caso de que el ejecutor interprete de manera diversa al juez o que las partes discutan sobre la ejecución, se puede volver a la sede judicial.⁶ Sin embargo, los defensores de la TI no han argumentado con mayor profundidad sobre este problema.

Por otra parte, el autor del libro en comento identifica como la *versión epistémica* a aquella variante de la TI sobre la identificación de las normas que admite que los significados de las palabras están determinados por los contextos. Sin embargo, la relatividad contextual impide conocer las normas que expresa una determinada formulación normativa, de modo que es siempre necesaria una decisión interpretativa. Navarro cita las tesis de

6 Sobre esto, hay casos judiciales interesantes. Menciono uno del contexto chileno: en una disputa entre la Corfo y el banco BBVA se había condenado al banco a pagar a Corfo una suma determinada “más los intereses corrientes desde la mora y costas de la causa”. Corfo pidió la ejecución de esa sentencia, pero las partes discutieron desde cuándo se producía la mora para contar los intereses. La Corte de Apelaciones de Santiago optó por un criterio más favorable al demandante y, finalmente, la Corte Suprema dio un giro optando por el criterio más favorable al ejecutado (Corte Suprema Rol 8738-2018).

Guastini, por lo que resulta pertinente reiterar que este autor sostiene que los textos normativos admiten no uno, sino múltiples significados posibles que no necesariamente coinciden. Lo anterior, se explica por la utilización de diferentes métodos interpretativos en una determinada cultura jurídica y las diversas asunciones dogmáticas e ideologías de los intérpretes (Guastini, 2012a; 2016, pp. 335 y ss.).

Navarro (2022) defiende la idea de que las intérpretes deben buscar el significado atribuido por el legislador y cree que dicha búsqueda es una cuestión empírica.⁷ 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, es posible aplicar 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.

Navarro afirma que, normalmente, el significado atribuido por el legislador coincide con el uso ordinario de las palabras, pero podría ocurrir que el legislador atribuya un significado distinto. En este último caso, Navarro cree que debe preferirse el sentido atribuido por el legislador. Sin embargo, también puede argumentarse, como suele suceder, en favor de otros criterios. Así, en materia constitucional existe la denominada “interpretación adecuada” de los textos normativos, de modo que las normas que se extraigan de éstos resulten compatibles con las normas constitucionales. Pues, podría ocurrir que el intérprete argumente que el significado atribuido por el legislador histórico expresa normas que resultan incompatibles con la Constitución y defienda un significado que se ajuste a las normas constitucionales. O que se argumente que el uso compartido de un término ha cambiado y que conviene utilizar ese sentido.

7 En este sentido afirma: “La identificación del modo en que el legislador ha usado las palabras es una cuestión empírica [...]” (Navarro, 2022, p. 92).

Volviendo al ejemplo sobre la palabra mujer, podría ser que el legislador, en el tiempo en que fue formulado el texto, haya entendido esa palabra en término biológicos, pero se argumente que existe una nueva convención o uso compartido entre autoridades y destinatarios, de acuerdo con la cual este no sólo incluye a las mujeres en sentido biológico, sino que también a aquellas que se identifican de ese modo. Lo anterior, se puede argumentar, resulta también coherente con normas que consagran derechos a la identidad sexual y de género. En cualquier caso, incluso aunque se coincida con la propuesta de Navarro, de que debe atribuirse los significados según la intención del legislador que formuló el texto, la defensa de la idea de que en la interpretación de textos jurídicos debe anteponerse uno u otro criterio es una cuestión normativa. Por lo demás, ¿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 y los jueces 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 puede haber 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 los intérpretes.

Sin perjuicio de lo anterior, no me parece problemático que las teóricas positivistas del derecho, además de describir aspectos del fenómeno jurídico, puedan a la par desarrollar propuestas normativas sobre criterios de interpretación. Pero es relevante tener claro que esto último no es simplemente una cuestión empírica.

Por otra parte, es importante subrayar que la afirmación de que los enunciados interpretativos que formulan las juezas y los jueces no están

sometidos a parámetros objetivos de corrección, no es lo mismo que afirmar que las decisiones interpretativas no pueden ser criticadas. Se puede tomar posición sobre qué criterio interpretativo conviene adoptar para determinar el significado de los textos normativos. Tampoco la TI conduce a negar que pueda existir una amplia coincidencia sobre el significado que se atribuye a los textos (lo cual puede variar) en una determinada cultura. Es posible argumentar que las juezas deben ceñirse a ese significado o que resulta conveniente utilizar algún otro criterio interpretativo. Puede hablarse así de parámetros bajo los cuales se juzgan las decisiones interpretativas, pero no creo que ello pueda ser designado como un parámetro objetivo, una cuestión “evidente” o empírica que pueda ser identificada con abstracción de las creencias e ideologías de los intérpretes. Es una cuestión normativa.

III. SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS. ALCANCE VERSUS FUERZA

Navarro distingue entre aplicabilidad interna o el alcance de una norma, es decir, los casos genéricos que regula y su aplicabilidad externa o fuerza, esto es, que una norma pueda o deba ser utilizada como fundamento de una decisión. Según Navarro, los defensores de la TI sostienen que para determinar tanto el alcance como la fuerza de una norma es necesaria una decisión interpretativa. Sobre esta cuestión, me parece que la TI puede aludir al alcance de una norma, pero no a la fuerza. No creo que haya afirmaciones de los defensores de la TI que lleven a concluir que confunden esta distinción.

La discusión se sitúa, entonces, en el alcance de las normas. Navarro toma la distinción de Alchourrón y Bulygin (1974, p. 125) entre normas generales simples y normas generales complejas. Las normas generales simples enlazan una solución normativa para un caso genérico que se define por la combinación de todas las propiedades que el legislador expresamente ha considerado relevantes. De esta manera, el alcance de una norma simple está determinado por todos los casos elementales que el legislador

ha mencionado expresamente. Cuando se trata de normas complejas, en cambio, el legislador sólo menciona expresamente alguna de esas propiedades.

Navarro reconstruye a la TI de la siguiente manera:

La tesis TI enfatiza que no es posible determinar los casos genéricos que regula una norma compleja sin una decisión interpretativa. Si el alcance de una norma es una función de lo que dice expresamente el legislador, entonces todas las circunstancias que éste no ha mencionado expresamente no están reguladas por la norma. (2022, p. 96)

Según Navarro, lo anterior no resulta convincente porque cree que los intérpretes se encuentran en una situación similar a la del legislador en el sentido de no poder prever todas las combinaciones de propiedades relevantes para determinar el alcance de una norma general (2022). Por ello, enseguida apunta que “la misma situación de relativo desconocimiento del futuro e indeterminación de propósitos incide tanto en la decisión del legislador como así también en las decisiones interpretativas” (2022, p. 96). Plantea que, si el legislador no puede determinar el contenido de las normas generales, tampoco podrían hacerlo los intérpretes, puesto que éstos también deciden sobre la base de un número limitado de propiedades. Si el alcance de una norma general depende de las intenciones de las autoridades y los intérpretes, ambos se enfrentan a los mismos problemas, los que a su vez se traspasarían también a las decisiones interpretativas. La solución que propone Navarro es admitir que existen normas generales previas a la interpretación y negar que su alcance depende de las intenciones de autoridades e intérpretes.

Al respecto, es necesario notar que el juez no está en la misma situación que el legislador. Al juez no le corresponde regular casos genéricos futuros, sino que resolver el caso actual que se somete a su conocimiento sobre la base de una norma general. La determinación del alcance de la norma general —que, según la TI, lleva a cabo el intérprete— la realiza a efectos de que funcione como premisa normativa de su decisión. Mediante la interpretación del texto extrae la norma general y con ésta fundamenta su decisión del

caso que conoce. Si bien, como señalé algunos párrafos atrás, el intérprete no puede eliminar totalmente el problema de la indeterminación, lo reduce o delimita, al menos, en el ámbito de su decisión.

Navarro afirma:

Aunque el legislador no haya mencionado expresamente a las situaciones que sus normas regulan, de las normas que ha formulado expresamente se sigue implícitamente la solución de esos casos. Esto significa que el alcance de una norma general compleja, i.e. su contenido conceptual, sólo puede determinarse una vez que se extraen las consecuencias lógicas de lo que ha dicho expresamente el legislador. Que una norma compleja regule diferentes casos elementales de un cierto UP, a pesar de que el legislador no los haya mencionado expresamente, depende únicamente de las reglas de la lógica y no de las decisiones o conocimiento del intérprete. (2022, p. 97)

Sobre esto hay que precisar lo siguiente: Hart y quienes siguen sus tesis en materia de interpretación se concentran en los problemas de textura abierta o vaguedad del lenguaje, que en el ámbito jurídico se expresa en la dificultad de determinar los casos genéricos regulados por una norma. Los autores que sostienen el escepticismo interpretativo, en cambio, se enfocan en los problemas de equivocidad del lenguaje. Esto último alude al hecho de que existan múltiples significados posibles de los textos normativos. La equivocidad del lenguaje, según plantea Guastini, puede explicarse por diversos motivos. Algunos tienen que ver con la propia formulación normativa, como, por ejemplo, que esté expresada de modo ambiguo u oscuro. Otras causas de la equivocidad de los textos se relacionan con la diversidad de intérpretes y criterios interpretativos. Los intérpretes de una formulación normativa pueden utilizar diferentes métodos interpretativos que arrojen diversos significados o bien, los intérpretes pueden tener distintos intereses, ideologías o basarse en construcciones dogmáticas en conflicto (Guastini, 2011, pp. 39- 52; 2012b, pp. 192-194; 2016, pp. 328-330).⁸

8 En este mismo sentido se pronunciaba antes Tarello (1974, pp. 349 y ss.; 1980, pp. 105 y ss.).

En este sentido, Guastini distingue entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La interpretación en abstracto consiste en atribuir contenido significativo a un texto o formulación normativa y, por tanto, se relaciona con los problemas de equivocidad. La interpretación en concreto, a su vez, consiste en determinar los casos que caen en el campo de aplicación de una norma y, por tanto, se relaciona con los problemas de vaguedad. Advierte que, aun cuando se trata de problemas diversos, pueden resolverse al mismo tiempo.⁹ Sobre la interpretación en concreto, Guastini (2012b, pp. 192-194) admite que pueda estar sujeta a parámetros de corrección. No obstante, cree que la interpretación en abstracto es la que presenta mayor interés para la teoría jurídica y en este ámbito enfoca su versión de la TI.

Entonces, hay que tener en cuenta que, al menos en la versión escéptica de la TI, se sostiene que previo a determinar las consecuencias lógicas de una norma es necesario determinar el significado del texto normativo. Así, en el ejemplo formulado unos párrafos atrás, para establecer que un caso genérico —como el de “mujeres transgénero”— está regulado por la norma que establece la paridad, es necesario ofrecer un significado del término mujer.

La inevitabilidad de la interpretación tiene que ver, sobre todo, con extraer el significado y, por tanto, la norma del texto, para luego poder determinar las normas implícitas mediante una derivación lógica deductiva u otros procesos argumentativos.¹⁰

IV. SOBRE EL ARGUMENTO DE LA DERROTABILIDAD

Navarro identifica como una variante de la TI a las tesis sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Según este argumento, siempre es necesaria una interpretación debido a que, para delimitar el alcance de una norma, no sólo hay que determinar sus consecuencias lógicas, sino que también

9 Críticas a la distinción de Guastini entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto pueden revisarse en Lifante (2012) y Ramírez (2015; 2019).

10 Las normas implícitas o inexpressas derivadas a partir de argumentos que no son lógicos deductivos son, según Guastini, construcciones jurídicas (2011, p. 32)

valorar sus excepciones implícitas. De acuerdo con Navarro, esta tesis no muestra la inevitabilidad de la interpretación, sino que se propone evitar que la aplicación de una norma (cuyo alcance se establece en función del significado literal del texto normativo) conlleve un resultado injusto.

Es importante observar que, en realidad, la derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las normas que haga necesaria o torne inevitable la interpretación, sino que es el resultado de ésta.¹¹ Generalmente, es producto o se relaciona con la utilización de ciertos criterios interpretativos tales como, el de la “verdadera” intención del legislador o directivas interpretativas funcionales (en los términos de Wróblewski [1985, pp. 35-56]) como la de los fines o propósitos que persigue una institución. Depende, así, de las valoraciones que los intérpretes llevan a cabo en las operaciones interpretativas.

Navarro muestra que la idea de “realizar justicia” mediante la interpretación judicial resulta problemática en tanto es una cuestionable recomendación acerca del modo de aplicar el derecho. Cita para tales efectos a Beccaria (1984, pp. 49-50), para quien esto es contrario al “gobierno de las leyes” (como se citó en Navarro, 2022, p. 98). Puede también servir de apoyo a esta tesis las ideas de Savigny (1878, pp. 155 y ss.) sobre el problema de las expresiones impropias. Savigny distingue dos defectos de la ley: las expresiones indeterminadas y las expresiones impropias. Con las primeras hace referencia a los problemas de equivocidad de los textos normativos y a la textura abierta del lenguaje. El problema de la expresión impropia se trata de una cuestión diferente: la disconformidad entre el sentido literal de la ley y el sentido según el pensamiento del legislador. Cuando se trata de expresiones indeterminadas, Savigny reconoce que es inevitable que el órgano aplicador concrete la legislación, por eso señala que el defecto de indeterminación se explica por un déficit de la legislación que es necesario suplementar, de manera que la interpretación aquí es inevitable. Sin embargo, el problema de la impropiedad trata de una cuestión diferente: la pregunta que debe responderse es si es que el juez debe seguir el sentido literal de la ley o el pensamiento del legislador.

11 En este sentido, Guastini (2008, pp. 152-153).

Tal como expone Savigny, identificar una expresión impropia y cambiarla por otra no es una cuestión neutral, sino que depende de las valoraciones de los intérpretes. Señala que el juez podría esconder su intención de cambiar la ley (según el sentido literal) bajo el pretexto de una expresión impropia, y así extraer una norma distinta según lo que el intérprete valora como el “auténtico” pensamiento del legislador. A diferencia de lo que ocurre con las expresiones indeterminadas, que el intérprete debe necesariamente subsanar, Savigny propone que debe negarse este poder al juez. Atria reformula estas ideas de la siguiente manera: el formalismo ve el problema de la indeterminación, pero no de la relevancia porque lo considera inevitable, en el sentido de que el juez debe resolverlo para extraer la norma aplicable. Atria, entonces, retoma la distinción de Savigny y postula que, en el caso de expresiones indeterminadas, el juez sigue siendo un aplicador. Por eso afirma que:

Interpretar pasajes oscuros o contradictorios no hace inestable la práctica de la sujeción del juez a la ley, y por tanto la distinción instruccional entre juez y legislador; pero si lo hace autorizarlo corregir la expresión impropia, porque su identificación no puede ser valorativamente neutral. Por eso Savigny afirma que debe negarse al juez el poder de cambiar las expresiones impropias. (Atria, 2016, pp. 118-124)¹²

Entonces, hay que distinguir, por una parte, las tesis de la inevitabilidad de la interpretación que pretenden dar cuenta de la actividad interpretativa de los órganos aplicadores del derecho ante los problemas de indeterminación o la equivocidad del lenguaje jurídico. Y, como una cuestión diferente, las ideas en torno a la derrotabilidad que resultan más cercanas a lo que Savigny identifica como las expresiones impropias. Estas últimas son propuestas normativas acerca de cómo deben interpretarse los textos formulados por el legislador. Como he señalado, la derrotabilidad no es una propiedad de las normas que haga inevitable la interpretación, sino que los intérpretes hacen derrotables o derrotan las normas como resultado de una cierta interpretación. La idea de que los jueces deben identificar

¹² Atria observa que es curioso que la teoría del derecho del siglo XX haya abandonado la concepción formalista por no identificar el problema de la vaguedad (textura abierta, expresión indeterminada) y no por el problema de la expresión impropia (derrotabilidad). Así, para Hart, la posibilidad de una expresión indeterminada (y no el de la expresión impropia) mostraba que el formalismo era un vicio.

excepciones implícitas que no son posibles de enumerar de antemano, y que ello tiene por finalidad realizar justicia, es una recomendación acerca del rol de los jueces.

V. APLICACIÓN DE NORMAS. CONEXIÓN ENTRE NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES

Sobre este punto me interesa referirme a lo siguiente. En la reconstrucción de Navarro, una versión de la TI consiste en sostener que la interpretación es una actividad necesaria para aplicar (en el sentido de usar como fundamento de una decisión) una norma general a un caso particular. A efectos de dar cuenta de esta tesis cita una afirmación de Riccardo Guastini:

Incluir o excluir un cierto caso del campo de aplicación de una norma, aunque la cosa sea pacífica, presupone de todos modos interpretación. Desde este punto de vista, existe interpretación no sólo en presencia de los casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es un presupuesto necesario de la aplicación. (1992, p. 104)

Esta afirmación de Guastini se refiere a algo distinto a la idea de que interpretar significa subsumir un caso en el campo de aplicación de una norma general o que la conexión entre normas generales y normas individuales resulta de las decisiones interpretativas. Lo que Guastini pretende mostrar con esta afirmación es que, previo a determinar que un caso cae en el campo de aplicación de una norma, es necesario atribuir significado al texto normativo para así extraer la norma general, es decir, interpretar en abstracto el texto normativo. Hay que recordar que Guastini distingue entre interpretación en abstracto o de textos e interpretación en concreto o la determinación de los casos de aplicación. Así también, como se señaló, Guastini reconoce que en la interpretación en concreto pueden existir parámetros de corrección, siempre que el supuesto de hecho sea descrito en los mismos términos que en la formulación normativa. La teoría escéptica de la interpretación de este autor se concentra especialmente en la atribución de significado a los textos normativos.

Entonces, cuando Guastini sostiene que incluir o excluir un cierto caso del campo de aplicación de una norma presupone de todos modos interpretación, está aludiendo, sobre todo, a la identificación de la norma general. En este sentido, afirma que la interpretación en concreto presupone la interpretación en abstracto. Esta variante de la TI, que identifica Navarro, sobre la aplicación de las normas a casos individuales, es más cercana a la propuesta de Hart sobre los casos difíciles entendidos como aquellos en que no es claro que sean una instancia de un caso genérico. Las teorías eclécticas o intermedias suelen enfocar su atención en la interpretación en concreto.

A su vez, Navarro detecta una ambigüedad sobre el término “norma individual” y plantea una distinción relevante. En algunas ocasiones se hace alusión a una norma implícita que se deduce de una norma general. Otras veces, con la expresión “norma individual” se designa a las normas formuladas expresamente por los órganos aplicadores para resolver una situación particular que se somete a su conocimiento. Según Navarro, las normas individuales, en sentido de normas implícitas que se derivan de las normas generales, existen independientemente de las decisiones de los órganos aplicadores pues éstas se deducen lógicamente de las normas generales. En cambio, las normas que se formulan para resolver un caso concreto existen desde que son formuladas por las autoridades competentes. Por eso, él afirma que no hay que confundir la relación de subsunción entre normas y casos individuales que regulan en tanto relación conceptual (interna) y la justificación de una decisión sobre un caso judicial en tanto relación institucional (externa). Aunque sea cierto que una norma se aplica (en el sentido que regula) un caso, de ello no se sigue que el juez la use para resolver el caso.

En esta misma línea, Navarro distingue dos sentidos de “caso individual”. Un primer sentido es aquel que hace alusión a aquellos que son una instancia o ejemplo de los casos regulados de manera abstracta por una norma. Un segundo sentido de caso individual es como caso judicial, es decir, “controversias que se deciden en sede judicial, mediante un proceso jurídico específico” (2022, p. 101). Las normas generales que califican normativamente una clase de supuestos de hecho regulan implícitamente los casos individuales en el primer sentido. De este modo, los casos individuales,

que son una instancia del supuesto de hecho regulado por una norma general, están regulados aunque el legislador no lo diga explícitamente. En cambio, cuando se trata de casos judiciales, la solución requiere de la intervención de un órgano aplicador y una expresa decisión institucional.

Así, la pregunta sobre qué conecta a las normas generales con los casos individuales admite diferentes respuestas dependiendo de la noción de caso individual. La conexión de casos individuales en el sentido de instancias o ejemplos del supuesto de hecho regulado por una norma es conceptual o interna, mientras que la conexión entre normas generales y casos judiciales es institucional o externa.

Si se tiene en consideración lo señalado por la versión escéptica moderada de Riccardo Guastini, esta distinción que muestra Navarro puede seguir sosteniéndose. La interpretación decisoria que llevan a cabo los órganos aplicadores es una actividad que consiste en atribuir significados a los textos normativos a efectos de identificar la norma general aplicable. El intérprete decide uno entre los múltiples significados (por tanto, normas) admisibles. Este marco se configura por la utilización de diferentes criterios interpretativos asentados en una cultura jurídica y las diversas asunciones dogmáticas de los intérpretes. Una vez identificadas las normas pueden también identificarse los casos individuales (instancias o ejemplos) de aplicación. Las normas generales identificadas mediante la actividad interpretativa son utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores en los casos judiciales que resuelven.

VI. OBSERVACIÓN FINAL

Las distinciones que formula Navarro son acertadas, pero no impiden sostener la tesis de la inevitabilidad, al menos en una versión escéptica. De esta manera, la tesis de la inevitabilidad no es producto de confusiones conceptuales, ni éstas son pasadas por alto por, al menos, algunas de las versiones de la TI que plantea Navarro.

De este modo, la diferencia entre normas y formulaciones normativas es subrayada por el escepticismo que sostiene que el proceso de interpretación

permite extraer normas de los textos normativos. Las normas formuladas o expresas son aquellas que pueden arraigarse a un texto y que se extraen mediante la actividad interpretativa. Las normas derivadas son aquellas que se extraen a partir de normas expresas mediante una deducción lógica (o también normas derivadas mediante otros tipos de argumentación). De esta forma, no se omite la distinción entre casos elementales y casos complejos.

Asimismo, he intentado mostrar que la diferencia entre los conceptos de alcance de una norma (casos genéricos que regula) y su fuerza (aplicabilidad externa) tampoco es pasada por alto por la tesis de la inevitabilidad, ni es ignorada la distinción entre casos genéricos (supuestos de hechos regulados por una norma general) y casos individuales (como ejemplos o instancias de casos genéricos), considerando también la idea de caso judicial como aquel caso concreto sobre el cual se pronuncia un juez.

Finalmente, sostener que existe un lenguaje compartido entre autoridades y destinatarios de normas no conlleva a decir que existe un parámetro objetivo de corrección. Sin embargo, como tesis normativa, se puede sostener que los intérpretes deben atenerse a ese significado en lugar de a otros que sean resultantes de la utilización de distintos criterios interpretativos. Me parece, también, que identificar algo así como un significado compartido no es (al menos no siempre) una cuestión imparcial.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea. <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/introduccion-a-la-metodologia-de-las-ciencias-juridicas-y-sociales--0/html/>

Alchourrón, C. y Bulygin E. (1991) *Análisis lógico y derecho*. Trotta.

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.

Beccaria, C. (1984). *De los delitos y las penas*. Hyspamerica.

Endicott T. (1996). Linguistic indeterminacy. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16(4), 667- 697.

Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.

Guastini, R. (2008). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 143-156. <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.07>

Guastini, R. (2011). *Interpretare e argumentare*. Giuffrè.

Guastini, R. (2012a). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones*, (11), 27-57. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2537>

Guastini, R. (2012b). Réplica. *Discusiones*, (11), 177-201. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2545>

Guastini, R. (2016) *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.

Hart, H. (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Press.

Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Colihue.

Lifante, I. (2012). Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano. *Discusiones*, (11), 59-85. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2538>

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

Pino, G. (2013) Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa. *Rivista di Filosofia del diritto*, (1), 77-102.

Ramírez, L. (2012). El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”. (11), 8-116. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2539>

Ramírez, L. (2015). Verdad y corrección en la interpretación jurídica. *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII(1), 9-31. <https://revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/issue/view/11>

Ramírez, L. (2019). Riccardo Guastini, las teorías de la interpretación jurídica y lo verdaderamente correcto. En P. Chiassoni, P. Comanducci, y G. B. Ratti, *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, (Vol. II, pp. 91-110). Marcial Pons.

Rapetti, P. (2019). El escepticismo interpretativo guastiniano: desconocedor, desconocido, en P. Chiassoni, P. Comanducci, y G. B. Ratti, *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini* (Vol. II, pp. 287-306). Marcial Pons.

Savigny, F., (1878) *Sistema del derecho romano actual*. Madrid. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-del-derecho-romano-actual/>

Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Il Mulino.

Wróblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas.

Documentos consultados:

Corte Suprema (28 de mayo de 2021), Sentencia Rol 8738-2018.

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.¹ 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).² 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.³ 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.⁴ 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.⁵

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,⁶ 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.⁷ 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

7 Véase, por ejemplo, Alchourrón y Bulgin (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”.⁸ 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).⁹ 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.¹⁰ 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

¹⁰ 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.¹¹

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.¹² 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,¹³ y en trabajos sobre dinámica jurídica es usual mostrar las conexiones entre sistematización y la identificación de una cierta base normativa.¹⁴

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,¹⁵ 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 contruidos 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,¹⁶ 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).¹⁷ 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, Bulygin¹⁸ 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.¹⁹ 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/ ~BFE; N2: OR/ ~BFA; N3: OR/ ~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., solucionan

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 Bulgin, 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 Bulgin, 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. *Isonomía*, (13), 81-84. 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.

ANUARIO

Nº39 · 2023

***Doctor Navarrus:
Comentarii de normis,
lacunis, atque iudicibus***

Páginas 123- 138

DOCTOR NAVARRUS: COMENTARII DE NORMIS, LACUNIS, ATQUE IUDICIBUS

J. J. Moreso¹

Catedrático de Filosofía del
Derecho, Universitat Pompeu
Fabra (Barcelona)- BIAP
(Barcelona Institut of Analytic
Philosophy). Email: josejuan.
moreso@upf.edu

“You have a case, Holmes?” I remarked.
“The faculty of deduction is
certainly contagious,
Watson,” he answered. “It has
enabled you to probe my secret.
Yes, I have a case. After a
month of trivialities and
stagnation the wheels move once more.”

Arthur Conan Doyle
The Problem of Thorn Bridge, 1922

RESUMEN

En esta contribución al debate entre Pablo Navarro y Alejandro Calzetta, Alejandra Olave y Marcela Chahuán se discuten tres ideas que, de algún modo, se esconden en los presupuestos de la discusión. La primera se refiere a un modo de comprender la idea de casos irrelevantes, en la concepción de las lagunas normativas, a partir de la distinción entre inadmitir y desestimar una demanda. La segunda se refiere a poner en relación la distinción entre permisos débiles y permisos fuertes con la distinción de Hohfeld entre un derecho como un *claim* y un derecho como un *privilege*.

¹ Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de tres proyectos de investigación concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00, por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 00923 y por la AET (Agencia Estatal de Investigación) del Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M.

La tercera discute las tesis de la inevitabilidad de la interpretación y la de la indeterminación producida por la pluralidad de los cánones interpretativos con la ayuda de algunas de las ideas de Wittgenstein.

PALABRAS CLAVE

Pablo E. Navarro; Hohfeld; lagunas normativas; interpretación jurídica

DR NAVARRO: COMMENTS ON NORMS, GAPS AND JUDGES

ABSTRACT

This contribution to the debate between Pablo Navarro and Alejandro Calzetta, Alejandra Olave and Marcela Chahuán discusses three ideas that, in some way, are hidden in the assumptions of the discussion. The first refers to a way of understanding the idea of irrelevant cases, in the conception of normative gaps, based on the distinction between the inadmissibility and dismissal of a claim. The second concerns relating the distinction between weak and strong permissions to Hohfeld's distinction between a right as a *claim* and a right as a *privilege*. The third discusses the thesis of the inevitability of interpretation and that of the indeterminacy produced by the plurality of interpretative canons with the help of some of Wittgenstein's ideas.

KEYWORDS

Pablo E. Navarro; Hohfeld, normative gaps; legal interpretation

INTRODUCCIÓN

Escribo esta contribución como resultado de una amable invitación de Sebastián Agüero a participar *a posteriori* en el debate que tuvo lugar en 2021 en Valdivia (Chile), en la Universidad Austral de Chile, sobre el libro de Pablo E. Navarro (2022), con aportaciones muy relevantes de Alejandro Calzetta (2023), Alejandra Olave (2023) y Marcela Chahuán (2023), que van a ser publicadas en el próximo número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, con una prístina respuesta del mismo autor (Navarro, 2023).

Antes de explicar cómo voy a proceder para componer este colofón, para lo cual las generosas indicaciones de Sebastián me dan mucha libertad, es preciso que comience con dos advertencias previas, *ex abundante cautela*.

La primera tiene que ver con el título de este texto, que está escrito en latín como una broma privada dirigida a mi amigo Pablo que, con razón, me reprocha usar demasiado el latín en mis contribuciones de los últimos años. Agravo aquí, más si cabe, esta cuestión comparando a Pablo con Martín de Azpilcueta (1492-1586), el denominado *Doctor Navarrus*, eximio teólogo, filósofo moral y jurista navarro, profesor en Salamanca y Coímbra, que se contaban entre las mejores universidades del mundo en el siglo XVI. Lo hago porque, aunque Pablo nació en Santiago del Estero (Argentina), probablemente descende de algún español de Navarra de la época del *Doctor Navarrus*. Lo hago, también, como homenaje a su gran talento y a su integridad académica, virtudes que adornaban también la personalidad de Martín de Azpilcueta.

Lo segundo que quiero decir aquí es que la colaboración académica con Pablo, con el cual —a menudo con María Cristina Redondo también— escribimos en la última década del siglo pasado y la primera de éste una veintena de trabajos sobre teoría general de las normas y de los sistemas normativos, se cuenta entre lo mejor que me ha sucedido en mi peripetia vital.² La verdad es que recuerdo esa época, por razones a la vez académicas

2 Por ejemplo, Moreso y Navarro (1993); Navarro y Moreso (1997); Moreso y Navarro (1998); Moreso, Navarro y Redondo (1992 2002).

y personales, como la mejor de mi vida y ahora evoco con nostalgia los años de la felicidad. A lo anterior contribuyó, sin duda y de manera muy relevante, la amistad con Pablo y también con Cristina.³

Dicho esto, no extrañará que señale que mi acuerdo con las ideas de Pablo es muy amplio, no obstante, los matices, extensiones y objeciones que se hallan en Calzetta, Olave y Chahuán me parecen también muy pertinentes. Sin embargo, aquí me referiré a tres cuestiones, más bien ortogonales, pero que están presentes en los presupuestos del debate y que, tal vez, merecen nuestra atención más detenida.

Las dos primeras se refieren a cuestiones que, de algún modo, están presentes en las contribuciones de Calzetta y Olave y en la respuesta de Pablo. Ambas giran en torno a nuestra noción de laguna normativa y a la distinción entre casos normativamente lacunosos y casos irrelevantes. La primera se detiene en una ambigüedad, que reputo crucial, en la expresión “rechazar la demanda”, que tan a menudo aparece en esta discusión. Rechazar la demanda significa, por un lado, *desestimarla*, pero también significa *inadmitirla*. Tomar en cuenta esta distinción puede, según creo, ayudarnos a arrojar algo de luz en el debate acerca de las lagunas. La segunda se refiere a la idea, muy bien desarrollada por Olave, de la necesidad de introducir las categorías hohfeldianas en este debate —el que se maneja principalmente con el *toolkit* de Alchourrón y Bulygin (1971) y que no usaba a Hohfeld (1919)—, pero no para introducir, lo que es muy necesario también, las posiciones jurídicas secundarias de Hohfeld (los poderes y las inmunidades) como quiere Olave, sino para pensar con más calma acerca de la distinción entre los derechos como *claims* y los derechos como *liberties* o *privileges*.

3 Puedo contar aquí, como una especie de registro notarial de mis afectos, que conocí a Cristina y a Pablo en el invierno austral de 1990 en Córdoba (Argentina). Estaba yo en una estancia de investigación posdoctoral en Buenos Aires, con Eugenio Bulygin de supervisor, aunque trabajaba, por consejo de Eugenio, en el Centro de Estudios Institucionales dirigido por Carlos S. Nino, donde tuve mis primeras relaciones académicas con él y con los *Nino's boys and girls*. Ricardo Caracciolo, el maestro de Cristina y Pablo, que había estado, en 1988, como profesor visitante en la Universidad Autónoma de Barcelona invitado por Jorge Malem y coincidiendo con la lectura de mi tesis doctoral, me invitó a pasar una semana en su universidad, en Córdoba. Recuerdo que después de muchas conversaciones con Cristina y con Pablo sobre las cuestiones de teoría de los sistemas normativos que nos interesaban por igual, pensé que mi vida académica cambiaría a mucho mejor si pudiese trabajar con ellos. Esto era antes de Internet y del *email* (al menos para nosotros). La fortuna quiso que Pablo y también Ricardo se trasladaran a España poco después, Ricardo invitado por Albert Calsamiglia a la recién creada Universitat Pompeu Fabra y Pablo a Girona. Cristina llegó al año siguiente y culminó su tesis doctoral ya en Barcelona. A veces los deseos se convierten en realidad.

La tercera cuestión versa sobre la interpretación y, por ello, está más cerca de las reflexiones de Chahuán. Introduciré la conocida idea de Wittgenstein (1953, sec. 201) conforme a la cual hay un modo de captar una regla que *no* es una interpretación y las consecuencias que de ello podemos obtener para la denominada *tesis de la inevitabilidad de la interpretación*.

I. INADMITIR Y DESESTIMAR UNA PRETENSIÓN JURÍDICA: EL PROBLEMA ATRIANO

Comencemos, entonces, con la primera de las cuestiones. La noción de *laguna normativa* que se usa en este debate es la de Alchourrón y Bulygin (1971). Bastará con recordar aquí, que un supuesto de laguna normativa se produce, conforme a la elegante reconstrucción de los autores, cuando un caso genérico de un universo de casos previamente identificado no se halla correlacionado en un sistema normativo con ninguna solución maximal del universo de acciones.

Es preciso aclarar que la noción de laguna normativa es dependiente de un determinado universo de casos que constituye un sistema normativo. En su libro, los autores afirman que sus ejemplos de laguna normativa —en el ahora ya famoso supuesto del problema de reivindicación de inmuebles contra terceros poseedores (tomando en consideración tres propiedades relevantes: la buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y la naturaleza de título oneroso del contrato)— son relativos a una determinada reconstrucción de algunas normas, son relativas a un *microsistema normativo*.⁴ Así, Alchourrón y Bulygin explican que decir que su sistema normativo tiene tres casos de laguna normativa

no es lo mismo que decir que el Código civil argentino tiene lagunas con respecto al problema de reivindicación de inmuebles contra terceros poseedores. No sostenemos tal cosa, nuestra tesis es mucho más cautelosa [...] Es muy posible que si el sistema S4 [el sistema con el que reconstruyen dos artículos del código civil argentino] se integrara con alguna otra norma (por ejemplo, con

4 La denominación es de Guastini, por ejemplo, en (Guastini, 2004, p. 269, nota 81).

alguna otra disposición del código), las lagunas desaparecerían. Pero entonces se trataría de otro sistema distinto. (2012, p. 31)

Por otro lado, como es bien sabido, Alchourrón y Bulygin sostienen que, en los casos en los que el derecho no prevé ninguna consecuencia normativa, los jueces tienen discreción. Los jueces cumplen con sus deberes jurisdiccionales o bien aceptando o bien rechazando la demanda.

Vamos ahora a la objeción que formuló Fernando Atria, que denominaré el *problema atriano* (2002, p. 78; 2005, p. 17). Se trata del caso de la pareja escocesa. Si se produce un conflicto de intereses entre el marido de la pareja, que quiere pasar sus vacaciones en Francia, y la mujer que quiere pasarlas en Sudáfrica, entonces, ante una demanda presentada por uno de ellos, el juez —conforme a las ideas de Alchourrón y Bulygin— cumpliría con sus deberes jurisdiccionales tanto acogiendo la demanda como rechazándola. Y esto es lo que a Atria le parece una consecuencia paradójica de esta concepción de las lagunas, unida con la tesis de la discreción judicial. La gran mayoría de los juristas dirían que, en este caso, los jueces no tienen discreción y que lo apropiado aquí es no hacer lugar a dicha demanda, es decir, el juez tiene el deber de no hacer lugar a dicha demanda.

Algunas veces, en el debate sobre esta cuestión (algo en lo que insiste Navarro en su réplica a Olave) se nos recuerda que es preciso distinguir entre casos genéricos, que carecen de consecuencia normativa, y casos irrelevantes, es decir, supuestos fácticos que, en rigor, no son un caso genérico del sistema normativo de referencia (véase, por ejemplo, Rodríguez, 2005 y Moreso, 2005).

Y esto es, me temo, lo que ocurre con el caso de la pareja escocesa. Aunque se trata de un conflicto de intereses, no hay un modo admisible de construir un microsistema con las normas disponibles del derecho escocés, que contemple dicho supuesto como un caso genérico. Por lo tanto, el juez sólo cumple con sus deberes si *inadmite* la demanda presentada.

Creo que la expresión “rechazar la demanda” es ambigua. Ésta puede ser entendida como “inadmitir la demanda” y como “desestimar la demanda”.⁵ Podemos decir, entonces, que en los supuestos no regulados los jueces no tienen discreción, deben simplemente inadmitir a trámite la demanda porque, por decirlo como en las películas americanas, *you have no case*. Es en los casos genéricos (en los que *you have a case*) carentes de solución normativa, cuando, tal vez, los jueces tienen discreción.

Hasta aquí, al menos dos observaciones complementarias son necesarias. La primera es que la incapacidad de presentar un supuesto de conflicto de intereses como un caso genérico no es, obviamente, el único motivo para inadmitir a trámite una demanda. Hay otros: la falta de jurisdicción del órgano judicial en aquel ámbito, la ausencia de documentos u otros medios de prueba que acrediten lo que se alega, etc. Pero lo relevante aquí es que en todos estos casos los jueces no tienen discreción, más allá de los problemas inevitables que pueden producirse de indeterminación sobre los hechos (lagunas de conocimiento) o de calificación de ellos (lagunas de reconocimiento).

La segunda tiene mucho que ver con la discusión sobre las lagunas contenida en el libro, en donde se halla el debate entre Bulygin y Atria (Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero, 2005). Se trata de las objeciones a la tesis de Alchourrón y Bulygin que enlaza necesariamente la presencia de lagunas con la discreción de los jueces. En especial, Ruiz Manero (2005) objeta fuertemente dicha tesis, sugiriendo que, aunque pueda haber lagunas al nivel de las *reglas*, ello no significa que los jueces disfruten de discreción, puesto que puede que el balance entre los *principios* decante el caso en un determinado sentido y, entonces, los jueces sólo cumplen con sus deberes jurisdiccionales decidiendo conforme al balance de los principios. Creo que, en este punto, Alchourrón y Bulygin pueden ser entendidos de dos modos diferentes, ambos compatibles con lo defendido en *Normative Systems*. En el capítulo VIII de dicho libro, sostienen una versión especialmente fuerte de la tesis: en casos de laguna normativa, los jueces cumplen con sus deberes tanto admitiendo como rechazando la demanda. Sin embargo, al

5 Al menos este es el uso predominante en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000 del 7 de enero de Enjuiciamiento Civil) y en la doctrina procesal.

principio hemos visto que su noción de laguna normativa es relacional, es relativa a un determinado microsistema. Ellos dicen que su famoso ejemplo de laguna normativa es referido a un modo concreto de reconstruir dos artículos del código civil, no sostienen ni quieren defender que haya una laguna en el código civil argentino ni siquiera. En este sentido más débil, su posición no es incompatible con las ideas de Juan Ruiz Manero: es posible que haya una laguna en un determinado microsistema de reglas y que, sin embargo, no la haya cuando el sistema es reconstruido (se tratará de otro sistema obviamente) integrando los principios. Entonces, los jueces no tienen discreción.

Esto último, me parece, transmite una cierta tensión latente en *Normative Systems*. En mi opinión, el libro nos ofrece sobre todo un poderoso instrumental para reconstruir formalmente los problemas normativos y, en ese sentido, es compatible con muchas concepciones acerca de la naturaleza del derecho, neutral en la polémica entre positivismo jurídico y antipositivismo. Sin embargo, en el libro hay también (así en el capítulo VIII) algunas tesis que pueden identificarse con una asunción del positivismo jurídico, más o menos hartiano, comprometido con la tesis de la discreción de los jueces.

II. CLAIMS AND PRIVILEGES HOFELDIANOS

Recientemente, en trabajos en que trataba cuestiones muy alejadas a las del debate presente, cuestiones como en qué condiciones hay un derecho a la secesión (Moreso, 2021) o la eutanasia (Moreso, 2022), he argüido que la distinción hofeldiana entre derechos como *claims*, que tienen como correlativo un deber, es decir, *X tiene un derecho (claim) sobre Y* equivale a *Y tiene un deber hacia X* y derechos como *privileges* (o *liberties*), que tiene como correlativo un no-derecho, o sea, *X tiene un derecho (privilege) sobre Y* equivale a *Y tiene un no-derecho (un no-claim) hacia X*, pueden ser comprendidos con la distinción, que procede de Von Wright (1963, p. 86), entre permiso en sentido fuerte y permiso en sentido débil. También he argüido que dicha distinción es muy relevante para analizar algunos problemas jurídicos importantes.

Cuando alguien tiene un derecho como un *claim*, entonces la acción que es el contenido de dicho derecho está permitida en sentido fuerte, es decir, hay una norma en el sistema que explícitamente lo permite, habitualmente una norma que lo faculta, que permite realizar la acción y omitirla. Cuando alguien tiene un derecho como un *privilege*, entonces parece que la acción que es contenido del derecho está permitida sólo en el sentido débil, o sea, en el sistema no hay ninguna norma que la prohíba.

En este sentido, por ejemplo, yo tengo el derecho como *privilege* de ir a cenar al *Celler de Can Roca* de Girona. Tengo dicho derecho porque no hay norma alguna que me lo prohíba, ahora bien, este derecho puede ser frustrado porque cuando trato de ir (como les sucede a muchos a menudo) me dicen que no hay lugar ese día. En cambio, el segundo sentido de derecho, el derecho como un *claim*, comporta no sólo que me está permitido hacerlo, sino que los demás tienen el deber de no impedírmelo y, si se trata de un derecho a obtener algún servicio, que alguien tiene el deber de proporcionármelo. En este sentido, los derechos son correlativos a deberes. Así, mi derecho a expresar mis ideas comporta que nadie puede impedírmelo y mi derecho a percibir mi salario comporta que mi empleador tiene el deber de pagármelo.

Esta distinción es, pienso, muy relevante. En la discusión de la secesión (Moreso, 2021) la usé para argüir que, aunque es plausible, pero también controvertido, que los catalanes tengamos un derecho como *privilege* a un referéndum acerca de la separación del territorio de Cataluña de España, es totalmente implausible decir que tenemos, conforme a la Constitución española, un derecho como *claim*. Nadie tiene la obligación de convocar ni autorizar la celebración de dicho referéndum.

También la usé (Moreso, 2022) en la discusión acerca de un presunto derecho (como *claim*) al suicidio en el contexto de la nueva legislación española⁶ autorizando el acceso a una muerte digna en los supuestos de enfermedad terminal con graves padecimientos o enfermedad crónica gravemente invalidante. Mientras en estos supuestos el derecho es un *claim* y la ley establece las condiciones en las cuales genera obligaciones

6 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

para terceros, en otro tipo de casos, a veces denominados de *sufrimiento existencial*, sostenía que el derecho al suicidio es solamente un *privilege*, que no va acompañado de ninguna obligación para terceros y que es compatible, y más sensato en mi opinión, con castigar los comportamientos que asistan al suicida en dichos supuestos. Pensemos en el siguiente supuesto: paseo por un puente y veo a una joven dispuesta a arrojar a las aguas heladas de un río caudaloso, corro hacia ella y evito que se precipite al río. Si el derecho al suicidio es concebido como un *claim*, entonces yo estoy cometiendo un delito de *coacciones*, impidiendo que lleve a cabo algo a lo que tiene derecho. Si, en cambio, el derecho al suicidio es concebido como un *privilege*, entonces mi acción de impedirle arrojar a al río es lícita. Considero esta última opción mucho más razonable.

Sin embargo, lo que quiero poner de manifiesto aquí es que muchas confusiones en nuestros debates jurídicos pueden ser evitadas si acogemos, y sacamos las consecuencias que conlleva, la distinción hohfeldiana entre las posiciones jurídicas primarias. Y, en segundo lugar, que dicha distinción es tal vez un reflejo de la distinción entre permisos fuertes y permisos débiles, esto es, entre situaciones en las cuales un comportamiento no está prohibido, pero está sujeto a norma (lo que permite que sea obligatorio o meramente permitido, porque lo obligatorio implica lo *permitido*); y situaciones en las cuales un comportamiento no está prohibido y no está sujeto a norma, es un comportamiento no regulado. Esto último pone en relación esta sección con la anterior: los supuestos no regulados —que no constituyen casos genéricos— están permitidos en sentido débil. Regresando por un momento a la pareja escocesa de Atria, los cónyuges tienen el derecho como *privilege* a pasar las vacaciones juntos en el lugar deseado por cada uno, pero no están en posesión de un *claim* para ello.

III. LA TESIS DE LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Marcela Chahuán quiere defender la tesis de la inevitabilidad de la interpretación de las objeciones de Pablo arguyendo que, tal vez, sus objeciones valgan para algún modo de *escepticismo* interpretativo

extremo, pero no es suficiente para vadear la tesis, como defendida por el *escepticismo moderado* que, según ella, es el defendido por la *Scuola genovesa*, especialmente por Riccardo Guastini (por ejemplo, Guastini, 2011a). Me limitaré aquí a dos observaciones que quizás contribuyan a debilitar la tesis escéptica en su versión extrema y en su versión moderada.

La primera observación tiene que ver con el significado preciso de interpretación. La segunda tiene que ver con el argumento, tan a menudo usado por los escépticos, con arreglo al cual la pluralidad de cánones interpretativos produce siempre, virtualmente, indeterminación.

Vamos, entonces, con la primera observación. Algunas veces los escépticos (lo recuerda Pablo en su respuesta) se refieren a la discusión generada por la paradoja del seguimiento de reglas surgida de determinadas reflexiones de Wittgenstein. Vale la pena, entonces, recordar la formulación completa de este autor (1953, sec. 201):

201. Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: Si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo. Que hay ahí un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos «seguir la regla» y en lo que llamamos «contravenirla». De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse «interpretación» a esto: sustituir una expresión de la regla por otra.

Según el último párrafo de esta famosa sección de las *Investigaciones filosóficas*, debemos reservar el nombre “interpretación” a sustituir una expresión de la regla por otra, a establecer una relación de sinonimia. En este mínimo sentido, cualquier intento de justificar una decisión en una

norma presupone la interpretación, es claro, porque debemos *mencionar* la formulación de la regla y, por lo tanto, poner una expresión por otra. Pero de Wittgenstein también aprendemos otra cosa —en la que insiste Pablo con toda la razón—: la interpretación no es inevitable para *comprender* las normas contenidas en las palabras del legislador; hay una captación de la regla —dice Wittgenstein— que no es una interpretación. Y parece claro que tiene razón. Cuando yo veo un cartel con la expresión “*No smoking*”, no hace falta que ponga ninguna expresión en lugar de ella (ni siquiera mentalmente) para actuar conforme a la regla. Ahora, si el cartel está, pongamos, en chino, entonces la interpretación es inevitable, debo preguntar a una persona que sepa chino y su respuesta la pongo en el lugar del cartel.

Veamos, en segundo lugar, la cuestión de la pluralidad de cánones interpretativos. En un artículo muy influyente en la literatura del realismo jurídico americano, Karl N. Llewellyn (1950) detectó veintiocho cánones de interpretación en las jurisdicciones del *Common Law* y trató de mostrar que en todos los casos había un canon opuesto que conducía a la solución contraria. Es una idea que se halla también en Guastini:

En la mayoría de los casos una y la misma oración normativa puede expresar significados diferentes dependiendo de la técnica interpretativa a la que es sometida. Tomemos por ejemplo, una disposición constitucional italiana que se refiere a ‘leyes’. Argumentando *a contrariis*, se puede concluir que tal provisión se aplica a cualquier tipo de ley y sólo a las leyes. Argumentando por analogía, se puede concluir que la disposición en cuestión se aplica a leyes tanto como a reglamentos (puesto que ambos son ‘fuentes del derecho’). Argumentando con la técnica del *distinguishing*, se puede concluir que, puesto que la clase de las leyes incluye diferentes subclases (constitucionales y ordinarias, por una parte; estatales y regionales, por la otra), la disposición -a la luz de su *ratio*- sólo se aplica a una de sus subclases. Como una materia de hecho, el conjunto de los métodos interpretativos (comúnmente aceptados en la comunidad jurídica de referencia) es suficiente para garantizar una gran cantidad de resultados en conflicto. (2011b, pp. 148-149)

Es decir, los cánones de la interpretación siempre dejan indeterminado el contenido de lo que las autoridades quieren comunicarnos.

Sin embargo, creo que esta es una manera distorsionada de presentar el modo en el que operan los cánones de la interpretación. Por ejemplo, Michael Sinclair, en una serie de artículos (2005-2006; 2006-2007; 2008-2009, ahora recogidos en Sinclair, 2014), ha elaborado un detallado y convincente modo de mostrar que, en el contexto de aplicación pertinente, no se encuentra la oposición a la que Llewellyn se refería:

Un canon logra su estatus a partir de la regularidad de la realización de sus condiciones de aplicación y de la solidez del razonamiento asociado con ella. Podemos pensar un canon como un conducto: agrupa un conjunto de condiciones aplicables y las encauza, produciendo una conclusión. Claramente, si las condiciones de aplicación no se obtienen, entonces el canon no se aplica y la conclusión no se sigue. Es un error aplicar el canon sin prestar atención a sus condiciones requeridas de aplicación; es este error el que a menudo produce la apariencia de conflicto entre cánones por lo demás compatibles. (Sinclair, 2005-2006, p. 992)

Más aún, los métodos interpretativos no deben ser concebidos como elementos separados de análisis, sino que deben ser tomados como partes que integran los instrumentos para capturar el significado completo de una oración y, en nuestro caso, el contenido jurídico completo. En su muy influyente contribución a la interpretación, Friedrich Karl Savigny distinguía, como es sabido, cuatro elementos de toda interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático, y afirmaba:⁷

Estos elementos no son cuatro tipos de interpretación, entre los cuales podemos elegir arbitrariamente. Por el contrario, son cuatro operaciones diferentes que únicamente de manera conjunta son aptas para interpretar las disposiciones legales, aunque en ciertas circunstancias una de ellas pueda ser más relevante que otra. (1840: p. 215)

Es decir, situados en su contexto, los cánones de la interpretación jurídica no producen una indeterminación radical como pretende la objeción escéptica, por lo tanto, la tesis escéptica de la

7 Este es el texto original de Savigny: "Mit diesen vier Elementen [grammatischen, logischen, historischen, systematische] ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll". Estas ideas fueron presentadas por primera vez en (Moreso y Chilovi, 2018).

inevitabilidad de la interpretación es o bien trivial o bien una exageración carente de justificación.

IV. PARA CONCLUIR

Llegados a este punto, tal vez, mis comentarios *a posteriori* no sean del todo ociosos. Han de leerse como anotaciones al margen del estupendo y fructífero debate que las ideas de Pablo Navarro, el *doctor Navarrus*, han producido, con la cooperación necesaria de Calzetta, Olave y Chahuán. Si es así, como espero, la invitación de Sebastián Agüero se habrá mostrado afortunada.

La verdad es que las oportunidades de debatir de este modo se cuentan entre lo mejor que nos sucede en nuestra vida académica. Me siento afortunado por ello y más en esta ocasión en la cual el debate se produce a partir de las lúcidas ideas de mi amigo, de mi hermano menor —como él dice a menudo—, el *doctor Navarrus*, Pablo.

BIBLIOGRAFÍA

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

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2ª ed.). Astrea.

Atria, F. (2002). *On Law and Legal Reasoning*. Hart Publishing.

Atria, F. (2005). Sobre las lagunas. En F. Atria et al. (eds.), *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (1ª ed., pp. 15-28). Marcial Pons.

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

Calzetta, A. (2023). Comentario (o complemento) a “La intensidad de los permisos” en Navarro. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (39), 37-49..

Chahuán, M. (2023). Sobre las objeciones de Pablo Navarro a la tesis de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (39), 53-73.

Doyle, A.C. (2009). The Problem of Thorn Bridge (*The Case Book of Sherlock Holmes*). En *The Penguin Complete Sherlock Holmes*. Penguin Random House.

Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 247-282. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.09>

Guastini, R. (2011a). *Interpretare e argumentare*. Giuffrè.

Guastini, R. (2011b). Rule-Scepticism Restated. En L. Green y B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*. (Vol 1). Oxford University Press.

Hohfeld, W. N. (1919). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and other Legal Essays*. Yale University Press.

Llewellyn, K. N. (1950). Remarks on the Theory of Appellate

Decision and The Rules or Canons about how Statutes are to be Construed. *Vanderbilt Law Review*, 3: 395-406.

Moreso, J. J. (2005). In a Brilliant Disguise. Sobre fuentes y lagunas. En F. Atria et al. (eds.), *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (1ª ed., pp. 185-204). Marcial Pons.

Moreso, J. J. (2021). De secessione. The Hideouts of The Catalan Way. *Las Torres de Lucca. International Journal of Political Philosophy*, Vol. 10(18), 47-65. <https://revistas.ucm.es/index.php/LTDL/article/view/74910>

Moreso, J. J. (2022). Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio. En C. Tomás-Valiente Lanuza (Ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia* (pp. 76-92). Marcial Pons.

Moreso, J. J. y Chilovi. S. (2018). Interpretive Arguments and the Application of the Law. En G. Bongiovanni, G. Postema, A. Rotolo, G. Sartor, Ch. Valentini, D. Walton (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Legal Argumentation* (pp. 495-518). Springer.

Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico: una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Moreso, J. J. y Navarro, P. E. (1998). The Reception of Norms and Open Legal Systems. En S. Paulson, B. L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (pp. 273-291). Oxford University Press.

Moreso, J. J., Navarro, P. E. y Redondo, M.C. (2002). Legal Gaps and Conclusive Reasons. *Theoria: A Swedish journal of philosophy*, Vol. 68(1), 51-65. <https://doi.org/10.1111/j.1755-2567.2002.tb00119.x>

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

Navarro, P. E. (2023). Posiciones jurídicas, competencia e interpretación del derecho. Respuestas a Olave, Calzetta y Chahuán. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (39), 77-120.

Navarro, P. E. y Moreso, J. J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and philosophy*, (16), 201-219.

Olave, A. (2023). Los casos irrelevantes como problema externo al derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (39), 7-33.

Rodríguez, J. L. (2005). La imagen actual de las lagunas en el Derecho. En F. Atria et al. (eds.), *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (1ª ed., pp. 127-158). Marcial Pons.

Ruiz Manero, J. (2005). Algunas concepciones del Derecho y las lagunas. En F. Atria et al. (eds.), *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial* (1ª ed., pp. 103-126). Marcial Pons.

Savigny, F. K. (1840). *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin. Beit Veit und Comp. https://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system01_1840?p=7

Sinclair, M. B. W (2005-2006). Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's "Dueling Canons", One to Seven. *New York Law School Law Review*, Vol. 50(4), 919-992. https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/707/

Sinclair, M. B. W (2006-2007). Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's "Dueling Canons", Eight to Twelve. *New York Law School Law Review*, Vol. 51(4), 1003-1056. https://digitalcommons.nyls.edu/nyls_law_review/vol51/iss4/15/

Sinclair, M. B. W (2008-2009). Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's "Dueling Canons", Pairs Thirteen to Sixteen, *New York Law School Law Review*, Vol. 53(4), 953-999. https://digitalcommons.nyls.edu/nyls_law_review/vol53/iss4/11/

Sinclair, M. B. W (2014). *Karl Llewellyn's Dueling Canons in Perspective*. Vandephas.

Wittgenstein, L. (1953). *Philosophical Investigations*. Trotta.

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul.

